REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CIX

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1975

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

S A L A P L E N A

Doctores SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, **Presidente.**
HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ, **Vicepresidente.**
Ricardo Ramírez L., Secretario.

S A L A D E C A S A C I O N C I V I L

Doctor ARTURO C. POSADA, **Presidente.**
Ricardo Ramírez L., Secretario.

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

S A L A D E C A S A C I O N P E N A L

Doctor SIMON MONTERO TORRES, **Presidente.**
Pioquinto León L., Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Humberto Barrera Domínguez.**
Samuel Barrientos Restrepo.
Simón Montero Torres.
Antonio Moreno Mosquera.
Gustavo Rendón Gaviria.
Julio Roncallo Acosta.

S A L A D E C A S A C I O N L A B O R A L

Doctor ADAN ARRIAGA ANDRADE, **Presidente.**
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Adán Arriaga Andrade.**
Luis Alberto Bravo.
Luis Fernando Paredes.
José Joaquín Rodríguez.

S A L A D E N E G O C I O S G E N E R A L E S

Doctor EFREN OSEJO PEÑA, **Presidente.**
Jorge García Merlano, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Ramiro Araújo Grau.**
Efrén Osejo Peña.
Carlos Peláez Trujillo.
Luis Carlos Zambrano.

R E L A T O R I A

Relator: Doctor LUIS IGNACIO SEGURA A.

Relatores Judiciales Auxiliares: **Carlos Manuel Gutiérrez E. y Diego E. Cristancho M.**

Octubre a diciembre de 1964.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL: Dr. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR SALA LABORAL: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR SALA PENAL: Dr. JAIME LEON BERNAL CUELLAR
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL: Dr. LUIS F. SERRANO A.

TOMO CIX – Bogotá - Colombia — Octubre, Noviembre y Diciembre de 1964 — No. 2274

SALA PLENA

Extractos de jurisprudencia a cargo del Relator de entonces, doctor Luis Ignacio Segura.

PROPOSICION APROBADA EN SESION PLENARIA DE FECHA OCTUBRE 15 DE 1964

"La Corte Suprema de Justicia felicita cordialmente al señor Magistrado doctor Gustavo Rendón Gaviria, por la publicación de su obra 'Derecho Penal Colombiano, Parte Especial, Volumen Primero', aporte de innegable valor a la bibliografía jurídica del país, de grande utilidad para estudiantes, jueces e intérpretes del estatuto punitivo colombiano.

Transcríbase al doctor Rendón Gaviria y publíquese en la Gaceta Judicial".

SANCIONES DISCIPLINARIAS

La querella con finalidades disciplinarias, para que no se desvíe de su altísimo objetivo, ha de conformarse a un mínimo de requisitos inspirados en la equidad. — Cuáles son las demoras que merecen sanción y cuáles son justificadas. — No entra en el ámbito de la función disciplinaria el calificar el acierto o desacierto de las providencias judiciales, aunque sí el poder verificar, sobre los medios probatorias aducidos, si ellas obedecieron a factores constitutivos de una conducta inmoral o delictual.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PLENA

Bogotá, octubre 8 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se procede a decidir acerca de las quejas acumuladas de Luis Alberto Muñoz y la División de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia contra los Magistrados componentes de una Sala de Decisión en lo Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

I

LA QUERELLA

A) Luis Alberto Muñoz interpuso ante la Corte la petición consignada en estos literales términos:

"1º Que se sancione administrativamente, de acuerdo con el Decreto 3665 de 1950, por demora y por actuación que resta imparcialidad a la administración de justicia, tratándola de hacer ineficaz, a los Magistrados del Tribunal de Bogotá, Guillermo Rey Barrera, Hugo A. Vela y Gualberto Rodríguez, como autores de la providencia de 14 de diciembre de 1963, proferida en el ordinario de Luis A. Muñoz vs. Roldángel Ltda.

"2º Que de conformidad con el artículo 2º del mismo Decreto 3665, se tramite la correspondiente investigación criminal, por Prevaricato y Abuso de Autoridad".

La relación de hechos en que el querellante dijo fundar su solicitud se resume así:

Que desde el 14 de septiembre de 1961 el mismo Muñoz formuló demanda ordinaria contra la sociedad "Roldángel Ltda.", para que por ésta se le reintegrara una cantidad de dinero cobrada doblemente y se le indemnizara de los consiguientes perjuicios;

Que este asunto correspondió al Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá, el que, con fecha 19 de diciembre de 1962, profirió sentencia favorable a las peticiones del actor;

Que por apelación de la entidad demandada, el negocio subió al Tribunal de Bogotá, en donde tocóle conocer del mismo al Magistrado Rey Barrera, desde febrero de 1963;

Que este funcionario, durante los once meses en que tuvo el negocio bajo su conocimiento, "se limitó a elaborar de oficio una defensa de los demandados", pues junto con los demás Magistrados de la Sala, Vela y Rodríguez, concluyó en dictar un proveído, "que llamó sentencia", por el cual, aduciéndose "un antiprocesalismo" consistente en que no se tramitó una tacha de falsedad contra los documentos acompañados a la demanda, se revocó el fallo de primera instancia y se ordenó la retrotracción del juicio;

Que durante la primera instancia, antes de la citación para sentencia, el apoderado de la demandada no propuso la articulación pertinente sobre la aludida tacha de falsedad, al tenor de los artículos 649 y siguientes del Código Judicial;

Que el hecho de que, en la contestación de la demanda, se haya dicho en forma vaga y genérica que los documentos a ella adjuntos son falsos,

no constituye una proposición incidental, como lo mandan la ley y la técnica;

Que luego, el Magistrado Rey Barrera se demoró más de un mes en decretar la expedición de las copias que del pronunciamiento del Tribunal le fueron solicitadas, y

Que todo lo expuesto denota la parcialidad o amistad "telefónica" del mismo Magistrado con los abogados Gustavo Delgado y Rueda Sáenz, o sea que él con sus actuaciones está haciendo que la justicia resulte ineficaz.

Muñoz se limitó a acompañar a su escrito de queja copias formales de las sentencias de primero y segundo grados dictadas en el referido juicio, con las atestaciones sobre publicación y notificación de las mismas.

Al traslado de esta queja, los Magistrados a que se refiere contestaron en su oportunidad rechazando los cargos en ella contenidos. De esas contestaciones, se destacan en particular las siguientes manifestaciones:

La del Magistrado doctor Gualberto Rodríguez Peña, quien dice que, por no haberle correspondido la ponencia del fallo de segunda instancia, hubo posiblemente de deferir, como es lo ordinario, a la presentación que el Magistrado sustanciador hiciera en el proyecto aprobado por la Sala, de la forma como en el expediente se hubieran comprobado los hechos de la controversia y de los términos y oportunidad de las alegaciones en ella propuestas.

La del Magistrado doctor Hugo A. Vela Camelo, quien expresa no haber entrado a formar parte de la Sala de Decisión que dictó la sentencia de 14 de diciembre de 1963, sino el 28 de noviembre inmediatamente anterior, fecha del auto en que se declaró separado del conocimiento del juicio al Magistrado doctor Aquilino Rodríguez Pedraza, a virtud de un impedimento. Manifiesta, además, que de acuerdo con la realidad procesal descrita en el fallo, la decisión que se tomó era la más indicada.

Las del Magistrado doctor Guillermo Rey Barrera, quien tuvo a su cargo la sustanciación del proceso en la segunda instancia, a partir del 3 de mayo de 1963 y como tal elaboró la ponencia que informó el pronunciamiento de 14 de diciembre de 1963. Sus explicaciones son en compendio y siguiendo el orden de las mismas, las siguientes:

Que el juicio ordinario seguido por Luis Alberto Muñoz contra "Roldángel Limitada" fue fallado en primera instancia por el Juzgado Quinto Civil de este Circuito, mediante decisión favorable a la parte actora;

Que, como al estudiar el pleito en la segunda instancia, surtida por apelación de la parte demandada, se advirtiera que su apoderado, al contestar el traslado inicial expresó: "niego las peticiones de la demanda por no estar de acuerdo con la realidad de los hechos, y redarguyo de falsas las pruebas presentadas con el libelo, para demostrar los hechos alegados" (F. 19 del cuaderno Nº 1), la Sala de Decisión puso fin al segundo grado de la litis, "con una sentencia inhibitoria o formal, proferida en el sentido de revocar la recurrida, para en su lugar ordenarle al inferior tramitar 'como incidente de previo y especial pronunciamiento, la tacha de falsedad propuesta por la parte demandada contra los documentos acompañados a la demanda' ";

Que "la circunstancia de haber sido sujeta materia de la tacha no sólo documentos privados sino públicos, hacía todavía más importante la tramitación previa del incidente y su resolución por el Juez de la primera instancia", lo que, "como es obvio, no podía hacerlo el Tribunal sin pretermitir una instancia y sin usurpar jurisdicción";

Que la opinión del querelloso, de que la tacha no se propuso en forma aceptable por no haberse consignado en escrito separado de la contestación de la demanda, no fue la del Tribunal con motivo del fallo, en razón de que según el artículo 649 del Código Judicial "en cualquier estado de la causa hasta la citación para sentencia, o antes de fallarse, según el caso, la parte contra quien se ha presentado un documento como prueba, puede tacharlo de falso para que se desestime"; y "esa tacha hecha en cualquiera de las oportunidades aludidas determina un incidente que no se tramitó";

Que "en la tramitación y resolución del recurso no se incurrió en 'actuaciones u omisiones que produzcan retardos injustificados en la administración de justicia, que tiendan a hacerla ineficaz o a restarle imparcialidad' ". En crédito de esta afirmación, expone:

Primeramente, en el reparto extraordinario de todos los negocios cursantes en el Tribunal, efectuado el 3 de mayo de 1963, le fueron adjudicados al exponente Magistrado doctor Rey Barrera el juicio en referencia, junto con otros veintitrés ordinarios para fallo de segunda instancia, tres ordinarios para sentencia de primera instancia, catorce especiales para sentencia y veintidós especiales y ordinarios para autos interlocutorios;

Que luego, a pesar de este elevado número de negocios, el que originó la queja tuvo en manos del exponente la trayectoria de cuyo detalle

aparece: que el 13 del mismo mes le fue pasado al despacho, del que salió en la misma fecha con auto de señalamiento del día 31 próximo, para celebrar la audiencia pública. El día 1º de junio siguiente, entró el expediente al despacho, con el informe de que las partes no concurrieron a la audiencia. En esta situación fue estudiado el negocio para proferir sentencia y elaborado el proyecto de la misma; "mas, como se observara que el doctor Aquilino Rodríguez Pedraza podía estar impedido para integrar la Sala de Decisión, en auto de 19 de noviembre del mismo año se dispuso pasarle el expediente para que manifestara lo que fuera del caso". El día siguiente, regresó el negocio al despacho con la manifestación de este Magistrado de estar impedido, por haber dictado la sentencia de primera instancia. Tramitado tal impedimento, entre los días 21 y 28 del mismo mes, sin allanamiento, en la última de estas fechas se declaró separado del conocimiento al Magistrado Rodríguez Pedraza e integrada la Sala de Decisión con los Magistrados Rodríguez Peña y Vela Camelo. Vuelto el expediente al despacho, el 5 de diciembre, para sentencia, fue ésta proferida siete días hábiles después o sea el 14 del propio diciembre. Ejecutoriada la cual, el apoderado de Muñoz solicitó con fecha 27 de febrero de 1964 copias de la misma y de la de primera instancia y un certificado sobre "si en alguna parte del juicio aparece presentada por el apoderado de la demandada, demanda incidental para que se tramite articulación sobre tacha de falsedad documental". Estimando el Magistrado Rey Barrera que con esta solicitud de certificación se pretendió sorprenderlo, en busca de una compulsa rápida de la misma, "con el objeto de aparentar una contradicción entre lo resuelto y lo que consta en los autos", manifiesta que, después de meditar el problema, en auto de 9 de abril último "fueron ordenadas las copias y negada la certificación por versar sobre hechos de los cuales sí quedó dato en el proceso (artículo 632 del Código Judicial)".

Por último, dice este Magistrado: "No tengo relaciones personales con ninguna de las personas que como partes o apoderados figuran en el juicio a que me he referido. Me abstengo de referirme a las ofensas personales que sin motivo alguno ha querido hacerme el denunciante Muñoz, por cuanto ellas se fundan en hechos absolutamente falsos. Rechazo enérgicamente la forma despectiva como se hace referencia a los compañeros de Sala en quienes tengo una permanente ayuda para suplir las deficiencias de mis conocimientos jurídicos".

Con su mencionada respuesta, el Magistrado Rey Barrera adujo un informe del Secretario del Tribunal sobre el volumen de negocios que al primero le fueron adjudicados en el reparto extraordinario del 3 de mayo de 1963 y el movimiento del juicio en referencia, atestación confirmativa de los datos contenidos en la exposición del mismo Magistrado.

Además, en virtud de auto para mejor proveer proferido por el sustanciador de esta querella, se allegó a su diligenciamiento un informe del Secretario del Tribunal sobre el número de providencias dictadas por el Magistrado Rey Barrera, en los juicios a su cargo, entre el 1º de junio de 1963 y el 14 de diciembre del mismo año, informe cuyos datos se relacionarán adelante.

B) Encontrándose las diligencias en este estado, se recibió en la Corte el oficio número 1853 de 31 de julio último, del Jefe de la División de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, remisorio de la copia del informe rendido a ese despacho por uno de sus visitadores, sobre la queja allí presentada por el mismo Luis Alberto Muñoz en relación con la materia de la deducida ante la Corte, de que ya se hizo amplia exposición.

El dicho informe del Visitador de Justicia hace un recuento pormenorizado de la sustanciación en el Tribunal del juicio de Luis Alberto Muñoz contra "Roldángel Limitada" y, prohijando dentro de ciertos límites las pretensiones acusatorias de Muñoz, remata con las siguientes conclusiones:

"1ª Que por parte del Magistrado ponente, doctor Guillermo Rey Barrera se incurrió en la mora constitutiva de la causal de sanción disciplinaria prevista en el ordinal 2º del Decreto extraordinario 3665 de 1950, por haber dejado pasar veinticuatro (24) días (debían ser tres) sin dictar el auto de simple sustanciación en que ordenó pasar el negocio al Magistrado doctor Aquilino Rodríguez para efectos de su manifestación de impedimento.

"2ª Que por parte del mismo Magistrado ponente doctor Guillermo Rey Barrera, así como de los demás componentes de la Sala Civil de Decisión, doctores Gualberto Rodríguez Peña y Hugo A. Vela, se incurrió en denegación de justicia, consistente en no haber dictado sentencia definitiva que pusiera fin a la segunda instancia en este juicio".

Tramitada en su inicio esta segunda queja por distinto sustanciador del de la primera y, por lo tanto, separadamente de ésta, los Magistrados del Tribunal a que la nueva se refiere contestaron

oportunamente, rechazando los cargos que se les imputan.

De la contestación del Magistrado Rey Barrera conviene destacar las siguientes alegaciones:

La dirigida a refutar la imputación de mora por haber dejado pasar veinticuatro días sin dictar el auto en que se ordenó pasar el expediente al Magistrado doctor Aquilino Rodríguez para efectos de manifestación de un impedimento, con la explicación de que cuando el sustanciador "observó el impedimento fue después de haber estudiado el negocio y proyectado el fallo, el cual fue dictado una vez tramitado dicho impedimento, empleando para ello, por la razón anotada, sólo siete días no obstante que el término señalado por el artículo 375 del Código Judicial es de treinta...: el negocio entró al despacho para fallo el 5 de diciembre y la sentencia de segunda instancia fue dictada el 14 siguiente", siendo así "inexacto lo dicho por el citado Visitador a propósito de que 'después de casi un mes de haber entrado al despacho para el efecto' fue dictada la sentencia";

La de que sin la tramitación previa del impedimento en que se encontraba el Magistrado Rodríguez Pedraza, suscitada por el auto en que de oficio se dispuso pasarle el expediente para la manifestación del caso, "hubiera sido legalmente imposible" proferir el fallo;

La de que el Visitador no tuvo en cuenta el número total de negocios adjudicados en el reparto general del 3 de mayo de 1963 al Magistrado Rey Barrera, "después de estar al día en el período anterior"; y

La de que el cargo de denegación de justicia por no haberse dictado sentencia definitiva que pusiera fin a la segunda instancia del juicio, está en contradicción con lo que consta en el expediente, punto éste en que el Magistrado se remite a lo dicho por él en su contestación a la primera de las quejas, agregando ahora que "este cargo está apoyado en un desconocimiento por parte del funcionario del Ministerio de Justicia de los fallos inhibitorios originados en la ausencia de los presupuestos procesales o en vicios en la tramitación que no generan nulidades sino impedimentos para proferir fallos estimatorios o de fondo".

A esta última exposición se acompañaron constancias secretariales acerca del volumen de trabajo y actividad judicial del Magistrado Rey Barrera, ya producidas con ocasión de la primera queja y a que atrás se hizo alusión. De esas constancias, la consignada en el oficio número 529 de 22 de julio de 1964 del Secretario del Tribunal, en cumplimiento del auto de la Corte para mejor proveer, reza así:

"De la mesa del honorable Magistrado doctor Guillermo Rey Barrera, se dictaron entre el 1º de junio y el 14 de diciembre de 1963, las providencias que se determinan:

"Sentencias en juicio ordinario 6; sentencias en juicio especial 44; autos interlocutorios en juicio ordinario 27; autos interlocutorios en juicio especial 125.

"También se registraron proyectos de fallo en juicio ordinario, así:

"De junio al 14 de diciembre de 1963, 7; del 14 de diciembre al 19 del mismo mes de 1963, 12.

"Los últimos indudablemente fueron proyectados antes del 14".

Referidas una y otra querella a unos mismos funcionarios, por razón de unos mismos hechos y teniendo, por lo tanto, una materia común, se imponía el que fueran decididas conjuntamente, como así lo acordó la Sala Plena de la Corte, motivo por el cual se pasa a resolverlas mediante la presente providencia.

II

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Es ésta la oportunidad de recordar el pensamiento de la Corte acerca de la pótestad disciplinaria sobre Magistrados y Jueces, prevista por el canon 160 de la Carta y reglada por preceptos tales como los que informan el Decreto extraordinario número 3665 de 1950, hoy Ley 141 de 1961, pensamiento según el cual tan delicada función "dirigida está a cautelar el que la presencia y actuación del órgano jurisdiccional se mantenga y desenvuelva dentro de las exigencias del decoro, de la honestidad y del cumplimiento del deber, que le resultan como imperativo de su propia naturaleza. Pero ello mismo supone el que la querella con finalidades disciplinarias, para que no se desvíe de su altísimo objetivo, ha de conformarse a un mínimo de requisitos inspirados, antes que por la ley positiva, por por esa equidad axiomática, según la cual no hay sanción sin falta y todo hombre debe reputarse justo mientras no se le demuestre lo contrario. Sólo así la facultad de los particulares para acusar la mala conducta de los jueces podrá llenar una función cooperadora en pro de la disciplina y prestigio de la Rama Jurisdiccional. De lo contrario esa facultad se tornaría contra los funcionarios, convertida en fácil instrumento de amenaza y coacción y en un medio de satisfacer rencores ante la frustración de las

pretensiones en litigio, perturbando el sosiego y la serenidad que reclama una acertada administración de justicia" (Sala Plena, 18 agosto 1960, XCIII, 2228/29, pág. 70).

Y si con este criterio han de moverse los particulares para la interposición de sus querellas por la vía disciplinaria, con mayor razón han de inspirarse en él los funcionarios a quienes competa la vigilancia judicial, para que puedan hacerse eco de aquellas quejas.

Es, por lo tanto, en este orden de ideas como cumple considerar la doble querella de que se trata.

2. Ante todo, se ha de pensar que la actividad de un Juez o Magistrado en el desempeño de sus funciones, no puede sopesarse por el simple ritmo de la misma en sólo un determinado asunto aisladamente considerado, sino que esa actividad ha de contemplarse en el conjunto o volumen de los negocios a cargo del funcionario.

Así, ha podido conceptuar la Corte que el solo hecho del retardo no implica forzosamente que el agente sea culpable por ello, responsabilidad que no podría deducírsele cuando la demora proviene de factores ajenos a su voluntad, como lo sería, verbigracia, el exceso de trabajo por el gran número de negocios entrados a su oficina y otras causas semejantes (Sala Plena, 6 noviembre 1952, LXXIII, 2121/22, pág. 609), vale decir que "las demoras que merecen sanción disciplinaria de acuerdo con el Decreto 3665 de 1950, son las 'injustificadas', es decir, aquellas en que es ostensible la falta de diligencia y consagración al estudio de los negocios de que conoce el funcionario". (Sala Plena, 20 junio 1955, LXXX, 2154, pág. 275).

3. Apoyándose, pues, tanto en los datos invocados por el Magistrado Rey Barrera, como en los suministrados por el Secretario del Tribunal, de todos los cuales se tomó nota en la primera parte de este proveído y que no resultan desvirtuados por la información del Visitador de Justicia; y aceptando como fidedignas y razonables las explicaciones del primero tocantes con la sustanciación por él adelantada en la segunda instancia del pleito de Muñoz contra "Roldángel Limitada", respecto de las cuales no se produjo prueba alguna que imponga un concepto contrario, la Corte no encuentra moras susceptibles de sanción disciplinaria en la actuación del dicho Magistrado a que se refiere la querella.

Porque, de todos esos datos y explicaciones resulta que en el reparto extraordinario verificado el 3 de mayo de 1963 le fue adjudicado al Magistrado Rey Barrera un volumen considerable de negocios, entre éstos el juicio de Muñoz contra "Roldángel Limitada", sin que sea razonable suponer que de la fecha últimamente citada en adelante no le hubiesen entrado para trámite y despacho nuevos asuntos en los repartos ordinarios; que del día 1º de junio del mismo año, en que este juicio entró a su despacho para sentencia, al 14 de diciembre siguiente, en que ella se profirió, emanaron de su mesa en apreciable número sentencias y autos interlocutorios, que importan un rendimiento de trabajo satisfactorio, que no autoriza a sentar la conclusión de que por parte de aquel funcionario haya ocurrido dilación culpable en la elaboración y diligenciamiento del proyecto de sentencia en el referido juicio; y que, por haber hecho el Visitador de Justicia punto específico de acusación la demora en que dice incurriera el Magistrado Rey Barrera al haber dejado pasar veinticuatro días, cuando debían ser tres, sin dictar el auto de simple sustanciación ordenatorio de la remisión del negocio al Magistrado Rodríguez Pedraza para efectos de la manifestación del impedimento, conviene advertir que, fuera de que el negocio no le había entrado al Magistrado, el dicho 1º de junio, para que dictase el auto de sustanciación últimamente referido, sino para fallo, la ocurrencia sobre que gira este cargo está explicada de modo aceptable por el Magistrado Rey Barrera, con su afirmación de que cuando "observó el impedimento fue después de haber estudiado el negocio y proyectado el fallo, el cual fue dictado una vez tramitado dicho impedimento". Así que esta manifestación, por referirse a una circunstancia personal subjetiva del exponente y por venir de un Magistrado, cuyo dicho con relación a lo de su oficio debe tenerse como veraz mientras no se demuestre lo contrario, hace que el cargo en el punto se disipe. Siendo, por otra parte, acreditativa del dicho del funcionario, la circunstancia de que, una vez tramitado el impedimento e ingresado el expediente al despacho para sentencia, ésta fue proferida a los ocho días hábiles siguientes.

Y si no se encuentra mora sancionable en el Magistrado sustanciador, menos pudo haberla en los demás integrantes de la Sala, cuya intervención decisoria en el caso estaba supeditada al ritmo que el negocio tuviese en manos del primero.

4. No tiene fundamento alguno el cargo de que por los Magistrados Rey Barrera, Rodríguez Peña y Vela Camelo se incurrió en denegación de justicia, como lo pretende el Visitador, o en abuso de autoridad como dice el querellante

Muñoz, por no haber dictado pronunciamiento definitivo que pusiera término a la segunda instancia del juicio en referencia. Porque la sentencia de segundo grado sí aparece dictada, aunque de modo inhibitorio, en cuanto por ella se revocó la del inferior y, en su lugar, se dispuso que éste tramitase como incidente de previo y especial pronunciamiento, la tacha de falsedad propuesta por la parte demandada contra los documentos acompañados a la demanda.

Semejante acusación parece desconocer la posibilidad de las sentencias formales o inhibitorias, a que hay lugar en ciertos casos en que por no haberse satisfecho requisitos procesales indispensables para un fallo de mérito, tiene el juzgador que abstenerse de proveer sobre el fondo del negocio. El presupuesto de toda sentencia material es el de que la causa esté en condiciones de ser resuelta definitivamente.

5. Pero, no entra en el ámbito de la función disciplinaria el calificar el acierto o desacierto de las providencias judiciales, aunque sí el poder verificar, sobre los medios probatorios aducidos, si ellas obedecieron a factores constitutivos de una conducta inmoral o delictual de su autor. Así, ha dicho esta entidad que "las cuestiones de pura doctrina o interpretación de la ley no pueden servir de base para la imputación de cargos de parcialidad" contra un Magistrado a quien se acusa ante la Corte para que se le impongan sanciones disciplinarias. (Sala Plena, 20 junio 1955, LXXX, 2154, pág. 273).

Por lo mismo, no compete a la Corte el examinar la procedencia o improcedencia del fallo de segunda instancia dictado en el juicio con que toca la querella; y no existe en los expedientes acumulados de la misma, prueba alguna, directa ni indirecta, de que tal pronunciamiento hubiera obedecido a móviles ilícitos o punibles.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, *declara* que no es el caso de aplicar ninguna sanción disciplinaria a los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctor Guillermo Rey Barrera, doctor Gualberto Rodríguez Peña y doctor Hugo A. Vela Camelo, por los cargos que se les han hecho en la doble querella sobre que versa la presente decisión.

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

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

VIGILANCIA JUDICIAL. — INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º y 4º DE LA LEY 68 DE 1945. LOS DECRETOS 105 DE 1947 y 1716 DE 1960 EN RELACION CON LA LEY DEMANDADA. — HISTORIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO

Obviamente se comprende que de un decreto reglamentario no puede subrogar la propia ley reglamentada. El Decreto 1716 de 1960 tiene el carácter de reglamentario de la Ley 68 de 1945. — Las funciones que la Constitución adscribe a las Ramas del Poder Público o a organismos creados por ella son siempre privativas o exclusivas. Por medio de leyes ordinarias no se puede reformar la Constitución, como lo hacen los artículos 1º y 4º de la Ley 68 de 1945, que asignaron al Ministerio de Justicia las funciones propias del Ministerio Público. El numeral 2º del artículo 119 de la Constitución muy claramente circunscribe la función que allí le señala el Gobierno; lo concerniente a la vigilancia judicial es cuestión extraña a la regulación de la citada norma. Si es cierto que el Ministerio Público se debe ejercer bajo la suprema dirección del Gobierno (Art. 142 de la Carta), ello debe cumplirse por intermedio de la Procuraduría no del Ministerio de Justicia. El Decreto 105 de 1947, reglamentario de la ley acusada y la violación del principio técnico que prohibe la duplicidad de funciones. La reforma de 1945 dictó las normas necesarias para asegurarle al Ministerio Público la independencia en el ejercicio de sus atribuciones propias.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PLENA

Bogotá, octubre 31 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El doctor Guillermo Rojas Villoria, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 de la Constitución, solicita la declaración de inexequibilidad de la Ley 68 de 1945, por cuanto considera que viola varias disposiciones constitucionales, principalmente los artículos 55, 143 y 145, conforme a la exposición que hace respecto de cada uno de ellos.

I

MOTIVOS DE LA ACUSACION

El actor considera que algunas de las disposiciones de la ley acusada violan el artículo 55 de la Constitución porque, al conferir al Ministerio de Justicia la vigilancia de la Rama Jurisdiccional, desconocen el principio de la separación de los órganos del Poder Público. Por su importancia, se transcriben los argumentos expuestos en cuanto atañe a los artículos 143 y 145 de la Constitución, que dicen así:

"b) En conformidad con el artículo 143 de la Carta, el constituyente ordenó:

" 'Corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social'.

"De la norma transcrita se deduce, que al Ministerio Público le adscribió la Constitución, las funciones que la Ley 68 le atribuye al Ministerio de Justicia, con quebrantamiento claro y flagrante de dicho texto constitucional.

"Tanto es esto así, que en favor de tal tesis, invoco como argumento de autoridad, los siguientes conceptos del profesor Francisco de

Paula Pérez, consignados en su obra 'Derecho Constitucional Colombiano'.

" 'La Nación, que como persona jurídica obra en muchos casos al igual de los ciudadanos, requiere para la defensa de sus derechos determinados funcionarios que la representen y lleven su voz ante los tribunales de justicia. Por otra parte, la sociedad tiene interés en que la administración judicial, y en general los demás ramos del servicio público, estén fiscalizados y exista un organismo que procure que cada uno de los servidores del Estado llene a cabalidad sus funciones propias, rindiendo el mayor provecho posible. Al Ministerio Público se le encomiendan estas labores cuya importancia resalta con la simple enunciación'.

"c) En conformidad con el artículo 145 de la Constitución, el constituyente preceptuó:

"Son funciones especiales del Procurador General de la Nación:

"1ª Cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes;

"2ª Acusar ante la Corte Suprema a los funcionarios cuyo juzgamiento corresponda a esta corporación;

"3ª Cuidar de que los demás funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su encargo, y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que cometan;

"4ª Nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia.

"Y las demás que le atribuya la ley.

"Siendo la Procuraduría General de la Nación un organismo creado por la Constitución, sus atribuciones, que de conformidad con la misma le atribuye la ley, no puede el legislador adscribírselas a otro funcionario del Estado, como lo hace la Ley 68 en su artículo 4º, sin transgredir el mencionado canon constitucional.

"Por esta razón la ley acusada al quitarle a la Procuraduría General de la Nación las atribuciones conferidas en la misma Constitución y por la ley —en desarrollo del texto constitucional transcrito— para otorgárselas al Ministerio de Justicia, viola en forma protuberante la referida norma constitucional". (Fs. 13 a 15).

II

SUSTRACCION DE MATERIA

El Procurador General divide su vista o concepto en dos partes: en la primera expone los argumentos que considera procedentes para demostrar que existe la sustracción, pues las normas acusadas "han sido subrogadas y reemplazadas por las correspondientes del Decreto 1716 de 1960, que es el que en el particular hoy rige"; y en la segunda, para el caso de que la Corte no se abstenga de fallar en el fondo, expone las razones que considera adecuadas para deducir la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

En consecuencia, se procede a estudiar la primera parte, previa reproducción textual de los puntos de vista de la Procuraduría:

"En cuanto creó el Ministerio de Justicia, no hay duda de que la Ley 68 de 1945 está vigente; pero en lo tocante a las funciones y atribuciones de dicho Ministerio (entre las cuales se hallan las de vigilancia y control del Organo Judicial, mencionadas en los artículos 1º y 4º y objeto de la acusación contenida en la demanda que se analiza), está sustituida por las normas del Decreto número 1716 de 1960, 'por el cual se reorganiza el Ministerio de Justicia', Decreto que hoy rige y que fue dictado en uso de las facultades extraordinarias de que se invistió al Presidente de la República por el artículo 26 de la Ley 19 de 1958.

"En efecto, la referida Ley 19 dispuso en su artículo 18 que 'el Gobierno, con el objeto de coordinar los distintos servicios públicos, darles dirección adecuada, y proveer a su más y económico funcionamiento, *reorganizará los Ministerios*, Departamentos Administrativos e institutos oficiales o semioficiales dotados de personería jurídica independiente, y *hará entre ellos la distribución de los negocios según sus afinidades*, conforme al inciso segundo del artículo 132 de la Constitución Nacional', y revistió de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1960 al Presidente de la República 'con el preciso y exclusivo objeto de que pueda dar cumplimiento a las disposiciones de la presente ley, en cuanto ella exceda el ejercicio de la potestad reglamentaria' (artículo 26).

"E invocando sus facultades legales y las extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958, el señor Presidente dictó el Decreto número 1716 de 1960 (julio 18), por el cual reorganizó el Ministerio de Justicia.

"El artículo 1º del citado Decreto 1716 dice así:

"Artículo 1º Corresponde al Ministerio de Justicia, de conformidad con la Constitución, las leyes sobre la materia y las normas del presente Estatuto, conocer de los siguientes negocios:

"a) Velar porque en toda la República se administre pronta y cumplida justicia y prestar

a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias;

"b) La vigilancia de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

"....."

"El mismo Decreto, a partir de su artículo 26 y hasta el 30, detalla las secciones y funciones de la División de Vigilancia Judicial; y en su artículo 81 deroga las disposiciones que le sean contrarias.

"En estas circunstancias, parece obvio que las normas, hoy acusadas, de la Ley 68 de 1945 relativas a la atribución al Ministerio de Justicia de la vigilancia y control del funcionamiento del organismo judicial, han sido subrogadas y reemplazadas por las correspondientes del Decreto 1716 de 1960, que es el que en el particular hoy rige.

"Se está así, pues, ante el fenómeno de sustracción de materia, que invariablemente ha sido tenido por la honorable Corte Suprema de Justicia como causa de inhibición para hacer cualquier pronunciamiento sobre exequibilidad o inconstitucionalidad de norma legal que ya no esté vigente. En un caso análogo al que hoy se contempla, dijo la honorable Corporación a la cual me dirijo:

" 'Quiere esto decir muy claramente que se ha sustraído la materia discutible del plano de la discusión y que por este motivo resultaría inoficioso e inoportuno estudiar los fundamentos de la demanda y las razones del Ministerio Público, porque la Corte ha quedado inhabilitada para pronunciarse sobre la inexequibilidad del Decreto 1611 de 1948, por haber sido adoptadas sus disposiciones en una Ley (90 de 1948), no acusada, y en otro Decreto (el 04133 del mismo año) que tampoco ha sido acusado. Aquí, como bien se ve, no se trata de que esas disposiciones continúen produciendo efecto, sino de que lo vigente no es ya el Decreto sino otro organismo distinto, sobre el cual no se ha presentado demanda en que la Corte tenga que ocuparse. Ha habido desaparecimiento del tema, por incorporación suya en otros estatutos. De manera que si la Corte fallara en cualquier sentido, tendría que hacerlo sobre lo nuevo y no sobre lo sustituido, es decir, que fallaría sin demanda; pero si su fallo se concretara a lo que fue objeto de la solicitud, de hecho dejaría sin acción futura o posible aquello que aún no se ha demandado. Es decir, que también en tan inaceptable supuesto estaría pronunciándose oficiosamente'. (Sentencia de abril 1º de 1954. Gaceta Judicial número 2140; Tomo 77, página 339).

"La demanda del doctor Rojas Villoria fue presentada el 27 de septiembre de 1963, y desde el 18 de julio de 1960 estaba en vigencia el Decreto 1716 de dicho año, según lo dispuesto en su artículo 81. Y como este Decreto, de conformidad con lo ya visto, subrogó parcialmente la Ley 68 de 1945 y sustituyó las partes de ésta que son materia de acusación, parece indudable que a la fecha de la demanda había dejado de regir, en lo pertinente, la referida Ley 68 y, como norma hoy inexistente, no puede ser objeto de pronunciamiento en lo relativo a su constitucionalidad o inexequibilidad.

"Si bien es cierto que las normas de la Ley 68 de 1945 que atribuían al Ministerio de Justicia la vigilancia del Organo Judicial fueron sustancialmente reproducidas (haciendo extensiva esa facultad de vigilancia sobre el Ministerio Público) por el Decreto 1716 de 1960, también es verdad que lo que hoy rige sobre la materia no es la Ley 68 —acusada— sino el Decreto 1716 —no acusado—. Y así las cosas, el pronunciamiento de la honorable Corte —en un sentido u otro— traería consigo los inaceptables resultados que señaló en su sentencia que acaba de copiarse.

"Por lo atrás expuesto, el suscrito Procurador General de la Nación estima que la honorable Corte Suprema de Justicia debe abstenerse de decidir sobre el fondo de la demanda, por sustracción de materia". (Fs. 20 a 24).

III

NORMAS SOBRE VIGILANCIA DE LA RAMA JURISDICCIONAL

Con el fin de elucidar esta cuestión se hace necesario conocer, en orden cronológico, las normas que han regulado la materia y determinar su naturaleza, pues *obviamente se comprende que un decreto reglamentario no puede subrogar la propia ley reglamentada; ni dentro de la lógica jurídica, la reproducción de ciertos artículos en un nuevo acto puede considerarse que deroga los promulgados antes.*

El actor transcribió íntegramente la ley acusada, subrayando algunos conceptos, frases o pasajes de la mencionada norma, que se inserta a continuación:

"Artículo 1º Créase el Ministerio de Justicia que tendrá *a su cargo la vigilancia y control del funcionamiento del Organo Judicial;* los establecimientos de detención, pena y medidas de

seguridad; la policía judicial y los demás asuntos que le asigne la ley, relacionados con la administración de justicia, la represión y la prevención de la delincuencia y la reforma de la legislación civil y penal.

"Artículo 2º En la prelación de los Ministerios, el de Justicia ocupará el tercer lugar entre el de Relaciones Exteriores y el de Hacienda y Crédito Público.

"Artículo 3º El Presidente de la República organizará el Ministerio de Justicia dentro de los lineamientos generales y de acuerdo con los antecedentes de esta Ley. En consecuencia, queda facultado para trasladar o suprimir los empleos que considere innecesarios en el Ministerio de Gobierno y en la Procuraduría General de la Nación; para crear los que estime indispensables para el regular funcionamiento del nuevo Ministerio y fijar las correspondientes asignaciones.

"Artículo 4º *Las atribuciones, facultades y jurisdicción que las leyes confieren a la Procuraduría General de la Nación para la vigilancia del Organo Judicial corresponderá al Ministerio de Justicia.*

"Artículo 5º Esta Ley regirá desde su sanción y los gastos que demande su ejecución se incluirán en el Presupuesto de la próxima vigencia. En caso de que no se incluyeren, el Gobierno queda facultado para abrir los créditos adicionales o para hacer los traslados que demande su cumplimiento". (Se subraya). (Fs. 9 y 10).

Esta ley fue reglamentada mediante el Decreto número 0105 de 17 de enero de 1947, "por el cual se reglamenta la Ley 68 de 1945, se organiza el Ministerio de Justicia y se dictan otras disposiciones. El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, y en especial de las que le confieren los artículos 132 de la Constitución, 3º de la Ley 68 de 1945, y 12 de la Ley 60 de 1946".

El artículo 1º, en lo conducente dijo: "A partir del 16 del presente mes comenzará a funcionar el Ministerio de Justicia, el cual tendrá a su cargo la organización, protección y vigilancia de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público..." y luego este artículo se refiere a la organización y vigilancia de los establecimientos de detención; a la policía judicial; a la división territorial judicial... etc., etc.

Según el segundo artículo, se encomendó al Ministerio de Justicia la más detallada reglamentación, mediante resoluciones, de las dependencias creadas, como el Gabinete del Ministro, Secretaría, etc.

El artículo 5º se refiere al "Departamento de Vigilancia de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público", para lo cual en el aparte a) determina el personal y le fija sus asignaciones; en el b) dice: "Tendrá además los siguientes empleos que se trasladan de los actualmente existentes en la Procuraduría General de la Nación: ..." etc.

El artículo 7º dice: "En desarrollo del artículo 4º de la Ley 68 de 1945, el Ministerio de Justicia tendrá las siguientes atribuciones en lo relativo a la Rama Jurisdiccional y Ministerio Público". Se refieren ellas a la facultad de pedir informes, practicar visitas, directamente o por medio de empleados subalternos, imponer multas hasta de cien pesos o arresto hasta por 10 días "a toda persona, empleado público o particular, que le desobedezca o falte al debido respeto en ejercicio de sus funciones, en especial de las de vigilancia judicial"; sancionar a los empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público "que en el ejercicio de sus cargos incurrieren en morosidad, negligencia o mala conducta" o en reiteradas irregularidades etc., etc.; y, en fin, le concede la facultad "para ordenar investigaciones de carácter penal cuando de la tramitación de las quejas de que conoce se desprendiere la comisión de posibles hechos delictuosos".

En el artículo 8º se determinan las funciones del Director del Departamento de Vigilancia de la Rama Jurisdiccional, en lo tocante al registro del personal, investigación de las quejas, fiscalización del movimiento de fondos y depósitos de los juzgados, examen de las actas de visita, control de las cauciones prestadas por los jueces y expedición de certificados de buena conducta.

Los artículos 9º al 13, inclusive, detallan una minuciosa reglamentación de las atribuciones de la Dirección de Vigilancia, en relación con el registro del personal, denuncios criminales presentados, control para exigir se hagan los nombramientos en propiedad en personas idóneas y fijación de viáticos a los visitadores cuando practiquen visitas fuera de la capital.

Posteriormente se dictó la Ley 19 de 1958, sobre reforma administrativa, cuyo artículo 1º dispuso:

"La reorganización de la Administración Pública, de acuerdo con las normas de la presente Ley, tiene por objeto asegurar mejor la coordinación y la continuidad de la acción oficial *conforme a planes de desarrollo progresivos establecidos o que se establezcan por la ley;... evitar la duplicidad de labores o funciones para-*

lelas, y propiciar el ejercicio de un adecuado control administrativo". (Subraya la Corte).

El artículo 18 no hace sino referirse a la facultad que corresponde al Presidente según el artículo 132 de la Constitución.

Con el fin de hacer factible la reforma administrativa por medio de decretos expedidos por el Ejecutivo, en el artículo 26 se dijo:

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

El Ejecutivo dictó el Decreto 1716 de 18 de julio de 1960, "por el cual se reorganiza el Ministerio de Justicia" y "en ejercicio de sus facultades legales, y de las extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1958, y en desarrollo del Decreto 0550 de 1960, previo concepto del Consejo de Ministros", en el artículo 1º se dijo:

"Corresponde al Ministerio de Justicia, de conformidad con la Constitución, las leyes sobre la materia y las normas del presente Estatuto, conocer de los siguientes negocios:

"a) Velar porque en toda la República se administre pronta y cumplida justicia y prestar a los funcionarios de la Rama Jurisdiccional los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias;

"b) La vigilancia de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público".

IV

NATURALEZA DEL DECRETO 1716 DE 1960

Se ha procurado hacer una síntesis lo más completa de los dos decretos, con el fin de comparar en forma objetiva sus disposiciones, para determinar la naturaleza del Decreto 1716 de 1960, esto es, si realmente se trata de un decreto-ley, expedido en ejercicio de facultades extraordinarias conforme al numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, o simplemente tiene la calidad de un acto reglamentario de las normas legales, en este caso de la Ley 68 de 1945.

El memorado Decreto 1716, respecto de su contenido, fácilmente puede catalogarse como simplemente reglamentario en relación con la vigilancia judicial, porque todas sus disposiciones no tienen otro objeto sino el de hacer operante la facultad conferida al Gobierno por la Ley 68 de 1945, mediante la organización de las distintas secciones, la distribución de sus funciones, etc., etc., todo lo cual compete al Ejecutivo dentro de la facultad normal reglamentaria prevista en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, que regula la actividad del Presidente "como suprema autoridad administrativa", sin necesidad de ocurrir a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 19 de 1958 sobre facultades extraordinarias en función del numeral 12 del artículo 76 de la Constitución.

Por otra parte, creado el Ministerio de Justicia por la Ley 68 de 1945, "la distribución de los negocios, según sus afinidades, dentro de los Ministerios y los Departamentos Administrativos, corresponde al Presidente de la República", según textuales palabras del inciso 2º del artículo 132 de la Constitución, que estima tales disposiciones como simplemente administrativas, pero no legislativas, porque en el primer aparte ordenó que "el número, nomenclatura y procedencia de los distintos Ministerios serán determinados por la ley".

Según lo expuesto hasta aquí resulta del todo evidente que el memorado Decreto número 1716 de 1960 tiene la calidad de reglamentario de acuerdo con las normas en él contenidas y en función con las disposiciones constitucionales antes invocadas; pero esta calidad se hace más evidente, en relación con la vigilancia jurisdiccional, si se tiene en cuenta el propio concepto o parecer de la "Comisión de Reforma Administrativa":

"El proyecto reorgánico conservaba el mismo número de Ministerios y aumentaba el de Departamentos Administrativos, creando el de Servicios Generales.

"Las innovaciones más importantes consistían en la redistribución de las funciones actualmente atendidas por los organismos de la Rama Ejecutiva dentro del mismo número de Ministerios pero mediante la supresión de algunos de los existentes y la organización de nuevos despachos, medida que se consideraba indispensable para agrupar los negocios según sus afinidades.

"No obstante, como por razones que la Comisión entendió cuando fueron expuestas no fue posible realizar la reforma con el alcance originalmente proyectado, hubo necesidad de entrar a reajustar las propuestas iniciales buscando alcanzar los mismos *objetivos perseguidos con la reforma* general, conservando *la misma orientación pero sin cambiar el número y nomenclatura de los Despachos Ministeriales existentes".* (Subraya la Corte).

Más adelante, la citada Comisión enumera cuáles fueron las modificaciones introducidas al Ministerio de Justicia, ninguna de las cuales atañe a la vigilancia judicial sino a las funciones relacionadas con la corrección y protección de los menores; a la dirección de los establecimientos carcelarios; a la creación de los consejos nacionales para la rehabilitación de los menores y de los presos; a la ampliación de las facultades del Departamento Jurídico para la preparación de reformas en diferentes campos del Derecho Público y Privado y a la creación de la Oficina de Estudios Criminológicos. (Pág. XXVII del informe citado).

No hubo, pues —se repite—, innovación alguna sustancial en lo que concierne a la vigilancia de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, como así se deduce sin lugar a duda alguna de la simple lectura de las disposiciones del Decreto 1716 y de las del Decreto número 0105 de 17 de enero de 1947, ambos reglamentarios de la misma materia, con tanta más razón que la "Comisión de Reforma Administrativa", advirtió que no cambió "el número y nomenclatura de los Despachos Ministeriales existentes", esto es, conservó los creados por la ley con su nomenclatura o atribuciones señaladas en las respectivas leyes, como en la 68 de 1945, la cual si se considera vigente en cuanto a la creación del Ministerio de Justicia, también lo está en relación con las atribuciones o funciones adscritas al dicho Ministerio en los artículos 1º y 4º de la citada ley.

Por lo demás, la simple transcripción de las normas legales en los decretos reglamentarios es una costumbre que tiene por finalidad darles unidad y armonía, a la vez que mayor facilidad para el estudio de las normas reglamentarias sin necesidad de consultar los respectivos artículos de la ley; sin embargo, esta modalidad no puede cambiar la verdadera naturaleza del decreto, que no dejará de ser reglamentario por la reproducción de aquellos preceptos.

"En este orden de ideas —dice el Procurador— el Decreto 105 de 1947, reglamentario de la Ley 68 de 1945, y posteriormente el Decreto 1716 de 1960, dan al Ministerio de Justicia —División de Vigilancia Judicial— las funciones de dirigir y coordinar los trabajos tendientes a velar por la pronta y eficaz administración de justicia, para lo cual el Decreto 1716 señala los medios adecuados de vigilancia y control".

En resumen, el expresado *Decreto número 1716 de 1960 tiene el carácter de reglamentario de la Ley 68 de 1945, y, en consecuencia, no modificó la creación del Ministerio de Justicia ni las facultades, atribuciones o funciones adscritas a él en los artículos 1º y 4º de la citada ley, que están por lo mismo vigentes y pueden ser objeto de acusación por inconstitucionalidad.*

En lo concerniente a la doctrina contenida en la sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte el 1º de abril de 1954, citada por el Procurador General (Tomo 77, pág. 338 de la G. J.), no guarda paridad con la cuestión controvertida en este asunto, primero porque según se deja demostrado, un decreto meramente reglamentario no puede modificar la ley; y segundo, porque el Decreto número 1611 de 14 de mayo de 1948 fue acusado por falta de competencia del Ejecutivo para crear, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 121 de la Constitución, los impuestos allí enumerados, pero como posteriormente, por el artículo 27 de la Ley 90 de 1946, el Congreso invistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para que elevara a la categoría de decretos-leyes varios que tenían la calidad de legislativos, entre los cuales se incluyó el Decreto número 1611 de 1948, como en efecto lo hizo en el Decreto-ley número 04133, "por el cual se adoptan como normas legales unas disposiciones", es claro que la acusación quedó sin piso o fundamento en cuanto a la discutida competencia, pues las nuevas normas (Decreto Nº 04133 de 1948) tenían como base constitucional el numeral 12 del artículo 76 de la Carta, en lugar del 121 ib., que no autoriza sino la expedición de decretos legislativos de carácter puramente temporal, mientras dura el estado de sitio.

Por las razones expuestas considera la Corte que no existe en este caso sustracción de materia.

V

CONCEPTO DE FONDO DEL PROCURADOR

En la segunda parte de la vista, el Procurador General estudia los artículos constitucionales que el actor considera violados por la Ley 68 de 1945; y al efecto, desecha la infracción del artículo 55, sobre separación de las Ramas del Poder Público, porque "en opinión de la Procuraduría, el planteamiento es equivocado. En parte alguna de la ley se estatuye que esta vigilancia del Ministerio de Justicia sobre el organismo jurisdiccional envuelva potestad o facultad del Ejecutivo para privar a los Jueces de su independencia, para indicarles o imponerles el sentido de sus decisiones o para revocar, anular, desvirtuar o modificar sus providencias. Si

la vigilancia judicial, por el solo hecho de ejercerse, implicara una primacía o preeminencia del vigilante sobre el vigilado, el argumento del demandante sería aplicable no solamente con respecto al Ministerio de Justicia o a cualquier otro organismo de la Rama Ejecutiva sino al Ministerio Público y a todo funcionario o entidad que no formara parte de la Rama Jurisdiccional. En esta forma, solamente los Jueces podrían controlarse y vigilarse entre sí, en caso de que la vigilancia atentara contra la independencia de las ramas del Poder Público. Pero es lo cierto que esta independencia no es absoluta, y precisamente el actor indica que la Constitución Nacional atribuye la vigilancia judicial al Ministerio Público que no es parte integrante de la Rama Jurisdiccional".

Pasa el Procurador a citar algunas disposiciones constitucionales, como el numeral 3º del artículo 119, según las cuales cree que compete al Presidente de la República la vigilancia de la Rama Jurisdicional, y al efecto discurre así:

"Para cumplir con este deber de ordenar la acusación de cualquier funcionario del orden judicial, cuando incurra en infracción de la Constitución o de las leyes o en delitos en el ejercicio de sus funciones, parece elemental que el Ejecutivo deba tener la correlativa facultad de averiguar, por medio de la correspondiente vigilancia, si ha ocurrido la infracción de las normas constitucionales o legales o si ha perpetrado el delito. No podría el Gobierno mandar acusar sin cerciorarse previamente de que hay fundamento para la acusación; y en muchas ocasiones sólo podrá establecerlo mediante el control y la vigilancia de los funcionarios, en cuyo desarrollo y ejercicio puede conocerse la infracción que ha motivado la acusación".

Para hacer un argumento semejante al expuesto, invoca el numeral 2º del artículo 120, en cuanto corresponde al Presidente, como suprema autoridad administrativa, "promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento"; y si ha de velar por su exacto cumplimiento, "ha de tener la facultad de vigilar a quienes han de obedecerlas, para cerciorarse que no las violan...", misión que, en concepto del Procurador, cumple por medio del Ministerio de Justicia según las normas contenidas en los Decretos 105 de 1947 y 1716 de 1960, reglamentarios de la Ley 68 de 1945.

Después de referirse al artículo 55 de la Constitución, según el cual "la total y absoluta independencia y aislamiento de los órganos o ramas del Poder Público ha sido sustituida por la colaboración armónica en la realización de los fines del Estado", procede al estudio de las facultades asignadas a la Procuraduría en los artículos 143 y 145 de la Constitución que estima no son privativas o exclusivas sino que pueden ser compartidas por el Ministerio de Justicia, pues dice:

"Es verdad que, de conformidad con el artículo 143, corresponde a los funcionarios del Ministerio Público supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos; y ciertamente, también el artículo 145 señala entre las funciones especiales del Procurador General de la Nación la de 'cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes'. Y de estas atribuciones viene haciendo uso la Procuraduría, así como ha venido cumpliendo los deberes que la ley suprema le señala, sin que haya entendido que la vigilancia judicial asignada al Ministerio de Justicia sea función privativa de dicho Ministerio, ni que se hayan quitado al Ministerio Público sus facultades y atribuciones constitucionales".

Alude a la complejidad de la administración pública y a la imposibilidad en que se halla la Procuraduría para ejercer "en forma exclusiva y privativa esa vigilancia y de control", para concluir: "Por ello, todo indica la necesidad de que, sin despojar al Ministerio Público y al Procurador General de sus funciones constitucionales, otros organismos puedan asumir, dentro de sus respectivas esferas, la vigilancia que en todos los órdenes debe ejercer el Ministerio Público".

Tampoco vé el Procurador cómo el artículo 4º de la Ley 68 de 1945 pueda violar la Constitución, por cuanto solamente se refirió a las facultades legales atribuidas a la Procuraduría, pero no a las constitucionales.

Para ratificar sus tesis, el Procurador afirma en forma escueta: "Ninguna de las obligaciones que el artículo 143 de la Constitución Nacional impone al Ministerio Público compete exclusiva y solamente a éste..."; sin embargo, debe observarse que no se trata de "obligaciones" sino de *funciones* que los artículos 143 y 145 de la Constitución adscriben al Procurador para determinar su competencia funcional.

En fin, el Procurador continúa en el resto de su exposición reiterando los mismos argumentos, por lo cual se hace innecesario estudiar o examinar cada uno de sus conceptos, pues todos están inspirados en la misma tesis con el objeto de terminar con la solicitud de que se declaren exequibles los artículos de la Ley 68 acusados por el actor.

VI

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º Antes de analizar la naturaleza de las funciones que la Constitución adscribe al Procurador General, procede poner de manifiesto que, en síntesis, toda la argumentación está edificada sobre la escueta afirmación, sin demostración alguna, de que las atribuciones señaladas en los artículos 143 y 145 de la Carta, no son privativas o exclusivas de la Procuraduría, sino que, mediante una ley, puede compartirlas con otras entidades, como el Ministerio de Justicia; y luego en la interpretación del numeral 3º del artículo 119 y el 2º del artículo 120 de la Constitución, en el sentido de que corresponde al Presidente la vigilancia judicial por conducto del Ministerio de Justicia, con lo cual incide en petición de principio al dar por demostrada la competencia de tal dependencia administrativa para ejercer las dichas funciones en sustitución o a la par con la Procuraduría.

2º De acuerdo con el artículo 142 de la Carta, el Ministerio Público se ejerce bajo la suprema dirección del Gobierno por el Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás Fiscales que designe la ley. No discute la vista fiscal que, según el artículo 143 de la Carta, corresponde al Ministerio Público "supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos", expresión que comprende la vigilancia judicial, principio ratificado por el numeral 1º del artículo 145 ib. al imponerle al Procurador el deber de "cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes"; sin embargo, en su opinión, puede compartir el ejercicio de esas facultades con el Ministerio de Justicia.

3º *Las funciones que la Constitución adscribe a las Ramas del Poder Público o a organismos creados por ella son siempre privativas y exclusivas; así, no puede atribuir al Ministerio de Hacienda "la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración" que el artículo 59 de la Constitución asigna a la Contraloría; ni disponer que las funciones señaladas al Contralor en el artículo 60 ib., pasen total o parcialmente, al Ministerio de Hacienda o a cualquier otro funcionario. Nada de eso le está permitido al Congreso, porque por medio de leyes ordinarias, no puede reformar la Constitución, como sucedería en todos los casos que adscribiera funciones constitucionales a empleados distintos de los señalados en la Carta, como lo hacen los artículos 1º y 4º de la Ley 68 de 1945, que asignaron al Ministerio de Justicia las funciones propias del Ministerio Público detalladas en los artículos 143 y 145 de la Carta, en cuanto atañe a la vigilancia de la Rama Jurisdiccional.*

4º *Cuando la Constitución organiza un determinado sistema de competencias, por ese hecho se está reservando la potestad de regular la correspondiente materia, pues que al investir de ciertas facultades a las distintas ramas del Poder Público no hace sino despojarse de poderes que primariamente pertenecen al Constituyente, para delegarlos en tales ramas, por lo cual no puede entenderse comprendidas en tal delegación las facultades que ejercita por sí mismo: es claro que si las ejerce directamente es porque las retiene. Y como, por otra parte, la distribución y atribución de funciones que a los organismos del Estado hace la Carta no es sino el desarrollo del principio, fundamental en el estado de derecho, de que éste es un sistema de competencias, y el concepto jurídico de* competencia *supone las ideas de limitación en el ejercicio de un poder legal, de facultad circunscrita por razón de la materia, el territorio o el funcionario que la usa, de atribución a un órgano o entidad de una cierta aptitud legal para actuar, es obvio que la determinación que de ellas hace la Constitución descarta la posibilidad de que otros órganos o entidades, a los cuales no están atribuidas, puedan ejercerlas. Por eso son privativas y, por tanto, excluyentes.*

5º *Pudiera pensarse, sin embargo, que el numeral 2º del artículo 119 de la Constitución confiere al Presidente de la República una función de vigilancia del Organo Jurisdiccional, en cuanto le atribuye la de "velar porque en toda la República se administre pronta y cumplida justicia, prestando a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias". Con todo, esta norma muy claramente circunscribe la función que señala al Gobierno a proveer lo necesario "para hacer efectivas" las providencias judiciales, esto es, para hacerlas cumplir o ejecutar. El gerundio* prestando *desempeña en la disposición transcrita el oficio de modificar al verbo* velar *para denotar la manera como se ejecuta la acción que él expresa; es el gerundio que en frase adverbial tiene precisamente la función de determinar el modo de obrar, limitándolo o circunscribiéndolo, y para ello fue colocado en la comentada oración. Y como, por lo demás, es regla de hermenéutica constitucional que las normas de la Carta son de interpretación restrictiva, no es posible ampliar el contenido de la del nu-*

meral 2º del artículo 119, porque para hacerlo sería menester suprimir toda aquella parte de ella en que limita la función del Presidente a una cierta y determinada forma de obrar.

En síntesis, no se refiere a los deberes que le incumben al Organo Judicial durante la fase de conocimiento o a la posterior ejecución, sino a la colaboración que debe prestarle el Gobierno para que lo dispuesto en las resoluciones judiciales se lleve a efecto. En otros términos, no incide el precepto en la actividad del Organo en ejercicio de sus funciones, ni, por consiguiente, da campo para investigar si las cumple satisfactoriamente. Lo concerniente a la vigilancia judicial es, pues, cuestión extraña a la regulación de la norma citada.

6º *Si es cierto que el Ministerio Público se debe ejercer bajo la suprema dirección del Gobierno, no lo es menos que las funciones adscritas a aquél deben dirigirse por el conducto normal previsto en la misma Constitución, o sea, por intermedio de la Procuraduría, no del Ministerio de Justicia, porque, además de tratarse de funciones privativas, la suprema dirección está adscrita, en el primer inciso del artículo 142, al Gobierno, que lo integran el Presidente y el Ministro respectivo; de manera que la ley, bajo el pretexto de esta suprema dirección, no puede adscribir las funciones propias del Ministerio Público, como la vigilancia de la Rama Jurisdiccional, al Gobierno, menos a uno de sus elementos, como el citado Ministerio, además de que resulta contradictorio que el dirigente se convierta en dirigido mediante la apropiación de funciones que pertenecen a otro organismo, en este caso el Ministerio Público.*

7º *Además, el Decreto número 105 de 1947, reglamentario de la ley acusada, hace más patente la forma como se llevó a efecto, en la práctica, si no la total, sí la parcial privación de las atribuciones juntamente con el traslado de empleados de la Procuraduría al Ministerio de Justicia, según se lee en el aparte b) del artículo 5º del citado decreto; por tanto, se observa, como lo admite el propio Procurador, el simultáneo ejercicio de las mismas funciones tanto por parte del Ministerio como de la Procuraduría, sin fundamento alguno en la Carta y contra todo principio técnico que prohibe la duplicidad de funciones, según lo advierte el artículo 1º de la Ley 19 de 1958 al ordenar que la reorganización de la Administración Pública tendría como una de sus metas, "evitar la duplicidad de labores o funciones paralelas".*

VII

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DE 1886

1º Corroboran los principios expuestos los antecedentes de las disposiciones constitucionales que regulan las atribuciones del Ministerio Público.

En la sesión del 24 de mayo de 1886, al discutirse el artículo 100 del proyecto de la Constitución, sobre atribuciones de la Cámara de Representantes, el señor Samper propuso una nueva: "Nombrar al Procurador General de la Nación", que sustentó en varias razones, como que tal procedimiento "no ha producido hasta ahora ningún mal resultado, y por tanto no le encuentro objeto alguno a la innovación".

Además, agregó el señor Samper, la Cámara de Representantes es la cabeza del Ministerio Público y, por tanto, nada más natural que ella haga el nombramiento, pues si lo hace el Presidente, "...tendríamos un Ministerio Público con dos cabezas: la Cámara y el Poder Ejecutivo que haría el nombramiento del Procurador; del mismo empleado que debe acusarlo en los casos que prescriba la ley.

"Esta es una dislocación del Ministerio Público, enteramente ilógica e innecesaria. También hay que tener en cuenta que el nombrado estaría sujeto a influencias de la misma autoridad de quien recibe el nombramiento, y esto no deja de tener en el presente caso graves inconvenientes. Prefiero un Procurador General que tenga la necesaria independencia".

El señor M. A. Caro para oponerse a la iniciativa del señor Samper, dijo:

"Entiendo, señor Presidente, y procuraré brevísimamente poner de manifiesto que el sistema propuesto por la Comisión en el proyecto que se discute, es razonable por ser armónico, y que el sistema adoptado por anteriores Constituciones nuestras, que es el que ahora aspira a reproducir aquí el honorable señor Samper, no debe llamarse sistema sino confusión de procedimientos.

"Ya traté de explicar, anteayer, tratándose del derecho de gracia, cómo y por qué el Presidente de la República es cabeza del Poder Judicial, y en qué se funda el título que tiene para nombrar los Ministros de los Tribunales de Justicia. Pero basta aquí a mi propósito hacer notar que, por derecho consagrado en todas las Constituciones y de todos conocido, corresponde al Presidente de la República 'velar porque en

todo el territorio se administre pronta y entera justicia por los encargados de administrarla'.

"¿Y cómo, por qué medio ejerce el Presidente esta atribución y cumple con este deber? Por medio de los funcionarios del Ministerio Público o Ministerio Fiscal. Si el Presidente no nombra y separa libremente estos funcionarios intermedios, si no dispone libremente de este instrumento de ejecución, mal podrá hacer que se administre fiel y cumplidamente justicia en la República".

El señor Ospina Camacho también intervino en el debate, con estas observaciones:

"El Ministerio Público no es otra cosa que un orden de Magistrados encargados de la defensa de los intereses de la sociedad y del Estado, y debe hacer efectiva la responsabilidad en que incurran los empleados públicos ya por omisión, ya por abuso en el ejercicio de sus funciones; o lo que es lo mismo, el Ministerio Público es uno de los medios establecidos por el Legislador para invigilar la estricta aplicación de las leyes".

Del párrafo transcrito se deduce que el ilustre constituyente entiende que las atribuciones del Ministerio Público, señaladas en el Estatuto Constitucional, son privativas de este "orden de Magistrados", sin que sufra mengua porque esté bajo la dirección del Gobierno, ni su nombramiento lo hubiere hecho libremente el Presidente de la República, bajo la vigencia de los primitivos postulados de la Constitución de 1886.

Cabe observar: si cuando el Presidente tenía la calidad de "cabeza del Poder Judicial", el velar por la pronta y entera administración de justicia, debía llevarse a efecto por conducto del Ministerio Público, a fortiori ocurrirá hoy otro tanto si se tiene en cuenta que posteriores enmiendas constitucionales han suprimido ciertas atribuciones antes ejercidas por el Presidente, para dar paso a un principio más democrático como el consagrado en el artículo 55 de la Constitución y en las disposiciones concordantes.

Conviene destacar que, cualquiera que fuese la opinión del señor Caro como Jefe de la Rama Ejecutiva respecto de las facultades del Presidente de la República en lo atinente a la vigilancia del Organo Jurisdiccional, su criterio como constituyente fue, como resulta de sus intervenciones en los respectivos debates, que tal atribución no podía ser ejercida sino por conducto del Procurador General de la Nación.

2º Normas constitucionales vigentes. *Hasta el año de 1945, no obstante las sustanciales reformas de los años de 1910 y de 1936, las normas comentadas sobre atribuciones del Ministerio Público y sus relaciones con la Rama Ejecutiva, permanecieron vigentes en sus principios básicos; mas no sucedió lo propio con la del año de 1945, como pasa a verse en las siguientes disposiciones:*

"Artículo 102. Son atribuciones especiales de la Cámara de Representantes:

"1ª Elegir al Procurador General de la Nación, de terna presentada por el Presidente de la República".

En armonía con la norma transcrita, el artículo 119 dispone:

"Corresponde al Presidente de la República, en relación con la Administración de Justicia:

"1º Enviar a la Cámara de Representantes una terna para la elección de Procurador General de la Nación, y nombrar a los Fiscales de los Tribunales, de listas presentadas por el Procurador General de la Nación".

En el artículo 142 se ordena:

"El Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás Fiscales que designe la ley.

"La Cámara de Representantes tiene determinadas funciones fiscales.

"Los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo. (Artículo 44 del Acto legislativo número 1 de 1945)".

Si se examinan en conjunto las disposiciones transcritas, fácilmente puede observarse una evolución en cuanto concierne a las relaciones entre el Ejecutivo y el Ministerio Público, en el sentido de garantizar la independencia de este último organismo.

En la exposición de motivos que se acompañó a la reforma constitucional, por iniciativa del Gobierno Nacional en el año de 1944, que luego llegó a ser el Acto legislativo número 1 de 1945, se lee:

"El Procurador General de la Nación ejerce atribuciones de vigilante y fiscal de los funcionarios públicos, y ha de acusar ante el Congreso y la Corte, a los más altos. Esta función se opone, en parte, con su actual origen, que es el Presidente. La Cámara de Representantes, que ejerce determinadas funciones fiscales, debería intervenir en la elección de Procurador, aunque el Ministerio Público se ejerza bajo la suprema dirección del Gobierno, lo cual no es incompatible con su origen parlamentario". (Archivo del

Congreso, pág. 107 de los Antecedentes del A. L. Nº 1º de 1945).

Como puede deducirse del aparte copiado, el Ministerio Público ejerce atribuciones de vigilante y fiscal de los funcionarios oficiales, es decir, de todos los funcionarios incluyendo a los que integran la Rama Jurisdiccional; y así como no podría adscribirse, mediante una ley, al Ministerio de Gobierno o al de Justicia la función de vigilar y fiscalizar "a los más altos" empleados de la República de la Rama Administrativa, tampoco puede hacer lo propio en relación con la jurisdiccional para atribuirla, como hasta ahora, al Ministerio de Justicia, porque la función de vigilancia y fiscalización que corresponde al Ministerio Público es indivisible en sí misma, independiente de los empleados o de las personas que sean objeto de su actividad fiscalizadora.

En la página 212 de los antecedentes del Acto legislativo de 1945, se halla el siguiente concepto de la Comisión que estudió, para segundo debate, el proyecto respectivo:

"La organización del Ministerio Público se transforma totalmente mediante una serie de preceptos encaminados a obtener la unidad de acción y la necesaria jerarquía que debe existir entre los funcionarios de diverso grado que componen aquel cuerpo...".

La reforma constitucional del año de 1945, lejos de hacer del Ministerio Público una dependencia del Ejecutivo o una oficina dependiente del Ministerio de Justicia con empleados en "comisión", dictó las normas necesarias para asegurarle su independencia en el ejercicio de sus atribuciones propias, que no puede compartir con la Rama Administrativa ni menos ser despojado de ellas.

En conclusión, no puede remitirse a duda que el artículo primero y el cuarto de la Ley 68 de 1945, posterior al acto reformatorio de la Constitución de aquel año, violan los artículos 143 y 145, en la forma que se determina en la parte resolutiva de este fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena y en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 214 de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Primero. Es inexequible el artículo primero de la Ley 68 de 1945 en cuanto confirió al Ministerio de Justicia "la vigilancia y control del funcionamiento del Organo Judicial", atribuciones inherentes al Ministerio Público.

Segundo. Es, asimismo, inexequible el artículo cuarto de la citada Ley 68 de 1945, en cuanto reputa como meramente legal la función que corresponde al Ministerio Público en relación con la vigilancia y fiscalización de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, atribución que la Constitución le asigna al dicho Organismo en forma privativa y exclusiva.

Comuníquese al Presidente de la República, a los Ministros de Gobierno y de Justicia para los fines consiguientes.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente, previas las formalidades legales.

Samuel Barrientos Restrepo, Adán Arriaga Andrade, Ramiro Araújo Grau, con salvamento de voto, *Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Bravo,* con salvamento de voto, *Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez,* con salvamento de voto, *Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes A., Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Julián Uribe Cadavid, Luis Carlos Zambrano.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Luis Alberto Bravo.

Al discutirse el proyecto de sentencia del señor Magistrado doctor Osejo Peña, tuve oportunidad de expresar y sustentar la convicción que profeso de que la facultad de velar porque se administre pronta y cumplida justicia, distinta a la de prestar a los jueces el auxilio necesario para hacer efectivas sus providencias (C. N., 119, 2º) puede llevarla a cabo el Presidente de la República, ya sea por conducto del Procurador General de la Nación o bien por el de un Ministro del Despacho Ejecutivo, conforme lo determine la Ley. Recién expedida la Constitución de 1886 (119, 4º) de donde se tomó el texto de la norma actual, y una vez establecido, mediante la Ley 13 de 1890, el Ministerio de Justicia, que subsistió hasta 1894, se atribuyó a éste, por el Decreto 130 de 1892, "lo relativo a la suprema inspección judicial". Luego correspondió esa misión al Ministerio de Gobierno (Ley 40 de 1907, artículo 175; Ley 105 de 1931, artículo 185 y Decreto 190 de 1934). Más tarde, creado nuevamente el Ministerio de Justicia en virtud de la Ley 68 de 1945, se le confió la vigilancia de la Rama Jurisdiccional, función que ha venido ejerciendo hasta la fecha, sin que, por otra parte, háyase efectuado un cambio de trascendencia en la estructura funcional del Ministerio Público. Puede decirse que la primera medida de carácter legal tendiente a trasladar al organismo fiscal dicha vigilancia en su totalidad, es la que aparece consignada en el Decreto 1698 del presente año, dictado en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno Nacional por la Ley 27 de 1963, que, en lo pertinente, entrará a regir el 1º de julio de 1965, como lo ha dispuesto el propio Gobierno.

Son éstas, en síntesis, las consideraciones que me han llevado a disentir, con el debido respeto, del criterio acogido por la mayoría de la Sala, según el cual la vigilancia judicial pertenece "en forma privativa y exclusiva" al Ministerio Público.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor José Hernández Arbeláez.

1. Por imperativo de la Carta incumbe de manera sustancial y privativa al Presidente de la República la vigilancia de la administración de justicia:

a) Porque con precisión específica el artículo 119 le asigna el deber de "velar porque en toda la República se administre pronta y cumplida justicia, prestando a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias";

b) Porque si por el artículo 145 corresponde al Procurador en forma genérica "cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes", no puede perderse de vista que de acuerdo con el artículo 142 "el Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno por un Procurador General de la Nación...";

c) Y porque es obvio, además, que según el artículo 57 el Gobierno está constituido por el Presidente de la República y el Ministro del ramo, en su caso.

2. No puede remitirse a duda que la tarea de "velar porque en toda la República se administre pronta y cumplida justicia" es la función subordinante para el logro de la ostensible finalidad que la norma persigue con respecto a la actividad jurisdiccional, y no meramente la escueta y muy limitada de prestar los auxilios necesarios a los jueces para hacer efectivas sus providencias. Pues nada valdría para alcanzar justicia pronta y oportuna en toda la República el simple papel de auxiliar a los funcionarios judiciales para hacer cumplir sus providencias tardías e incumplidas, y por lo mismo de eficacia recortada o nugatoria.

Esto parecería significar que cualquiera sea el uso gramatical del gerundio incluido en el texto, cuestión a que atiende la Academia de la Lengua para dar "limpieza, fijeza y esplendor" al idioma, en el campo jurídico no es admisible que se frustre la finalidad notoria y sustantiva de la norma por ningún género de interpretaciones aferradas a la gramática.

3. Si está a la vista que tanto la vigilancia por la administración de justicia pronta y cumplida, como el cuidado de que todos los funcionarios al servicio de la Nación despachen bien sus deberes, son atributos que la Constitución otorga e impone al Gobierno, lo primero directamente por el artículo 119, y lo segundo por el artículo 142 como supremo director del Ministerio Público, nunca habrá claridad mayor que el entendimiento de ser cuestión meramente instrumental y administrativa la que procure determinar el mejor modo de conseguir el cumplimiento satisfactorio del fin constitucional antedicho. Y puesto que dentro de la organización del Estado de derecho, la ley desarrolla los principios cardinales sentados en la Carta para asegurar la convivencia pacífica, la grandeza y libertad de los pueblos, no parecerá extraño encontrar instituciones fundamentales de flexibilidad suficiente a satisfacer las cambiantes necesidades de la Nación, sin requerir cambio de las reglas básicas. O sea que, sin contradecir la Constitución, la ley está en capacidad de disponer que la vigilancia judicial se ejerza por el Ministerio de Justicia o por la Procuraduría de la Nación, porque ninguna de las dos formas de actividad opcional quebranta lo ordenado por el constituyente: en la una o en la otra el Presidente cumple el deber privativo de velar porque en toda la República se administre pronta y cumplida justicia.

4. Lo genérico no borra lo específico. Si la ley manda que la vigilancia judicial vaya a cargo del Ministerio Público, no está en conflicto con la Carta sino en armonía con la facultad que bajo la suprema dirección del Gobierno ha de ejercer el Procurador de la Nación sobre los Jueces, den-

tro del contenido genérico de funcionarios públicos al servicio de la Nación (145, 1ª). Y si ordena la ley que la vigilancia judicial se cumpla por el Ministerio de Justicia, es asimismo exequible, por la potísima razón de que entonces el deber atribuido en forma especial al Presidente de la República, de velar por la pronta y cumplida justicia (119), se satisface directamente por el Gobierno, sin contradicción posible con la actividad genérica del Procurador, desde luego que la especie no pugna con el género, aunque se la tome aparte por razones de procedimiento.

Es así como en ninguna de las dos hipótesis de regulación por el legislador de la vigilancia judicial tendría base plausible la inexequibilidad. Por ello, respetuosamente, salvo mi voto en la sentencia que antecede.

Fecha ut supra.

Me adhiero en lo sustancial, *Ramiro Araújo Grau*.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 7º DE LA LEY 126 DE 1959. PRESTACIONES SOCIALES DE LOS GENERALES

Facultad del Organo Legislativo para fijar la jerarquía de las Fuerzas Militares. — Naturaleza de los grados militares. — Evolución legal en Colombia del escalafón jerárquico militar. — Equivalencia para efectos de prestaciones sociales entre el grado de General conferido antes de 1953 y el de Brigadier General establecido por la Ley 126 de 1959. No puede pretenderse que el grado de General estatuido por esta última ley sea el mismo que determinó el Decreto número 1139 de 1932 que se mantuvo en los ordenamientos subsiguientes hasta la expedición del Decreto número 1325 de 1953. — El hecho de que un General anterior a 1953 haya ocupado la cima de la jerarquía castrense hasta entonces establecida, no significa que esa posición deba ser en todo tiempo posterior el tope de la oficialidad. — Los derechos adquiridos respecto de prestaciones sociales por los Oficiales investidos del grado de "General", antes de 1953, no han sido desconocidos, ni vulnerados por el citado artículo 7º de la Ley 126 de 1959. — Este precepto no viola los artículos 30 y 159 de la Carta, ni infringe el 26 de la misma obra sobre garantías de juzgamiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PLENA

Bogotá, noviembre 27 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

El doctor J. A. Pedraza Picón, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Carta, ha acusado ante la Corte Suprema de Justicia como inconstitucional, el artículo 7º de la Ley 126 de 1959, "por la cual se reorganiza la carrera de Oficiales de las Fuerzas Militares".

Aunque relaciona su demanda con el caso de un General del Ejército en uso de retiro, de quien figura en el expediente un poder al efecto, tiene la Corte que prescindir de ese aspecto personal, pues en su misión de guarda del Estatuto no le compete hacer pronunciamientos sobre situaciones concretas de carácter particular. Se limitará, pues, al estudio de la acusación en la órbita de la doctrina.

I

LA ACUSACION

Comienza el libelo por hacer la transcripción literal de la disposición acusada, que reza así: "Artículo 7º Para efectos de prestaciones sociales, el grado de General, conferido por el Gobierno con anterioridad al año de 1953, corresponde al de Brigadier General y el de Teniente General al de General, que por esta Ley se establece".

Señala, luego, como textos de la Constitución infringidos, sus artículos 17, 30 y 169, a que agrega el 26; y como razones por las cuales considera violados los tres primeros preceptos, expone varios argumentos, lo sustancial de los cuales cabe en el siguiente resumen:

a) Que, según el artículo 5º de la Ley 126 de 1959, la categoría de los Oficiales Generales en el Ejército y la Fuerza Aérea, comprende los siguientes grados en escala descendente: General, Mayor General y Brigadier General.

Los grados, en materia militar, son situaciones jerárquicas autónomas, propias, constituidas por

la nominación misma del grado, sin que puedan referirse entre sí, para darles equivalencias a grados inferiores o superiores.

Por el artículo acusado, que reguló en forma excepcional la equivalencia entre el grado de General obtenido antes de 1953 y el de Brigadier General creado posteriormente, para efectos de prestaciones sociales o sea de una relación de trabajo y, por tanto, de orden público, en cuanto el trabajo está especialmente protegido por el artículo 17 de la Carta, el militar que había adquirido en la jerarquía una situación jurídica de grado de General, quedó rebajado a la categoría inferior de Brigadier General, en desigualdad con quien posteriormente al año de 1953 ha conseguido el grado de General, cuya pensión se le liquida tomando como base el sueldo mayor y verdadero de General, cuando "gramaticalmente" son iguales las dos situaciones jurídicas, por cuanto es un mismo grado el otorgado y adquirido: el de General.

Bajo este aspecto, se viola el artículo 17, en cuanto la protección al trabajo prometida por el Estado "se frustra mediante una arbitraria relación que divide la denominación jerárquica de General, en Generales de 1953 y Generales posteriores a 1953, para minimizar el grado de General en la relación pensional, dándoles como cuantía básica de asignación una cuantía menor y jerárquicamente inferior que es la correspondiente al grado de Brigadier General".

b) Que las asignaciones de retiro de los militares han sido dispuestas por la ley en atención a los servicios que ellos prestan al Estado y a las privaciones, deberes disciplinarios y cargas a que están sometidos. Constituyen una garantía de las de orden público, prescrita a favor de las Fuerzas Armadas, para fundamentar la colectividad militar, cuyos miembros carecen de ciertos atributos como el del sufragio y el de la libertad de que goza la generalidad de los ciudadanos. La asignación de retiro, luego de ganada, hace parte del patrimonio del militar, no sujeta a épocas ni al alcance de hechos de terceros; se otorga a la personalidad del militar, para quien constituye un verdadero derecho adquirido a justo título.

Por lo tanto, si la asignación de retiro a que obtuvo derecho un General retirado antes de 1953 implicaba el que ésta se le pagase en todo tiempo en relación directa al sueldo del grado de General en actividad; y si el sueldo de actividad de un Brigadier General es inferior al de General, como puede verse en el artículo 1º del Decreto-ley número 252 de 1963, resulta que el precepto acusado, al equiparar, para efectos de prestaciones sociales, el grado de General anterior al año de 1953 con el de Brigadier General que la Ley 126 de 1959 establece, está desconociendo el derecho que el primero adquirió a que se le liquidase su asignación de retiro con arreglo al sueldo correspondiente al grado de General reconocido por la ley últimamente citada. Lo cual viola el artículo 30 de la Constitución.

c) "El grado es una situación de orden en el escalafón militar, que implica mayor o menor superioridad, según sea mayor o menor el grado militar que se alcanza, y dentro de ese escalafón o jerarquía, a mayor grado debe corresponder mayor autoridad, máximos deberes, máximos derechos; el más alto sueldo y la mayor capacidad de mando; el máximo honor y naturalmente el mayor sueldo de grado".

Si, pues, a quien ostenta legítimamente adquirido el grado de General, se le asigna, para "el efecto de las prestaciones sociales", el sueldo básico de un Brigadier General, implícitamente se le desconoce la plenitud de su grado de General y se le convierte en Brigadier General, o sea, se le priva de su grado.

Y como ésto es lo que dispone el precepto que se acusa, quiere decir que conculca el artículo 169 del Estatuto, según el cual, los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo que determine la ley.

II

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Corrido el traslado de regla al Procurador General de la Nación, éste contestó defendiendo la exequibilidad de la disposición acusada, en cuya pro argumenta como se ve en seguida:

Comenzando por destacar la facultad del Legislador para fijar la jerarquía de las Fuerzas Militares, observa que el avance de la ciencia militar impone la necesidad de adecuar la organización castrense a las nuevas modalidades. Precisamente, en razón de esa necesidad, las distintas normas legales desde 1916 en adelante han introducido, a partir del grado de Coronel, modificaciones en la escala jerárquica.

"Así, inicialmente, la Ley 23 de 1916 (artículo 6º) contempló los grados de General de Brigada y de General de División, denominaciones que acogieron luego la Ley 26 de 1916 (artículo 21) y el Decreto 1765 de 1926 (artículo 5º); más tarde el Decreto 1139 de 1932 no consagró sino un grado, llamándolo de General (artículo 1º), situación que subsistió hasta 1947, respetada como lo fue por los Decretos 1265 de 1941 (artículo 1º), 1123 de 1942 (artículo 1º) y 2402 de

1944 (artículo 1º), así como por la Ley 2ª de 1945 (artículo 1º); posteriormente por la Ley 82 de 1947 (artículo 6º) se agregó un nuevo grado en este escalafón superior, el de Teniente General; en 1953, por virtud del Decreto 1325 (artículo 26) se establecieron tres grados: Brigadier General, Mayor General y Teniente General; meses más tarde, en el mismo año de 1953, se adoptaron cinco grados: Brigadier General, Mayor General, Teniente General, General de las Fuerzas Armadas y General Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas (Decreto 3220 de 1953, artículo 4º); por último la Ley 126 de 1959, hoy en vigencia, contempla tres grados superiores, en el mismo orden ascendente: Brigadier General, Mayor General y General (artículo 5º).

"Como apenas es obvio, ninguno de los diversos grados contemplados por las distintas regulaciones legales que en la materia han regido, puede ser alcanzado por un militar en servicio activo, ni puede ser conferido por el Presidente de la República, sino cuando estén reunidos todos y cada uno de los requisitos legales fijados para ser acreedor al ascenso correspondiente, requisitos de diverso orden entre los cuales se cuenta el de tiempo de servicio activo. Este principio ha sido siempre respetado; y las diversas legislaciones han señalado el tiempo mínimo de permanencia en cada grado, para ascender al inmediatamente superior...

"A lo largo de la vida de las Fuerzas Militares colombianas, no pocos de los Oficiales que la sirvieron fueron pasados, a solicitud propia o por otro motivo, a la situación de retiro; y, como era de elemental justicia, se les reconoció el sueldo de retiro a que tenían derecho bien ganado.

"Esa asignación de retiro no se les liquida sobre el sueldo en actividad señalado para el respectivo grado en el momento de producirse la separación, sino sobre el sueldo que en cualquier tiempo tenga ese mismo grado. Así, y mientras el grado de General fue, entre 1932 y 1946, el más alto del escalafón, a los Generales que dejaron de pertenecer a la actividad con inmediata anterioridad al año de 1940, se les liquidó inicialmente su sueldo de retiro sobre el sueldo de $.400.00 que entonces regía para ese grado según el Decreto 1691 de 1934 y la Ley 55 de 1938, pero luego debió ir en aumento la asignación hasta tomar como base la suma de $ 1.000.00 que la Ley 100 de 1948 indicó para el referido grado de General.

"Ciertamente, la Constitución previene en su artículo 169 que los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley. Pero hasta donde llega el conocimiento de la Procuraduría, ninguna ley, ni menos la 126 de 1959, ha privado a algún militar de los grados que alcanzó ni le ha desconocido la pensión que en su favor se decretó al retirarse del servicio. Quienes dejaron de formar parte del Ejército Nacional en cualquier época, continúan ostentando el grado con el cual se retiraron y devengando la asignación que se les reconoció, liquidada con base en el sueldo o asignación señalada en cualquier tiempo para ese mismo grado. Y en este orden de ideas, el Oficial ascendido al grado de General en 1940, por ejemplo, sigue siendo General, y la Constitución y la Ley le respetan *su* grado de General, así como le garantizan el goce de la asignación de retiro que se le otorgó en razón de *su* grado de General.

"Pero como la escala en la jerarquía militar no es estática sino variable y —ya se vio atrás— contempla mayor o menor número de grados, principalmente en los superiores a partir del de Coronel, no es posible concebir ni menos admitir que el sólo hecho de haberse conferido un determinado grado, v. gr. el de General, con arreglo a la Ley para entonces vigente, inhiba al Congreso para adoptar nuevos grados (más altos o intermedios) en el escalafón, o para variar la denominación con que se les distinga; esta facultad del legislador es innegable, puesto que la Constitución, al otorgársela, es muy clara al prescribir en su artículo 166 que 'la ley determinará el sistema de reemplazos del Ejército, así como los ascensos, derechos y obligaciones de los militares', y al dar al Congreso la atribución de 'crear todos los empleos que demande el servicio público' (artículo 76, numeral 9º)...

"A partir del Decreto 1139 de 1932, para que un Coronel pudiera ascender al grado de General requería servir en aquél cargo cinco años; más tarde sólo se exigió un año como Coronel para llegar a General (Decreto 1265 de 1941); luego se necesitaron tres años como Coronel para ascender a General, según el Decreto 1123 de 1942; este tiempo se redujo a dos años según el Decreto 2402 de 1944, norma reproducida luego por la Ley 2ª de 1945. De ahí para adelante, hasta antes del Decreto 1325 de 1953, se requirieron tres años como Coronel para llegar al grado de General, que era el inmediatamente superior en la jerarquía. De donde se concluye que quienes con anterioridad al año de 1953 obtuvieron el grado de General, pasaron directamente del de Coronel, sirviendo en éste por lapso de uno, dos o tres años, sin exceder de la última cifra citada.

"Pero a la luz de la Ley 126 de 1959, para alcanzar el grado de General no puede pasarse directamente, como sí lo hicieron quienes lo obtuvieron con anterioridad al año de 1953, de Coronel a General, puesto que quien tenga el grado de Coronel debe servir en éste cuatro años para ser Brigadier General, tres años como tal para ser Mayor General y otros tres para llegar por fin a General, último de los grados en el actual escalafón militar.

"Es absolutamente claro que el grado de General, conferido bajo la vigencia de las normas que, hasta la Ley 2ª de 1945, lo consagraban como el más alto en la jerarquía militar, no puede ser equivalente al actual grado de General que contempla la Ley 126 de 1959. Puesto que entre éste y el de Coronel hay dos grados intermedios (Brigadier General y Mayor General), que presuponen conocimientos, estudios y servicios complementarios que hagan acreedor al militar al grado más alto de la jerarquía, al paso que anteriormente, y hasta la Ley 2ª de 1945, entre Coronel y General no había grado alguno intermedio, pasándose de aquél a éste directamente.

"Quienes hasta 1953 se retiraron del servicio con el grado de General no fueron ni pudieron ser Brigadier General ni Mayor General, grados y denominaciones que apenas fueron adoptados a partir del Decreto 1325 del 21 de mayo de 1953. Si un General posterior a 1953 que alcance su grado con arreglo a la Ley 126 de 1959 ha tenido que ser previamente Mayor General y antes Brigadier General, un General anterior a 1953 no puede aspirar a quedar equiparado al actual General previsto en la Ley 126, puesto que no obtuvo los grados intermedios de Brigadier General y Mayor General ni, en consecuencia, prestó servicios al Ejército por los tiempos mínimos exigidos para ascender de uno a otro grado.

"De conformidad con el artículo 22 de la Ley 126 de 1959 (que en esta parte reproduce normas adoptadas en toda la legislación anterior sobre la materia), los ascensos se confieren únicamente a los Oficiales en actividad, de modo invariable dentro del orden jerárquico, y sólo se otorgan para continuar en el servicio activo. Pretender hoy que un General retirado, anterior al año de 1953, tenga en el escalafón el grado de General a que se refiere el artículo 5º de la Ley 126 de 1959, equivaldría —contra todo principio de derecho— a darle este grado por la Ley (y ya se sabe que los grados los confiere, constitucionalmente, el Presidente de la República), a otorgarle ese grado de General sin haber pasado por los de Brigadier General y Mayor General (saltándose el orden jerárquico que, por Ley, debe respetarse de modo invariable), a conferirlo a Oficiales en retiro (a tiempo que los ascensos solamente se otorgan a Oficiales en actividad) y, en fin, a impedir la intervención constitucional del Senado de la República, que debe aprobar o improbar los grados conferidos, desde el de Teniente Coronel hasta el más alto del Ejército o la Armada.

"Siendo hoy más larga la carrera militar, para llegar hasta el último grado superior de la jerarquía, que la que rigió hasta el año de 1953, y alcanzándose los grados a virtud de varios factores, entre los cuales se cuenta el de tiempo de servicio, era absolutamente necesario, para respetar los derechos ya adquiridos pero también para no violar los principios esenciales de la carrera, establecer para los efectos de prestaciones sociales, como lo hizo la Ley 126 de 1959 en su artículo 7º, la equivalencia de los grados anteriores con los actuales. Y si un General anterior a 1953 lo fue pasando directamente del grado de Coronel, nada más lógico que, para lo concerniente a prestaciones, ese General sea equiparado al militar que, a la luz de la Ley 126, ostente el grado inmediatamente superior al de Coronel: y así, parece obvio que quien obtuvo su grado de General con anterioridad a 1953 quede en un mismo pie de igualdad con el actual Brigadier General, pues aquél fue y éste es, respectivamente, los Oficiales inmediatamente superiores a un Coronel.

"De conformidad con el artículo 5º de la Ley 126 de 1959, hay hoy tres clases de Oficiales Generales: en orden ascendente, Brigadier General, Mayor General y General. Pero todos ellos son *Oficiales Generales*. En consecuencia, el grado de General no se le quita a quien, habiéndolo alcanzado antes de 1953, sea equiparado hoy, para lo relativo a prestaciones sociales, a Brigadier General que, se repite, es una de las tres clases de Oficiales Generales previstos por el artículo 5º de la Ley 126.

"....

"Todo lo que antecede permite rebatir en su integridad los cargos que contra el artículo 7º de la Ley 126 hace el demandante. En efecto, la situación jurídica individual, objetiva y concreta de orden patrimonial, creada en favor de un General retirado del servicio antes de 1953, se respeta totalmente por el artículo 7º, toda vez que ni se le desconoce su pensión ni se le disminuye inequitativamente, pues lo único que se hace es evitar, pues lo contrario sí sería inequitativo, que pueda pagarse esa pensión con base en un grado

no alcanzado por el militar: el actual grado de General, que no es en ningún caso igual sino que es mayor al grado de General que contemplaban las normas anteriores a 1953. No siendo, como erróneamente lo sostiene el actor, iguales las dos situaciones jurídicas (aun cuando sean iguales las denominaciones), por cuanto no es equivalente el grado de General anterior a 1953 al actual grado de General 'que por esta Ley se establece' —así dice textualmente el referido artículo 7º—, no obstante la identidad de los términos usados para señalar los dos diferentes grados, no hay desconocimiento alguno de los principios que informan el artículo 17 de la Constitución Nacional".

Fundándose en los razonamientos anteriores, el Agente del Ministerio Público concluye que el artículo 7º de la Ley 126 de 1959 no vulnera ninguno de los preceptos constitucionales que el acusador cita como infringidos y, en consecuencia, pide que se declare su exequibilidad.

III

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Carta Fundamental, luego de atribuir al Ejército el carácter de institución permanente destinada a la defensa de la Nación, deja al Organo Legislativo la facultad de crear y organizar los cuerpos armados a quienes esa defensa está sometida (166). Y asigna al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, la facultad de disponer de la fuerza pública y conferir los grados militares, con las formalidades de la ley que regule el ejercicio de esta función y con la restricción de que los grados que otorgue, desde Teniente Coronel hasta el más alto, requieren la aprobación del Senado (120, ord. 6º y 98, ord. 2º).

2. Circunscriben concretamente el campo en que gravita la acusación de que se trata, principios cuya razón de ser y cuya vigencia no se discute: el poder del legislador para ordenar en todo tiempo la organización de la jerarquía militar, determinando la escala de los grados y el sistema de los ascensos (166); y el que los militares no puedan ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo que determine la ley (169), norma ésta en que se refleja esotra de que los derechos adquiridos con justo título no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (30).

3. En la coherente y armoniosa aplicación de estos postulados se afianza, para la oficialidad de las Fuerzas Militares, todo un sistema de seguridad dentro del cual pueda desenvolverse, sin trastornos ni inquietudes, la ponderosa misión de su incumbencia. Pero, si los imperativos son tales, no es menos claro que la sujeción del ordenamiento legal a ellos ha de obrar sobre bases de razón cierta, sin exceder los fines queridos por el constituyente.

4. Reducida a sus estrictos límites la cuestión ahora planteada no es otra que la de determinar si la equivalencia que, para los efectos de prestaciones sociales, ordena el artículo 7º de la Ley 126 de 1959 entre el grado de General conferido por el Gobierno antes del año de 1953 y el de Brigadier General que la misma ley establece, conculca la situación jurídica concreta de quienes quedaron investidos del grado de General con anterioridad al dicho año de 1953.

La solución fluye de las siguientes consideraciones:

5. Tomados en su sentido natural y obvio los términos del artículo 7º de la Ley 126 de 1959, no aparece que por éste se les menoscabe o arrebate a los Generales anteriores al año de 1953, ni su grado, ni sus honores. Eso no lo dice el texto; y por no decirlo, ha respetado a cada uno de aquellos oficiales el rango, el título y la dignidad de que a la sazón estaban investidos. La esencia del precepto es apenas la de disponer que las prestaciones sociales correspondientes al grado de General conferido antes del año de 1953 se pagarán de modo igual a las del grado de Brigadier General que la misma ley establece.

Ahora bien: la exequibilidad de esta equivalencia es manifiesta:

6. Obsérvese, ante todo, que cuando el Organo Ejecutivo otorga grados militares con arreglo a la normación que esté en vigencia, no inhibe al legislador para modificar posteriormente la organización institucional de las Fuerzas, y, por lo tanto, en punto de jerarquía, para suprimir grados, cambiar sus denominaciones, establecer equivalencias entre los nuevos y los antiguos, y crear otros superiores a éstos. Es atribución que le resulta del artículo 166 de la Carta, cuyo ejercicio se explica por la evolución progresiva de la ciencia militar, el devenir de la Institución Armada en un mundo cambiante y el flujo de las transformaciones y necesidades sociales.

7. Si en lo tocante con la sujeta materia del debate, se hace una contemplación panorámica de los ordenamientos legales sobre jerarquía militar, en lo que va corrido desde la reconstitución de la Nación como República unitaria, en el año de 1886, hasta la expedición de la Ley 126 de 1959, se encuentra que al grado de Coronel siguió

como inmediato, en orden ascendente, unas veces el de General de Brigada, otras el de General sin ningún calificativo y otras el de Brigadier General. Muéstrase lo primero *en el Código Militar Nacional adoptado por la Ley 57 de 1887, en la Ley 26 de 1916 y en el Decreto-ley número 1765 de 1926; lo* segundo *en el Decreto-ley número 1139 de 1932, que estableció el grado de General, en los decretos de la misma especie números 1265 de 1941 y 1123 de 1942, en el Decreto extraordinario número 2402 de 1944 y en la Ley 2ª de 1945; y lo* último *en los Decretos extraordinarios números 1325 y 3220 de 1953 y en la Ley 126 de 1959. Es de apuntar que mediante la Ley 82 de 1947 se creó el grado de Teniente General sobre el de General, y que éste, sin especificativo alguno, como inmediatamente superior al de Coronel, vino a dejar de existir con ese nombre y a ceder su sitio al de Brigadier General por imperio del Decreto número 1325 de 1953. Este mismo ordenamiento conformó la categoría de los Oficiales Generales a los siguientes grados, en sucesión progresiva: Brigadier General, Mayor General y Teniente General. Luego, el Decreto número 3220 del mismo año puso sobre el grado últimamente referido el de General de las Fuerzas Armadas, que desapareció con la Ley 126 de 1953, cuyo artículo 5º jerarquizó el orden del generalato en los tres grados que, en escala ascendente, tiene hoy, así: Brigadier General, Mayor General y General.*

8. Tiénese, pues, que a través de todos los estatutos legales sobre organización del Ejército, dictados bajo el régimen político instaurado en 1886, los grados de "General de Brigada", "General" anterior a 1953 y "Brigadier General" han estado en un mismo plano o nivel jerárquico. Y fue en razón de ésto como el Decreto 1139 de 1932, que estableció una sola clase de Generales, con esta simple denominación, dispuso en su artículo 2º que los puestos que de conformidad con las disposiciones a la sazón vigentes deberían ser servidos por Generales de División y Generales de Brigada, serían desempeñados en lo sucesivo por los Generales cuya clase única se establecía en el mismo decreto.

9. Ciertamente no puede pretenderse que el reciente grado de General estatuido por la Ley 126 de 1959 sea el mismo que determinó el Decreto número 1139 de 1932 y que se mantuvo en los ordenamientos subsiguientes hasta la expedición del Decreto número 1325 de 1953. Porque ese antiguo grado, mientras existió, fue el inmediatamente superior al de Coronel, al paso que, en el actual orden, el siguiente a éste, es el de Brigadier General, teniéndose todavía que subir al de Mayor General para poder ascender luego al de General creado en la nueva ley. Entre los dos grados de este último nombre: el anterior a 1953 y el de la Ley de 1959, hay, pues, diferencia, sin que para reconocerlo así sea obstáculo ni la mera igualdad de las denominaciones, ni la simple coincidencia de no haber existido sobre el antiguo y no existir sobre el nuevo, otro superior. No es razón lo primero, porque no son los nombres, sino la posición en la escala jerárquica, lo que informa la naturaleza de los grados; y no es razón lo segundo, porque el hecho de que en cierta época un grado cualquiera, como el de General anterior a 1953, haya ocupado la cima de la jerarquía castrense hasta entonces establecida, no significa que esa posición deba ser en todo tiempo posterior el tope de la oficialidad, pues que, como ya está dicho, el legislador puede crear en cualquier momento grados superiores, como tampoco implica que el militar que obtuvo aquel antiguo grado tenga que gozar ahora de las prerrogativas inherentes al nuevo, distinto y más elevado.

10. La argumentación precedente sobre la desigualdad entre los grados de General anterior a 1953 y General de la Ley 126 de 1959, se esfuerza con que se mire no más al tiempo de servicio que a contar de la posición de Coronel inclusive exigieron, para subir al primero de aquellos grados, las normas de su época, y al requerido por la ley últimamente citada, para ascender al segundo. En efecto: para pasar de Coronel a General, a partir del Decreto número 1139 de 1932, se requirieron primeramente cinco años de servicio en aquel grado, como lo disponía el Decreto número 1765 de 1926; luego, ese tiempo de servicio se limitó así: a un año, según el Decreto número 1265 de 1941; a tres años, según el Decreto número 1123 de 1942; a dos años, según el Decreto 2402 de 1944, término éste mantenido por la Ley 2ª de 1945; y a tres años, según la Ley 82 de 1947.

Ahora bien: la Ley 126 de 1959 exige, como lapsos mínimos de servicio, cuatro años en el carácter de Coronel, para pasar a Brigadier General; tres años en este grado, para subir al de Mayor General; y tres años en éste, para ascender al de General. Es decir, que de la posición de Coronel a la de General que esta ley establece, se impone un tiempo mínimo de diez años de actividad, por modo que, en este punto, el General anterior a 1953 no puede equipararse al General de ahora, ni siquiera al Mayor General, cuyo grado presupone siete años de servicio a contar de la entrada en el rango de Coronel.

11. Otro tanto puede afirmarse en relación con las demás condiciones respectivamente puestas por aquellos estatutos para los ascensos relativos a tales grados. Así, para el ascenso a General de Brigada, el Decreto número 1765 de 1926 apenas exigió que tres de los años de servicio como Coronel, lo hubieran sido como Comandante de Regimiento. Más tarde, para el ascenso a General, el Decreto número 1265 de 1941 dispuso que el Gobierno podía elegir libremente los candidatos, después de un año de servicio en el grado inmeditamente anterior, que era el de Coronel; luego, los Decretos números 1123 de 1942 y 2402 de 1944, además del servicio en el grado de Coronel en los lapsos que ellos señalan, exigieron, para dicha promoción, haber dirigido por lo menos unos ejercicios de brigada, haber comandado la unidad operativa por lo menos un año y, como sustituto de estos requisitos, haber hecho en el grado una campaña en guerra, requerimientos éstos que mantuvo la Ley 2ª de 1945, la que, al referirse al sustitutivo, lo circunscribió al hecho de haber dirigido operaciones de campaña; y más adelante, la Ley 82 de 1947, fuera de los tres años de servicio en el grado de Coronel, determinó como condiciones de esa promoción ser Oficial diplomado en el servicio del Estado Mayor y haber comandado con todo éxito una brigada, por lo menos, durante un año.

Evidentemente estas exigencias no son más onerosas, sino de entidad inferior a las que la Ley 126 de 1959 vino a establecer para el ascenso de Coronel a Brigadier General y que resultan de sus artículos 23, 29 y 40, preceptos según los cuales los requisitos de esta promoción son el tener un tiempo mínimo de cuatro años de servicio en el grado de Coronel, de los cuales uno como Comandante de Brigada, Director de la Escuela Militar de Cadetes o Comandante de Centro de Preparación Militar, ser diplomado en Estado Mayor y, además, haber "aprobado el curso de altos estudios en la escuela correspondiente, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno" y de la cual trata el Decreto ejecutivo número 0570 de 1960. Sólo que con los Coroneles de los servicios, por la naturaleza misma de sus funciones, no toca el requisito de comando de Brigada o sus equivalentes. Hay que subrayar, pues, que las condiciones que pusieron los estatutos legales para el ascenso de Coronel a General anterior a 1953, son de menor severidad que las imperadas por la Ley 126 de 1959 para el ascenso de Coronel a la posición de Brigadier General que la misma ley reconoce.

12. En lo concerniente al punto mismo de la equiparación de las prestaciones sociales de General anterior a 1953 con las de Brigadier General de la Ley 126 de 1959, se impone considerar lo siguiente:

Que, en cuanto a los elementos estructurales de estas prestaciones, y a las condiciones y medidas o tasas para la computación de las mismas, la Ley 126 de 1959 no establece desigualdad entre las correspondientes a los grados de Brigadier General, Mayor General y General de que ella trata. Quiere decir que, en igualdad de circunstancias, los Oficiales de estos tres grados tienen derecho a unas mismas reglas de tasación de esas prestaciones. Las diferencias, en el ámbito de la propia ley, ciertamente provienen de la desigualdad en los sueldos mensuales básicos que respectivamente les fijó ella, manteniendo en su orden los de $ 1.550, $ 1.650 y $ 1.850 establecidos en el Decreto-ley número 0325 de 1959, sueldos que hoy son, según el Decreto-ley número 252 de 1963, los siguientes: $ 2.100 el de Brigadier General, $ 2.250 el de Mayor General y $ 2.500 el de General.

Ahora bien: si se mira a la incidencia del sueldo básico de actividad, como coeficiente primario y principal en el cálculo de las prestaciones sociales, en proceso comparativo entre las de un General anterior a 1953 y las de un General de Brigada a que se refiere la Ley 126 de 1959, se encuentra que en ese renglón no más lo que hoy corresponde en el retiro a un "General" antiguo por equiparación a lo que toca a un Brigadier General de la nomenclatura vigente, no es inferior a lo que a aquel antiguo General le correspondería bajo el imperio de la regulación anterior a 1953.

A partir de la vigencia del Decreto-ley número 1139 de 1932 y hasta la expedición del Decreto extraordinario número 1325 de 1953, lapso en que estuvo consagrado en la jerarquía militar el grado de "General" como inmediatamente superior al de Coronel, los sueldos básicos mensuales tocantes a aquella posición en la actividad, partiendo del de $ 350 que señalaba el primero de tales decretos, fueron pasando por las etapas aumentativas de $ 400, $ 440, $ 480, $ 500, $ 600, $ 700 y $ 1.000 que fijaron en ese tracto los diferentes estatutos sobre la materia, el último de los cuales lo fue la Ley 100 de 1948. Después el sueldo de la misma índole asignado por la Ley 126 de 1959 al grado de Brigadier General fue el de $ 1.550, elevado ahora por el Decreto-ley número 252 de 1963 a la cantidad de $ 2.100. Vése, pues, que entre el tope de $ 1.000 a que llegó el sueldo básico de un General anterior a 1953 y la cuantía señalada al sueldo básico de un Brigadier General

por los dos ordenamientos que se acaban de referir, la última en todo caso es de mayor valor que el primero; y este mayor valor aprovecha ciertamente al General antiguo, cuya asignación de retiro se gradúa como la de un Brigadier General, es decir, tomando como punto de partida del cómputo, no el sueldo básico de que hubiera disfrutado el General antes de 1953, sino el mucho más alto hoy correspondiente a un Brigadier General.

13. Ni el artículo acusado implica el desconocimiento de las proporciones en que ha de calcularse la asignación de retiro a que ganaron derecho los Oficiales del grado de "General" anterior a 1953, porque, fuera de que la Ley 126 de 1959 en su artículo 89 mantuvo el principio introducido desde la Ley 2ª de 1945, de que las asignaciones de retiro no se causan por cantidades estables, sino en forma oscilante, tomando como base la fluctuación de las asignaciones de actividad vigentes en todo tiempo para cada grado, también confirmó el sistema que había implantado la Ley 75 de 1925 y que fue respetado por las disposiciones posteriores, consistente en que al Oficial que ha adquirido derecho a la asignación de retiro, se le computa ésta en forma de reconocerle sobre el sueldo de actividad que corresponda al grado que tenía al producirse el retiro, un determinado porcentaje por los primeros quince años de servicio, como límite temporal mínimo, porcentaje aumentable al ritmo de los años excedentes y hasta un punto dado. Ciertamente, en este orden de ideas, verifícase que desde la Ley 75 de 1925 hasta el Decreto-ley número 1265 de 1941, el porcentaje inicial fue el treinta por ciento (30%) y la tasa del aumento la del tres por ciento (3%) por cada año de excedencia, sin pasar del setenta y cinco por ciento (75%). Luego, el Decreto-ley número 1123 de 1942 señaló como inicial el treinta y cinco por ciento (35%) y como tasa del aumento la del cuatro por ciento (4%) por cada año de excedencia, sin pasar del ochenta por ciento (80%), términos que rigieron hasta la Ley 100 de 1946, que señaló como inicial el cincuenta por ciento (50%) y como tasa del aumento por año de excedencia el cuatro por ciento (4%), sin pasar del ochenta y cinco por ciento (85%). Eran, pues, estos últimos factores, es decir los más altos, los que contaban en la materia al iniciarse el año de 1953 y fueron precisamente los que vino a consagrar en su artículo 84 la Ley 126 de 1959.

14. Cualquiera que sea, pues, la fase por donde se mire la correspondencia estatuida por el artículo 7º de la Ley 126 de 1959, para efectos de prestaciones sociales, entre el grado de General anterior al año de 1953 y el de Brigadier General que la misma ley contempla, no se encuentra que por virtud de esa equiparación se inflija detrimento alguno a la situación jurídica concreta en que, respecto de prestaciones sociales, estaban constituidos, antes del año de 1953, los Oficiales investidos del grado de "General". Vale decir que los derechos adquiridos en orden a tales prestaciones por los "Generales" de aquella época, no han sido desconocidos, ni vulnerados por el precepto en referencia.

15. Corolario de todo lo cual es el de que no tiene asidero alguno la pretensión de que los Oficiales que pasaron al retiro con el grado de "General" anterior al año de 1953, por el hecho de haber sido éste el descollante de entonces, adquirieron derecho a gozar de las prestaciones sociales que en cualquier tiempo vinieran a corresponder a un grado más alto de la jerarquía militar, bajo ese nombre. Porque, un General de aquella época no pudo, en lógica jurídica, adquirir más derechos que los correspondientes a su grado con arreglo a la ley entonces vigente. Si, pues, el legislador, haciendo uso de su potestad de organizar la jerarquía castrense, vino luego a crear grados superiores, dándole al de la cima el nombre de "General", no por ello el Oficial que bajo esta misma denominación obtuvo antes de 1953 un grado de menor entidad jerárquica, puede entenderse ascendido a la posición eminencial de ahora, para gozar de sus asignaciones de retiro, pues que semejante forma de ascenso no ha podido tener lugar, no sólo por no haberse satisfecho los requisitos de ley para tan extraordinario paso, sino porque según el artículo 120, ordinal 6º del Estatuto Fundamental, no es al legislador a quien compete el conferir los grados militares, sino al Presidente de la República, reclamando los ascensos de Teniente Coronel en adelante la aprobación del Senado.

16. Se impone, pues, concluir que el artículo 7º de la Ley 126 de 1959 no viola los artículos 30 y 179 de la Carta, cuyo artículo 17 deja, por lo mismo, ileso; y menos ha podido infringir el artículo 26 sobre garantías del juzgamiento, por ser ajeno en un todo a la cuestión planteada.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la función constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, de acuerdo con el concepto del Procura-

dor General de la Nación, declara *exequible* el artículo 7º de la Ley 126 de 1959.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese, previa comunicación a quien corresponda.

Samuel Barrientos Restrepo, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Julián Uribe Cadavid, Luis Carlos Zambrano, Hernando Navia Cajiao, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

QUERELLA CONTRA MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, POR SUPUESTA VIOLACION DE LA LEY 8ª DE 1958

Si no hay dolo, no se incurre en responsabilidad penal en la interpretación equivocada que se haga de la ley por error o falibilidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PLENA

Bogotá, diciembre 3 de 1964.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Corte a resolver sobre la queja presentada por el doctor Ricardo Valencia, abogado titulado que ejerce su profesión en la ciudad de Cali, contra los doctores Marino Mejía Montoya y Antonio Saucedo Carrasquilla, Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, queja que el querellante concreta en los siguientes hechos:

"1º Por apelación de la sentencia de primera instancia pronunciada por el Juzgado Primero de este Circuito Civil, en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali cursa el juicio ordinario de reivindicación propuesto por el señor Manuel Dolores Ayala contra las sucesiones de Abel Prado y Flora Bryon de Prado, representadas por los herederos Eduardo Prado, María Prado v. de Escobar y Leonisa Prado.

"2º La demandada María Prado v. de Escobar otorgó poder para que la representara en dicho juicio al doctor Gilberto Gómez Trujillo; y éste, a su vez, después de haber actuado en el proceso, le sustituyó el poder al doctor Mario Duque Velásquez.

"3º Por sendos autos de fecha 6 de septiembre de 1961, el Magistrado ponente, doctor Marino Mejía Montoya reconoció como apoderados de la señora María Prado v. de Escobar a los doctores Gilberto Gómez Trujillo y Mario Duque Velásquez.

"4º Por memorial de 12 de septiembre de 1961, el suscrito, en calidad de apoderado del demandante Manuel Dolores Ayala, interpuso recurso de súplica contra los dos autos expresados del 6 de septiembre de 1961, a fin de que se revocaran y se anulara lo actuado en ese juicio, con intervención del doctor Gilberto Gómez Trujillo.

"5º Por auto de 28 de marzo de 1962, la Sala Dual del Tribunal, con los votos del Magistrado doctor Antonio Saucedo Carrasquilla y del Conjuez, doctor César Calero Mercado, y contra el voto disidente del Magistrado doctor Julio C. Piedrahita, denegó el recurso de súplica mencionado, estimando que la Ley 8ª de 1952 no prohibe reconocer como apoderado a quien ha intervenido como Magistrado en un proceso y que la nulidad que establece la misma ley debe ventilarse por medio de incidente de nulidad separado, punto éste en que concordó el Magistrado doctor Piedrahita.

"6º En memorial de 4 de abril de 1962, el suscrito, como apoderado del actor, solicitó al Magistrado ponente del Tribunal, doctor Marino Mejía Montoya, que previos los trámites de una articulación, anulara la actuación del juicio desde el auto de 6 de septiembre de 1961, que reconoció al doctor Gilberto Gómez Trujillo como apoderado de María Prado v. de Escobar; lo mismo que lo actuado por el doctor Mario Duque Velásquez como apoderado sustituto, desde el auto de 6 de septiembre de 1961, que le reconoció tal carácter.

"El fundamento de esta solicitud fue el mismo anteriormente expuesto: los artículos 3º y 4º de la Ley 8ª de 1958, y el haber intervenido en el juicio el doctor Gómez Trujillo como Magistrado del Tribunal.

"7º Por auto de 29 de enero de 1963, la Sala de Decisión del Tribunal, integrada por los Ma-

gistrados doctores Marino Mejía Montoya, Antonio Saucedo Carrasquilla y Julio C. Piedrahita, denegó la solicitud a que se refiere el punto 6º, con el voto disidente del tercero de tales Magistrados.

"Esta decisión se fundó en que la nulidad que estatuye la Ley 8ª de 1958 no es sino una modalidad de la ilegitimidad de la personería adjetiva del apoderado, expresamente regulada por los artículos 3º y 4º de dicha ley; en que esta clase de nulidades, según interpretación de la Corte, se rige por las reglas aplicables a la ilegitimidad de personería consagrada en la causal 2ª del artículo 448 del Código Judicial; en que la nulidad por ilegitimidad de personería es cuestión que interesa a la parte no representada en juicio en debida forma; y en que por lo tanto, de acuerdo con el numeral 3º del artículo 450 del Código Judicial, la parte interesada puede ratificar las actuaciones del apoderado irregular y hacer desaparecer el motivo de nulidad, como ha sucedido en este caso —dice el auto— con la ratificación expresa de la demandada María Prado v. de Escobar.

"8º En memorial de 4 de febrero de 1963, el suscrito interpuso recurso de reposición revocatoria contra el referido auto de 29 de enero de 1963; y allí expuso en forma amplia, razonada y concluyente cómo la tesis de esa providencia es totalmente injurídica e insostenible.

"9º Por auto de 12 de marzo de 1963, la Sala de Decisión del Tribunal denegó la ameritada reposición, con el voto mayoritario de los Magistrados doctores Marino Mejía Montoya y Antonio Saucedo Carrasquilla y contra el voto disidente del Magistrado doctor Julio C. Piedrahita.

"En esta providencia, lejos de examinar y pesar las numerosas e irrefragables razones expuestas por el suscrito en su memorial de reposición, la Sala de Decisión incurrió en el nuevo, peregrino e inexcusable adefesio de sostener que no habiendo la Ley 8ª de 1958 prohibido la ratificación de lo actuado, este recurso es procedente para sanear la nulidad que la misma ley establece; y además, interpretando y aplicando torcidamente una jurisprudencia de la Corte, pretendió justificar con ella su proceder. Esa jurisprudencia no dice —ni podría decir— que la nulidad de la Ley 8ª de 1958 sea susceptible de ratificación, sino sencillamente, como es lo derecho, que ella (la nulidad) no puede ser alegada por la parte, ni por el apoderado principal o sustituto, que hayan dado lugar a ella, en virtud del principio ético-jurídico de que nadie puede ser oído cuando alega su propia falta: *nemo auditur propiam turpitudinem allegans.*

"10. La providencia de 29 de enero de 1963, a que se refiere el punto 7º, quedó ejecutoriada.

"11. Para colmar todavía más su injuridicidad, esta providencia fue dictada por la Sala de Decisión sin competencia legal para ello, toda vez que por mandato legal del artículo 84 del Código Judicial, en asuntos que deben ser fallados por esa Sala —como es el caso del juicio que refiero—, los autos interlocutorios debe proferirlos, exclusivamente, el Magistrado ponente; y solamente conocen de ellos, por recurso de súplica, los Magistrados restantes de la Sala de Decisión, conforme al artículo 511 del Código citado.

"12. La actuación que dejo descrita de los Magistrados, doctores Marino Mejía Montoya, y Antonio Saucedo Carrasquilla, violó de modo flagrante y pasmosa la Ley 8ª de 1958, perjudicó gravemente los intereses de mi poderdante, Manuel Dolores Ayala y es un precedente jurisprudencial que compromete los más elevados y caros intereses e ideales públicos, cifrados en la pureza, en la pulcritud y en la imparcialidad de la administración de justicia.

"Las prohibiciones de la Ley 8ª representan sin lugar a duda alguna INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES y NULIDADES DE ORDEN PUBLICO y son por lo tanto absolutas. Se inspiran en graves y poderosos motivos de moralidad pública, y su ostensible propósito es purificar la atmósfera y las prácticas del Estado. Por eso repugna al más elemental sentido ético que dicha nulidad pueda ser allanada y saneada por la ratificación de lo actuado, hecha por nadie menos —¡qué horror!— que por la propia parte con cuya participación y anuencia se consumó, abiertamente y sin escrúpulos, la violación de la ley. Los imprescriptibles dictados del orden moral y jurídico rechazan de plano tamaña solución. En casos como el presente es más imperioso lo que escribió el señor Caro: 'La ley requiere siempre el auxilio de la razón moral, y en esta combinación se cifra el imperio de la justicia'.

"Fundándome en estos hechos y razones, y, en los artículos 20, 151 (2ª) y 160 —inciso 2º— de la Codificación Constitucional y en el Decreto legislativo número 3665 de 1950, presento ante ustedes, señores Magistrados de la Suprema Corte de Justicia, denuncio o queja contra los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores Marino Mejía Montoya y Antonio Saucedo Carrasquilla, por las actuaciones violatorias de la Ley 8ª de 1958 que dejo expuestas.

"Solicito atentamente que por el procedimiento señalado en el Decreto 3665 citado, se apliquen a dichos Magistrados del Tribunal de Cali las sanciones disciplinarias que determina el artículo 3º del mismo Decreto. Invoco la causal estatuida en el numeral 3º del artículo 2º del expresado Decreto: Actuaciones que tienden a hacer ineficaz la administración de justicia y a restarle imparcialidad".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los Magistrados objeto de la queja, doctores Mejía Montoya y Saucedo Carrasquilla, en respuesta a la querella que se dejó transcrita, enfáticamente rechazan los cargos y manifiestan que se han limitado a cumplir con su deber de jueces, señalando, en su leal saber y entender, el alcance de los preceptos contenidos en los artículos 3º y 4º de la Ley 8ª de 1958, sin que los animara otro propósito distinto de la aplicación justa y honesta de tales normas.

Ahora bien:

De los elementos de juicio traídos al informativo no se desprende la más leve sospecha de que los acusados procedieran dolosamente. Y es obvio que no incurre en sanción disciplinaria el juzgador que profiere una providencia que no se acomode a las pretensiones de una de las partes, ni siquiera cuando, de buena fe, ha hecho una interpretación equivocada de un precepto legal. Si no fuera así, se estaría erigiendo en delito el hecho de tener un concepto distinto del de puntos de derecho. Igualmente, se daría base para que se paralizara la labor de la jurisprudencia y el avance en el entendimiento de las leyes, pues, de esa suerte, se crearía en los jueces el temor de estar en desacuerdo con sus superiores jerárquicos, así lo fuera con respecto a las más anacrónicas doctrinas.

Es natural que se espere de quienes tienen a su cargo la delicada misión de administrar justicia una atinada aplicación de la ley, lo cual pone de manifiesto el buen criterio jurídico del juzgador. Pero ello no quiere decir que exista dolo y responsabilidad en el Juez que la interprete en forma equivocada, por error o falibilidad.

En el presente caso, no resulta demostración alguna de la falta disciplinaria denunciada, pues lo único que se desprende del informativo es el enfrentamiento del personal criterio del querellante al de los Magistrados acusados.

Corresponde, en consecuencia, declarar que los doctores Marino Mejía Montoya y Antonio Saucedo Carrasquilla no han incurrido en falta disciplinaria alguna.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Plena—,

RESUELVE:

1º Declarar que no existe fundamento para imponer sanción disciplinaria alguna a los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores Marino Mejía Montoya y Antonio Saucedo Carrasquilla, con respecto a los cargos que les fueron formulados por el doctor Ricardo Valencia, y

2º Comunicar lo resuelto a la Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REFORMA SOCIAL AGRARIA

La Corte declara exequibles los artículos 3º, apartes a), d), e) y g), 4º, 8º, 12, 13, apartes a), b), c), d), 14, 20, 22 a 28, 54, 62 y 74 de la Ley 135 de 1961. — Naturaleza y caracteres del establecimiento público. — Rasgos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. La acusación. — Concepto del Procurador General de la Nación. — Examen de cargos. Sentido y alcance de cada uno de los preceptos acusados, así: artículo 3º, ordinal a), inciso primero. Artículo 3º, ordinal a), segundo inciso, y d), y artículos 22, 23, 24, 26, 27 y 28. Artículo 3º, ordinal e). Artículo 3º, ordinal g). Artículo 25. Artículo 4º. Artículo 20. Artículo 8º. Artículos 12 y 13. Artículo 14. Artículos 62 y 74. — Constitucionalidad de los establecimientos públicos. — Identificación de los terrenos de la Nación y organización de catastros. Caminos vecinales. — Corporaciones regionales de desarrollo. — Funciones delegadas por el Instituto a estas Corporaciones. — Facultad del legislador para determinar la composición de la Junta Directiva del Instituto. Procuradores Agrarios. — Expropiación de la propiedad privada por causas de utilidad pública, con la correlativa indemnización a su titular. Constitucionalidad del pago con bonos y plazos. — Indemnización previa. — La regulación del pago de las indemnizaciones que estatuye la Ley 135 de 1961 no hiere el ordenamiento de la Corte sobre expropiación por motivos de utilidad pública o interés social.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PLENA

Bogotá, diciembre 11 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Julián Uribe Cadavid).

La demanda de inconstitucionalidad introducida por el abogado Agustín Gómez Torres, en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 214 de la Carta, se refiere a los artículos 3º, apartes a), d), e) y g), 4º, 8º, 12, 13, apartes a), b), c), d), e) y f) y su parágrafo, 14, 20, 22 a 28, 54, 62, y 74 de la Ley 135 de 1961, sobre "reforma social agraria".

El Procurador General de la Nación rindió un detenido concepto, que ha sido considerado cuidadosamente por la Corte en el estudio de las diversas cuestiones suscitadas por la acusación en referencia. Dicho concepto es adverso a la demanda, salvo en unos pocos puntos.

Hallándose el negocio al despacho del Magistrado sustanciador, el abogado Justo Díaz Rodríguez, invocando el derecho constitucional de petición, adujo sendos conceptos jurídicos de los doctores Francisco de P. Pérez, Hernando Morales y Luis Eduardo Gacharná, a solicitud del Instituto Colombiano de la Reforma Agriaria, principalmente sobre la regulación del pago de las indemnizaciones por expropiación de tierras de dominio privado, conceptos que la Corte ha tomado en cuenta en sus deliberaciones.

PRIMERA PARTE

Tratará la Corte acerca de los preceptos acusados; pero antes conviene sentar algunas bases sobre la naturaleza, la finalidad y los más salientes rasgos del establecimiento público en general, lo cual será de provecho para decidir sobre la impugnación formulada.

I

Naturaleza y caracteres del establecimiento público.

El Constituyente de 1886 incluyó, entre las atribuciones del Congreso, las siguientes:

"Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"....

"8º Regular el servicio público determinando los puntos de que trata el artículo 62".

Sobresalen en esta disposición dos cosas:

a) La función reguladora del servicio público, que la Carta señala de manera expresa al legislador como una de sus tareas esenciales. "Regular el servicio público", es una expresión que comprende todas las medidas tendientes a dotar a la comunidad de los medios de satisfacer sus necesidades generales.

b) El primitivo ordinal 8º del artículo 76 de la Carta, al referir literalmente la dicha regulación al artículo 62, parecía limitar tan importante función a los objetivos de este último precepto, reduciendo inexplicablemente el campo del servicio público, de suyo múltiple y en desarrollo permanente. La expresada función fue adicionada por el ordinal 10 del artículo 7º del Acto legislativo número 1º de 1945 (a que corresponde el ordinal 10 del artículo 76 de la actual Codificación), ordenamiento en el cual el Constituyente reitera la referida función de la Rama Legislativa, de atender el servicio público por medio de leyes "determinando los puntos de que tratan los artículos 62 y 132 y las demás prescripciones constitucionales", fórmula ostensiblemente más amplia que la anterior.

A ello hay que agregar que, precisamente, dada la extensión y diversidad que caracterizan el servicio público, el artículo 7º de la Carta, adicionado por el Acto legislativo número 3 de 1959, dispone que "para arreglar el servicio público" y atender al "fomento de la economía", puede dividirse el territorio prescindiendo de la delimitación política ordinaria, dando de tal suerte a la expresión "servicio público" un sentido general.

No redunda advertir que la Constitución emplea las expresiones de "servicio público" (v. gr. en los artículos 7º, 76, ord. 10, y 132), y de "servicios públicos" (p. ej. en los artículos 18 y 39), para referirse con la primera al "conjunto de actos de todo linaje que se ejecutan para dar cumplimiento a la Constitución, en todas las Ramas del Poder Público", según comentario de don José María Samper al ordinal 8º del artículo 76 de la Carta de 1886 ("Derecho Público Interno de Colombia", Tomo II p. 116. Imprenta de La Luz, 1886); y con la segunda, a determinadas actividades más directamente llamadas a satisfacer necesidades concretas. Pero, es oportuno decir que la norma del ordinal 10 del precitado artículo 76, al atribuir al Congreso la "regulación del servicio público", de acuerdo con "las demás prescripciones constitucionales", parece haber tomado aquella expresión en su sentido más general.

El Estado regula el servicio público de manera directa, a través de sus agentes inmediatos, y en forma indirecta, como ocurre en la concesión y el Establecimiento Público. *El Estado colombiano cuenta ya con algunos de esta última especie, como la Universidad Nacional, los Ferrocarriles Nacionales, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, las Corporaciones Autónomas Regionales (del Cauca, del Valle del Magdalena y del Sinú, de la Sabana de Bogotá y los Valles de Ubaté y Chiquinquirá), y ahora el Instituto Colombiano de Reforma Agraria. Estas formas indirectas están llamadas a garantizar el predominio de la técnica en los servicios públicos.*

A "establecimientos públicos" alude la Carta en su artículo 64; de ellos habla en general el artículo 635 del Código Civil y en particular de los de beneficencia e instrucción pública el artículo 80 de la Ley 153 de 1887; los contempla, tanto nacionales como departamentales y municipales, el artículo 237 del Código Político y Municipal, que hace depender los primeros, de las leyes, los segundos de las ordenanzas, sobre las bases dadas por las leyes; y los últimos, de los acuerdos, según las normas de las ordenanzas. De suerte que, en un primer plano, compete al legislador tanto la creación de establecimientos nacionales como autorizar a los departamentos y municipios para crearlos y organizarlos, con destino a la regulación del servicio público.

Acerca del Establecimiento Público, dice la Corte:

"En esta clase de instituciones se encuentra la más grande variedad de regímenes, desde los que por su autonomía e independencia se asemejan a la persona privada en cuanto llevan una vida absolutamente propia, sin sujeción ninguna a la Administración, hasta las entidades que están tan subordinadas a ésta que casi se confunden con un servicio sin autonomía, prestado directamente por el Estado". (Sala de Negocios Generales, sentencia de septiembre 26 de 1940. L. 1962 y 1963. 251).

Del movimiento doctrinario y jurisprudencial contemporáneo se origina una conclusión muy importante: la de que el régimen de los establecimientos públicos depende en cada caso de la voluntad del legislador, quien por tener a

su cargo la función básica de regular el servicio público, puede crearlos en el número que juzgue conveniente y señalar sus fines y funciones con la amplitud y variedad requeridos por las necesidades del pro común, como también autorizar a las entidades de derecho público para fundarlos y organizarlos. La doctrina general considera que para saber si se trata o no, en un caso dado, de un establecimiento público, debe atenderse ante todo a la voluntad del legislador. El Art. 237 del Código Político y Municipal antes citado prescribe que todo lo referente a estos organismos de orden nacional, concierne a la órbita del legislador.

Se advierten algunos rasgos de este instituto en sentencias de la Corte (Sala Plena, agosto 10 de 1937. XLV. 1925. 213; septiembre 28 de 1938. XLVII. 1941. 215 y 220; octubre 5 de 1939. XLVIII. 1950. 642; marzo 17 de 1942. LII. 1980. 566, y diciembre 9 de 1946, LXI. 2042 a 2044. 622. Sala de Casación Civil, agosto 28 de 1948. LXIV. 2064 y 2065. 731. Y de Negocios Generales, septiembre 26 de 1940, 1961. 249); en algunos fallos del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, entre otros, los de 20 de noviembre de 1946, 15 de junio y 30 de julio de 1960 (Anales del Consejo de Estado Nº 357, pág. 273. Año XXXV. T. LXII. Nos. 387. 391. Págs. 555 y 727); en algunas obras nacionales y también en copiosa literatura extranjera, rasgos sobre los cuales debe acentuarse el examen del aspecto funcional señalado al Instituto Colombiano de la Reforma Agriaria. Son ellos:

Primero. El Establecimiento Público es, ante todo, *creación del Estado.* Se admite que ésta pueda ser no sólo *expresa* sino también *tácita.* Pero en este último caso ha de saberse principalmente si se destina a un servicio público y se vinculan a él fondos de la Administración. "No hay razón alguna —dice la Corte— de orden científico, ni técnico, ni de carácter constitucional —como lo anota el señor Procurador— que impida al legislador colombiano la formación de estas organizaciones autónomas a las que se les hace jugar un papel análogo al de las personas naturales, aislándolas dentro de la administración general con el objeto de agilizar y comercializar determinadas actividades o servicios públicos, como la empresa de transportes por los ferrocarriles, que siguen sometidos al dominio estatal". (Sala Plena, marzo 17 de 1942. LII. 1980. 566).

Si de establecimientos públicos departamentales o municipales se trata, su creación requiere la autorización del legislador, llamado a regular primariamente el servicio público.

De lo anterior se sigue: a), que la organización y funcionamiento del establecimiento deben ajustarse, ante todo, al acto constitutivo originario del legislador; y b), que el Congreso, las Asambleas y los Concejos, en su caso, tienen facultad para modificar en la forma que estimen conveniente, la organización del establecimiento, según lo requieran las necesidades del servicio, así como disponer su transformación o extinción, ya que el Establecimiento Público —se repite— no pasa de ser una pieza integrante de la Administración con natural sometimiento, por consiguiente, a la organización estatal.

Segundo. Es una *persona jurídica* (sentencias citadas de septiembre 26 de 1940 y diciembre 9 de 1946). De lo cual se siguen estas consecuencias:

a) Goza de capacidad esencial como sujeto de derecho y obligaciones y de capacidad de ejercicio, de modo que obra por conducto de sus representantes en la órbita de sus objetivos —Art. 633 C. C.— tanto judicial como extrajudicialmente (Sala Plena, marzo 17 de 1942. LII. 1980. 568).

b) Tiene un patrimonio propio, originado en la destinación precisa y permanente de parte de los recursos oficiales, patrimonio a veces acrecentado por los auxilios y donaciones privados y las tasas satisfechas por los particulares por la prestación de determinados servicios. "Patrimonio propio —dice la Corte— pero sin perder éste por ello el carácter de patrimonio perteneciente en definitiva a la Nación". (Sala de Negocios Generales, sentencia de septiembre 26 de 1940. L. 1962 y 1963. 251).

Tercero. Es persona jurídica de *derecho público.* Por tanto:

a) Hace parte del Estado y es órgano de la Administración en lo atinente al servicio público respectivo. (Sentencia Sala Plena, marzo 17 de 1942. LII. 1980. 566). "Ha sido doctrina de la Corte la de que los establecimientos públicos son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de autoridad pública, o creaciones del Estado... dotadas de patrimonio y de personalidad jurídica" (Sala Plena, agosto 10 de 1937. XLV. 1925. 215, y diciembre 9 de 1946. LXI. 2042 a 2044. 622). Pleiner dice que en "el Establecimiento Público se nos manifiesta de ordinario una parte perfectamente circunscrita de la Administración Pública". Obra, en consecuencia, en la regulación del servicio público, en nombre y representación del Estado, y sus resoluciones son, por tanto, acusables ante las autoridades de lo con-

tencioso administrativo, en lo pertinente. (V. Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, 30 de julio de 1960. *Anales del Consejo de Estado.* XXXV. T. LXII. números 387 a 391. pág. 377 y ss.) ; y

b) Disfruta de los privilegios y carga con las obligaciones de la Administración, en lo atañedero al servicio a que atiende; sus agentes son funcionarios públicos, sometidos al régimen común del empleado oficial, y también, en ocasiones, a reglamentos especiales.

Cuarto. Tiene una finalidad esencial e inconfundible: la prestación de uno o más servicios públicos conexos, llamados a cubrir por ello necesidades "de interés general". Tal es el *objeto* y a la vez la razón de ser de este organismo.

Quinto. El objeto concreto de uno o más servicios públicos determinados le ha imprimido a esta figura un rasgo de especialización, por oposición a la generalidad y multiplicidad de la gestión administrativa de las entidades políticas, siempre enmarcada dentro de los límites de las divisiones territoriales del Estado. Por donde se indica que el Establecimiento Público puede expandir su acción a regiones que comprenden varios municipios o departamentos y aún todo el país.

Sexto. La dicha especialidad, sin sujeción a divisiones territoriales políticas, ha señalado otro rasgo de suma trascendencia: la descentralización administrativa en lo tocante a servicios que miran a las necesidades comunes a distintas regiones, lo que apunta un innegable beneficio en los países de constitución unitaria. Es la "descentralización por los servicios", que hoy se impone por la urgencia de regular determinados servicios públicos en forma extensiva, pues con frecuencia la división política del territorio no coincide con un determinado interés común a varias regiones o a todo el país. El citado artículo 7º de la Carta lo prevé así, y el artículo 19 de la Ley 135 de 1961 sobre reforma agraria, prevé que las actividades de las Corporaciones Regionales de Desarrollo puedan sobrepasar los límites de uno o más departamentos o municipios.

Séptimo. Por ser personas jurídicas, por la finalidad misma que persiguen y la naturaleza de las funciones a ellos adscritas, estos organismos gozan de autonomía financiera y administrativa, no absoluta, se comprende, ya que a la postre son órganos de la Administración, sino dentro del régimen de sus actos constitutivos y reglamentarios. Tal autonomía se refleja en la formación de su presupuesto y en la planeación, organización y prestación de los servicios, con la tutela del Estado, ejercida en diferentes formas por medio de sus funcionarios y sistemas de control sobre el manejo de los fondos y bienes del establecimiento.

II

Rasgos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

La Ley 135 de 1961 —Art. 2º— crea el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, con el carácter de "establecimiento público", carácter que reafirma diciendo que es "entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio".

Conferida al nuevo organismo la personalidad moral, con los atributos que le son peculiares, disposiciones trae la ley sobre otros de los rasgos antes examinados, como son las referentes al *objeto,* constituido por varios servicios conexos (Art. 1º, 3º, 19, 20, 22, 29 a 42, 43 a 49, 50 a 52, 54 a 68, 58 y ss., 86, 87 y ss., 95) ; al *patrimonio propio,* formado especialmente con fondos oficiales y donativos particulares, pero también con los valores que disponga cobrar por determinadas prestaciones y aún por concepto de valorización (Arts. 2º, 14 y 15) ; a la *especialización* de los distintos servicios, la *conexidad* entre ellos y la consiguiente *descentralización* administrativa, en razón de los mismos (Art. 4º), al punto de que su campo de acción se identifica con el territorio nacional ; al *control* y dependencia *del Estado* por medio del Gobierno, del Ministro de Agricultura, en relación con algunas de sus funciones y del Contralor General de la República, quien "ejercerá la vigilancia sobre el manejo de los fondos y bienes del Instituto, por medio de auditores de su dependencia" (Arts. 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 19, 20, 21, 23, 25, 34, 40, 72, 76, 80, 98, 100, 101, 106) ; y a la *autonomía* administrativa (Art. 2º), con las indispensables atenuaciones sobre designación por el Presidente de la República del comité encargado de redactar los estatutos (Art. 5º) ; elección y remoción del gerente, de la incumbencia exclusiva del Jefe del Estado (Art. 8º) ; composición de la Junta Directiva (Art. 8º) ; intervención del Gobierno o del Ministro de Agricultura en importantes gestiones atribuidas al Instituto ; y aprobación del Gobierno como requisito indispensable para la validez de ciertos actos (Art. 6º).

III

La acusación.

Se inserta enseguida parte de la demanda referente a las funciones mencionadas en el artículo 3º, ordinales a), d), e) y g) ;

"No es de fácil entendimiento que una persona jurídica autónoma y con patrimonio propio (artículo 2º) pueda actuar jurídicamente a nombre del Estado; ésta opera normalmente por los medios constitucionales que entre nosotros, conforme a la noción trinitaria de las Ramas del Poder, son la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional (artículo 55 de la Constitución Nacional).

"Esta noción constitucional implica que el poder del Estado ha de ejercerse necesariamente por algunos de los cauces predeterminados en la Carta, según la necesidad pública o privada que pretenda satisfacerse, y, que, por tanto, cualquier creación legislativa que arranque al Ejecutivo, al Congreso o a los Jueces las funciones que la organización fundamental les entrega, quebranta las normas respectivas y es, por consiguiente, inexequible.

"La inexequibilidad prevendrá, en consecuencia, de una doble violación de la Carta: a), la que arrebata a determinada rama del Poder alguna de sus atribuciones constitucionales, y b), la que, como efecto inmediato de ese quebranto, introduce en la organización del Estado un nuevo agente del Poder Público diferente de los tres que taxativamente establece el artículo 55 de la Constitución.

"El artículo 120 de la Carta inviste al Presidente de la República del carácter de suprema autoridad administrativa; no obstante el artículo 3º de la ley acusada pretende desubicar la potestad administrativa de su titular constitucional para entregarle al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria funciones propias del Presidente.

"El primero de los mandamientos ya transcritos modifica las previsiones del Decreto legislativo número 1425 de 1960, en el cual el Presidente, en ejercicio de facultades extraordinarias, y siguiendo ordenamientos legales anteriores, retuvo para sí, como suprema autoridad administrativa, todo lo relativo al ramo de baldíos; la ley acusada, en consecuencia, arrebata una función presidencial para entregársela a un instituto descentralizado.

"Lo propio acontece con los artículos 22 a 28 inclusive, por medio de los cuales se trasladan a Incora las facultades que la Ley 200 de 1936 había otorgado al Presidente, como jefe de la Administración, respecto de la extinción del dominio sobre tierras incultas; de allí resulta que el célebre Instituto apreciará pruebas, conminará con citaciones de obligatoria observancia, declarará precluidos términos y eventos del trámite administrativo y proferirá decisiones; éstas últimas (denominadas expresamente "administrativas" por el léxico de la propia ley) disfrutarán de recursos ante la Corte Suprema, todo lo cual denota objetivamente, sin que sea necesario adentrarse en profundas disquisiciones jurídicas, que la potestad presidencial se ha mudado de titular para enriquecer la autoridad administrativa de una persona jurídica".

IV

El concepto del señor Procurador General de la Nación.

El Procurador General de la Nación considera que las disposiciones acusadas, en cuanto señalan al Instituto las aludidas funciones, no violan la Carta, salvo el aparte e) del artículo 3º, que faculta al Instituto para promover, auxiliar y construir directamente vías de comunicación y caminos vecinales; el artículo 20, que autoriza al Gobierno Nacional, a las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales y al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para crear Corporaciones Regionales de Desarrollo; el 22, cuyo tercer inciso da al Instituto el encargo de reglamentar el precepto, y el 12 —por fuera de la acusación— en cuanto prescribe que los Procuradores Agrarios sean nombrados por períodos de dos años.

Dice:

"El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —Incora— fue creado, según el artículo 2º de la Ley 135 de 1961, como un establecimiento público, o sea como una entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

"Ello no significa que sea una entidad particular, desvinculada del Estado mismo. Al contrario, es precisamente un establecimiento *público* que, como tal, es parte integrante del Estado. Es una desmembración del Poder Público. Es un instituto a través del cual se manifiesta el Estado. De la misma manera que la Empresa Colombiana de Petróleos, que el Instituto Geográfico y Catastral, 'Puertos de Colombia' y muchas otras entidades similares, el Incora hace parte del Estado y sus funcionarios son empleados públicos.

"Así vistas las cosas, no es extraño que una entidad de tal naturaleza, es decir, un instituto estatal, pueda administrar, a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, o constituir reservas o adelantar colonizaciones, o adoptar las medidas y ejercitar, también a nombre del Estado, las acciones necesarias en casos

de indebida apropiación de tierras baldías o de incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fueron adjudicadas.

"Nótese que Incora adopta tales medidas, ejercita tales acciones, administra tales tierras a nombre del Estado. No lo hace, pues, a nombre propio. Es decir, no lo hace como titular de derechos, sino a nombre del verdadero titular de ellos, que es la Nación misma.

"La Procuraduría no ve inconveniente para que una persona jurídica —aunque sea autónoma administrativamente y posea patrimonio propio pero siendo una simple desmembración del Estado— actúe a nombre de la Nación.

"Es cierto que el artículo 55 de la Constitución expresa que 'son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional', pero ello no impide que una persona jurídica como Incora, que evidentemente hace parte de la Rama Ejecutiva, opere a nombre del Estado.

"En realidad, la Ley 135 no ha introducido en la organización del Estado colombiano un nuevo agente del Poder Público, como pretende el demandante. Se ha limitado a crear un establecimiento público descentralizado, dependiente del Poder Ejecutivo Central, de manera que en forma alguna ha arrebatado a una de las tres ramas del Poder una de sus atribuciones constitucionales.

"Nótese que, en el fondo, el demandante considera incompatible la existencia de un establecimiento público descentralizado y autónomo, cualquiera que él sea, con las facultades que confiere al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, el artículo 120 de la Carta.

"Pero la existencia de un establecimiento público, entidad descentralizada por las necesidades del servicio, creada a iniciativa del legislador, ha sido reiteradamente aceptada y reconocida por la jurisprudencia.

"Además, el artículo 76 de la Constitución dice que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejercer, entre otras, la atribución señalada en el numeral 10: 'regular el servicio público, determinando los puntos de que tratan los artículos 62 y 132 y las demás prescripciones constitucionales'. Dentro de tal regulación del servicio público, el Congreso Nacional puede, mediante las leyes, crear los establecimientos públicos descentralizados que demande el mismo servicio".

Transcribe luego el Procurador, para complementar su concepto, parte de una vista por él emitida en otra oportunidad sobre establecimientos descentralizados, para concluir de nuevo que, hechas las salvedades anotadas, los textos comprendidos en la demanda no pugnan con la Constitución Nacional.

SEGUNDA PARTE

EXAMEN DE LOS CARGOS

CAPITULO PRIMERO

La acusación afirma, en relación con las funciones asignadas al Instituto que, a pesar de que el artículo 120 de la Carta inviste al Presidente de la República del carácter de suprema autoridad administrativa, las disposiciones insertas de la Ley 135 "desubican la potestad administrativa de su titular constitucional para entregarle al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria funciones propias del Presidente"; que "el poder del Estado ha de ejercerse necesariamente por alguno de los cauces predeterminados en la Carta y que, por tanto, cualquier creación legislativa que arranca al Ejecutivo, al Congreso o a los jueces las funciones respectivas es, por consiguiente, inexequible"; y agrega que no es de fácil entendimiento que una persona moral autónoma y con patrimonio propio "pueda actuar jurídicamente a nombre del Estado".

En primer término, de acuerdo con la mencionada doctrina de esta Corte, del Consejo de Estado y de los autores, el Establecimiento Público hace parte de la Administración y más concretamente de la Rama Ejecutiva del Poder. Por tanto, es inválido el concepto que ve en las funciones conferidas al Instituto, una transgresión del principio constitucional de la división tripartita del Poder, ya que esas funciones permanecen precisamente en la esfera ejecutiva.

En segundo término, el "Establecimiento Público" obedece justamente a la necesidad de que el Estado amplíe su capacidad administrativa por medio de organismos que por su especial constitución y su funcionamiento extensivo y autónomo logren eficazmente la prestación de uno o más servicios públicos, en cuya adecuada atención se sintetizan los fines del Estado, y es apenas elemental que el Establecimiento Público, como parte de éste, desempeñe sus funciones en representación y a nombre de esta entidad.

En tercer término, no es explicable la afirmación de la demanda, de que por ser tales organismos personas morales, autónomas y con patrimonio propio, no pueden actuar jurídicamente a nombre del Estado. Porque éste se vale, en el desempeño de su misión, de sus funcionarios inmediatos —sujetos físicos— que son los que componen y desempeñan la Administración ordina-

ria de la cosa pública, y puede servirse, además de agentes o sujetos morales, entre los cuales se cuentan los establecimientos públicos. Quedó visto antes que su creación concierne al legislador directamente, en el campo nacional, o por medio de autorización en el ámbito departamental y municipal, a las Asambleas y Concejos, de modo que formando parte de la organización estatal y cooperando en la gestión de los servicios públicos, el hecho de que los establecimientos sean entidades jurídicas autónomas y con haberes propios, no sólo no entraba esa gestión, sino que la hace más expedita y eficiente, como es de reconocimiento universal.

Ya en concreto, en relación con las funciones que la impugnación estima inconstitucionales, cabe observar:

I

Artículo 3º, ordinal a), inciso primero.

Reza a este respecto:

"Artículo 3º Son funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria:

"a) Administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, adjudicarlas y constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, de acuerdo con las normas vigentes y con las disposiciones de esta Ley".

El Art. 120 de la Carta no incluye entre las funciones que corresponden al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, directamente lo concerniente al régimen de los baldíos. En cambio, el numeral 24 del artículo 76 de la Ley Fundamental sí adscribe al Congreso la atribución de "limitar o regular la apropiación o adjudicación de tierras baldías", y así lo ha cumplido siempre determinando lo concerniente a esta materia, porque en la amplia locución constitucional de "limitar o regular la apropiación o adjudicación de tierras baldías", está incluida naturalmente la facultad de proveer a todo lo relacionado con la administración y adjudicación de los baldíos, que bien puede ser limitada o regulada en la forma de reservas territoriales con destino a la colonización de las mismas.

Dice el actor que el Presidente de la República retuvo para sí lo relativo al ramo de baldíos, en virtud del Decreto legislativo número 1425 de 1960. Mas, lo que hace un decreto de este linaje lo puede modificar o abrogar una ley ordinaria. Fue lo que hizo el legislador de 1961 al confiar, en desarrollo de la atribución 24, artículo 76 de la Carta, el dicho ramo de baldíos, al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, de modo que mal puede hablarse de que se le hubiese arrebatado al Jefe del Estado, en su carácter de suprema autoridad administrativa, las funciones reservadas por éste mediante el citado decreto extraordinario. Lo cual se entiende, como es obvio, sin mengua de la potestad reglamentaria que confiere al primer mandatario el ordinal 3º del citado artículo 120 de la Ley de Leyes.

II

Artículo 3º, ordinal a), segundo inciso y d) y artículos 22, 23, 24, 26, 27 y 28.

Dicen estos preceptos:

"Artículo 3º Son funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria:

"a) .....

"Compete igualmente al Instituto, a nombre del Estado, ejercitar las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías o incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fueron adjudicadas, lo mismo que adelantar las diligencias y dictar las resoluciones sobre extinción del derecho de dominio privado de que trata el artículo 6º de la Ley 200 de 1936.

"

"d) Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de su propiedad, a objeto de identificar con la mayor exactitud posible las que pertenecen al Estado, facilitar el saneamiento de la titulación privada y cooperar en la formación de los catastros fiscales.

"Artículo 22. Todo propietario de fundo de extensión superior a dos mil hectáreas (2.000 hs.) deberá presentar al Instituto, junto con el respectivo certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y copia del título registrado que acrediten su derecho de dominio sobre dicho fundo, una descripción detallada de éste, la cual incluirá, además, todos los datos y explicaciones que el Instituto determine con respecto a su ubicación, extensión y forma en que se explota. La misma obligación cobija a los propietarios de superficies menores que formaban parte, en 1º de septiembre de 1960, de predios de aquella extensión, y a quienes sin tener título inscrito ejerzan posesión material sobre tales predios.

"Si del predio en cuestión se hubiere levantado un plano topográfico, se acompañará copia del mismo.

"Estos requisitos deberán llenarse dentro de los seis (6) meses posteriores a la fecha en que el Instituto reglamente esta disposición.

"El Instituto podrá exigir de las respectivas oficinas catastrales y del Instituto Geográfico Agustín Codazzi todas las informaciones que posean sobre la existencia de fundos de la referida extensión y la descripción, fotografías aéreas y planos de los mismos.

"Con base en las relaciones y documentos indicados y en cualesquiera otras informaciones que pueda allegar o que se le comuniquen, el Instituto adelantará metódicamente el estudio de los predios a que se refiere este artículo desde el punto de vista de su explotación económica, al tenor de lo previsto en el artículo 8º de la Ley 200 de 1936 y en el inciso 2º del artículo 29 del Decreto 59 de 1938.

"Parágrafo. El Instituto podrá extender la obligación de que trata este artículo a los propietarios y poseedores de predios de una extensión menor, a medida que se halle en capacidad de realizar con respecto a éstos el estudio correspondiente. Esto, sin perjuicio de la facultad que le asiste para exigir del propietario o propietarios de cualquier fundo la información de que trata el inciso 3º del artículo 29 del Decreto 59 de 1938.

"Tanto la fecha en que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria reglamente esta disposición como aquella en que los propietarios de extensiones menores a las previstas en el inciso primero de este artículo deban cumplir con las obligaciones en él consignadas, serán fijadas por providencia del Gerente del Instituto, y ampliamente divulgada.

"Artículo 23. El término que tienen los propietarios para solicitar las pruebas a que se refiere el artículo 31 del Decreto 59 de 1938, será de treinta (30) días.

"Los efectos de la resolución que dicte el Instituto en la que declare que sobre un fundo o parte de él se ha extinguido el derecho de dominio, permanecerán en suspenso únicamente durante los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de dicha providencia, a menos que dentro de tal término los interesados soliciten la revisión de ésta ante la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 8º de la Ley 200 de 1936.

"La demanda de revisión sólo será aceptada por la Corte si a ella se acompaña copia de la relación de que trata el artículo anterior, debidamente firmada, y con la constancia de que fue presentada en tiempo debido.

"Artículo 24. En las diligencias administrativas que se sigan ante el Instituto, y en los juicios de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, que se mencionan en los artículos anteriores, la carga de la prueba sobre explotación económica del fundo o de una parte de él, corresponde al propietario o propietarios del mismo, y éstos sólo podrán demostrar que han explotado económicamente las tierras, de acuerdo con la siguiente tarifa de pruebas:

"1. El hecho de que el fundo o determinada extensión de él se ha explotado con cultivos agrícolas, deberá demostrarse mediante una inspección ocular en la cual los peritos indicarán claramente el estado del terreno, especificando si la vegetación original espontánea ha sido objeto de desmonte y destronque, y qué cultivos existen en dicho terreno en ese momento, y si hay señales evidentes de que él ha estado sometido antes a una explotación agrícola regular. Si en el momento de la inspección ocular no existen cultivos, y el propietario alegare que han existido durante el término fijado por la ley para la extinción del dominio, la prueba deberá completarse con una o más de las siguientes:

"a) Presentación de declaración de renta y patrimonio, de las cuales se desprenda con claridad que durante dicho término el propietario obtuvo utilidades provenientes de cultivos en el fundo o realizó y contabilizó en sus activos, inversiones sobre éste, en cuantía proporcionada a la extensión que alegue haber cultivado;

"b) Copias de contratos de prenda agraria o certificados de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, que demuestren que el propietario gravó cultivos plantados en el fundo, durante el mismo término, en proporción a la extensión que alegue haber cultivado;

"c) Presentación de libros de comercio debidamente registrados, o de libros de ingresos y egresos llevados conforme a las disposiciones fiscales, de los cuales aparezca con claridad la obtención de renta o la realización de inversiones, durante el mismo término, en cuantía proporcionada a la extensión que se alegue haber cultivado.

"En todo caso los peritos describirán las características de la vegetación espontánea que tenga el terreno en cuestión, y darán su concepto acerca del tiempo en que dicho terreno haya permanecido sin una explotación regular.

"2. La explotación con ganados deberá probarse por medio de una inspección ocular, en la cual los peritos especifiquen si la extensión respectiva está cubierta de pastos artificiales, o si existiendo en ella sólo pastos naturales ha sido objeto de desmonte o destronque de la vegetación

original o de labores regulares de limpieza y conservación. Igualmente dejarán constancia los peritos de las características de la vegetación espontánea que pudiera existir en dicho terreno, y del número de cabezas de ganado que allí se encontrare a la fecha de la inspección.

"Si se alegare que dentro del término fijado para la extinción del dominio se explotó económicamente una determinada extensión no cubierta con pastos artificiales, y que a la fecha de la inspección no estuviere cercada y ocupada con ganados en proporción razonable de acuerdo con las características del terreno, la prueba deberá complementarse con alguna o varias de las señaladas en los literales a) y c) del numeral anterior, o con copia de contratos de prenda pecuaria o certificados expedidos por la Caja de Crédito Agrario o el Banco y Fondos Ganaderos, de los cuales se desprenda que se mantuvieron ganados en el fundo en cantidad proporcionada a las características del terreno y a la extensión que se alegue haber explotado.

"3. Se considera como económicamente explotadas las tierras cubiertas de bosques artificiales de especies maderables. La prueba de esta clase de explotación consistirá en una inspección ocular, en la cual los peritos dejarán constancia de la extensión y especies sembradas y del estado de la plantación.

"4. La explotación forestal de terrenos cubiertos de bosques naturales no calificados como reserva deberá establecerse con la prueba de que están incorporados a una explotación forestal organizada y regular, adelantada conforme a licencias expedidas con anterioridad al vencimiento del término que la ley fija para la extinción del dominio, y con prácticas regulares de repoblación. Estas últimas deberán ser comprobadas con certificados del Ministerio de Agricultura expedidos en la forma que determine el decreto reglamentario.

"Si el propietario hubiere construido a su costa canales de irrigación o pozos para la obtención de aguas subterráneas, sin haber explotado aún económicamente toda la superficie que con dichas obras puede beneficiarse directamente, tal superficie no se considerará como inculta para los efectos de las normas legales sobre extinción del dominio.

"La extinción del dominio sobre terrenos de propiedad privada que pertenezcan a compañías de petróleos, y que hayan sido objeto de permiso sobre explotación superficiaria, no cobija la propiedad del subsuelo.

"Parágrafo. Los peritos a que se refiere este artículo serán designados así: uno por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria; otro por el propietario o propietarios interesados y un tercero por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

"Artículo 26. Lo cultivado por colonos que no hayan reconocido vínculo de dependencia del propietario, no se tomará en cuenta para los efectos de demostrar la explotación económica de un fundo. Al quedar en firme la resolución que declare extinguido el dominio, el Instituto podrá adjudicar a tales colonos las porciones que les correspondan conforme a las normas sobre baldíos vigentes a la fecha de su establecimiento.

"Artículo 27. Para todos los efectos legales se considerará que no están cobijadas por las reglas sobre extinción del dominio, las extensiones que a la fecha de la resolución se encuentren económicamente explotadas conforme a las disposiciones de la Ley 200 de 1936 y a las de la presente Ley.

"Artículo 28. Derógase el numeral 2º, inciso 5º, del artículo 6º de la Ley 200 de 1936".

SE CONSIDERA:

El segundo inciso del ordinal a), artículo 3º de la Ley, asigna al Instituto el ejercicio de las acciones legales en los casos de indebida apropiación de baldíos o falta de cumplimiento de las condiciones bajo las cuales fueron adjudicados, así como la prosecución de las diligencias tendientes a establecer si se ha extinguido o no el dominio privado y el pronunciamiento de las consiguientes resoluciones.

No puede extrañar que una entidad que hace parte del Estado mismo tenga facultad para obrar a nombre de aquél en el ejercicio de las funciones a que se refiere el inciso segundo del aparte a) del artículo 3º de la ley.

Hay que observar que el Instituto actúa en esta materia a nombre del Estado; no lo hace como titular de derechos, sino a nombre del verdadero titular. Y no se ve razón alguna para que si una persona natural, debidamente autorizada por la ley, pueda ejercitar determinadas funciones a nombre del Estado, no lo pueda hacer una persona jurídica, emanación y parte de la misma Nación, sólo porque goce de personalidad jurídica y tenga patrimonio propio. Esto no atenta en modo alguno contra la constitución trinitaria de la Nación. "En realidad, como lo dice el Procurador, la ley no ha introducido en la organización del Estado colom-

biano un nuevo agente del Poder Público. Se ha limitado a crear un establecimiento público descentralizado, dependiente del Poder Ejecutivo central de manera que en forma alguna ha arrebatado a una de las tres ramas del Poder una de sus atribuciones constitucionales".

Por otra parte no puede perderse de vista que existe una perfecta conformidad entre los poderes o facultades que el inciso 2º del literal a) del artículo 3º confiere al Instituto, y las disposiciones del Capítulo IV de la Ley, por las cuales se crean los Procuradores Agrarios, quienes, entre otras atribuciones, tienen la de representar a la Nación en todas "las diligencias administrativas, judiciales o de policía" a que dé lugar el ejercicio de las acciones pertinentes para la recuperación de las tierras de dominio público indebidamente ocupadas, la reversión de baldíos y la declaratoria de extinción del dominio de que tratan los artículos 6º y 8º de la Ley 200 de 1936. De suerte que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, al hacer uso de las facultades que le asigna el inciso 2º del literal a) del artículo 3º, deberá obrar ineludiblemente con la intervención de los Procuradores mencionados, pues que las disposiciones de la ley se complementan, y precisan, recíprocamente su campo de aplicación.

En concordancia con el referido artículo 3º, los artículos 22 y 23 de la Ley desarrollan la función administrativa del Instituto, de estudiar el estado jurídico de las tierras de propiedad privada, a efecto de saber si han sido poseídas económicamente, y si sus titulares, conservan o no la propiedad, de conformidad con lo prescrito en las Leyes 200 de 1936, artículo 6º, 100 de 1944, artículo 10.

El examen que a este respecto encomienda el artículo 22 de la Ley al Instituto, comprende tres especies de fundos:

1ª Los de área mayor de dos mil hectáreas;

2ª Los de área inferior, pero que formaban parte el 1º de septiembre de 1960, de predios mayores de dos mil hectáreas, y respecto de los cuales se invoque la posesión sin titulación alguna; y

3ª Los menores de dos mil hectáreas, aun cuando no concurra esta última circunstancia, "a medida que el Instituto se halle en capacidad de realizar el estudio correspondiente".

Ya se ha visto que con la atribución general de que la Ley reviste al Instituto, sobre administración, adjudicación, reservas de tierras baldías y colonización de éstas, no sufre la Carta agravio alguno, porque, en una palabra, no hay texto constitucional que asigne directamente esta función al Presidente de la República.

Con respecto a los artículos 22 y 23 de la Ley se advierte:

Primero.

A) No se quebranta la Constitución con motivo de la facultad conferida a un Ministerio —como lo hizo el artículo 8º de la Ley 200 de 1936— o a un establecimiento público —como lo hacen los artículos 3º, a) y 23 de la Ley 135 de 1961— para saber administrativamente si los titulares de tierras que el propio Estado ha adjudicado bajo la condición resolutoria de no ser explotadas durante cierto lapso, han cumplido o no con los deberes que la propiedad y la posesión de las mismas les prescriben. El artículo 6º de la Ley 200 de 1936 impuso a los propietarios de tierras, bajo la sanción de perder el dominio en favor de la Nación, la obligación de poseerlas en forma económica, comprendidas tanto las tierras que fuesen adjudicadas posteriormente como las ya adjudicadas.

No se tiene conocimiento de que el Gobierno hubiese hecho uso de la facultad consagrada en el artículo 6º de la Ley 200, para verificar ese control, por lo cual se ignora si las tierras han sido o no poseídas de manera económica y si por consiguiente, han revertido o no a la Nación.

Con motivo de la gestión del Instituto dirigida a establecer ese estado de la propiedad rural conforme lo estatuye el artículo 22, no se rompe el principio de la división del Poder Público, porque dicha gestión es simplemente administrativa, como deben ser las actividades de todo establecimiento público, según se vio al determinar las características de este organismo, siendo evidente, por otra parte, que la función judicial ha quedado intacta, porque es a la autoridad jurisdiccional a la que compete decidir en sentencia que pase en autoridad de cosa juzgada, si el titular de la tierra sigue al frente de ella como tal, o si se ha consumado la reversión.

B) No pugnan las facultades en referencia con lo prescrito en el artículo 143 de la Ley Suprema, que encarga al Ministerio Público de la defensa de los intereses nacionales, porque —se repite— las diligencias que a tales facultades corresponden, son netamente administrativas y las realiza el Estado a través del Instituto, en virtud del derecho que tiene de cerciorarse de la situación legal de las tierras cuyo dominio les viene de la Nación a los particulares. En la aludida etapa definitiva de orden jurisdiccional, con motivo de la demanda de revisión de las

providencias del Instituto que declaren extinguido el derecho, corresponderá al Ministerio Público representar a la Nación ante el juez competente.

Segundo.

Los requisitos que el artículo 22, inciso 3º de la ley impone a los propietarios deben cumplirse dentro de "los seis meses posteriores a la fecha en que el Instituto reglamente esta disposición".

Afirma el demandante —y con él el Procurador— que es inconstitucional este precepto por cuanto confiere al Instituto facultad para reglamentar una disposición legal, facultad que pertenece privativamente al Presidente de la República según el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta.

El término "reglamente" que se contiene en el inciso 3º del artículo 22 de la Ley 135 de 1961 no tiene evidentemente la significación que constitucionalmente le corresponde, cual es la que implica la facultad reglamentaria atribuida por el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, al Presidente de la República. Y que esto es así lo está indicando el hecho de que el Gobierno, en ejercicio de la facultad que le compete, ha venido dictando los correspondientes decretos reglamentarios, tales como los distinguidos con los números 1241, 1489, 1902, 1903, 1904, 2233, todos de 1962.

La facultad que el inciso confiere al Instituto no es la de reglamentar la ley, que es función privativa del Presidente, como se ha dicho; es la potestad de dictar los acuerdos, resoluciones o reglamentos de orden interno para llevar adelante y dar aplicación práctica a las normas de la ley y de sus decretos reglamentarios, tal como corresponde hacerlo a todo establecimiento público, ministerio o departamento administrativo, con el fin de ordenar el desarrollo de sus labores, órbita extraña a la facultad reglamentaria propiamente dicha.

Entendida así la disposición, y no podría interpretarse de otra manera, es claro que ella no pugna con ninguna norma constitucional.

Tercero.

A) Ni infringe tampoco texto alguno constitucional al consignar el inciso primero —artículo 24 de la Ley— el principio de que es al titular de la tierra a quien incumbe probar el hecho positivo de la explotación económica de la misma, puesto que teniendo la obligación de poseerla en la forma dicha, según la ley, es a él a quien concierne probar el cumplimiento de la obligación, con arreglo a la norma general del artículo 1757 del Código Civil.

B) Ni resulta vulnerada la Carta por el mismo artículo 24, numerales 1, 2 y 3, al prescribir la inspección ocular como prueba única en tres de los casos de explotación económica que contempla el texto, ni al estatuir la forma de acreditar las diversas circunstancias que en todos ellos pueden presentarse, ya que lo atinente a la tarifa de pruebas es del resorte exclusivo de la ley. La 200, artículo 20, dispone que ninguna controversia sobre tierras sea fallada sin antes haberse verificado una inspección ocular, aún de oficio, de manera que así quedó desde entonces erigido este medio probatorio como indispensable.

C) El parágrafo del artículo 24 prescribe que los peritos que deben intervenir en las inspecciones oculares encaminadas a establecer el estado de las tierras, desde el punto de vista de la posesión ejercida, deben ser designados, uno por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, otro por el propietario y un tercero por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Con respeto de los derechos individuales y garantías sociales consagrados por la Constitución de la República, corresponde al legislador dictar no solo las leyes que reconocen o atribuyen derechos a los asociados, sino también aquellas que señalan las normas de procedimiento y la manera de demostrar en juicio la existencia de los derechos y obligaciones.

En ejercicio de esa facultad atribuida al Congreso en el artículo 76 de la Carta, el legislador dictó los artículos 22 a 28; y como parágrafo del artículo 24 dispuso quiénes habrían de designar los peritos llamados a actuar en las diligencias administrativas y en los juicios de revisión de que trata tal disposición. No puede decirse que al disponer como lo hizo, el legislador haya atropellado algún canon constitucional, ni cercenado derecho alguno que la Carta haya consagrado a favor de los ciudadanos. Dispuso simplemente que en la diligencia de inspección ocular actuarían tres peritos nombrados: uno por el particular interesado, otro por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria; y otro, por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Siendo de la competencia del legislador ordenar lo relativo al derecho probatorio, es claro que podía reglamentar la prueba de peritos para lo general, como lo hizo en el Código de Procedimiento Civil, o para un trámite especial,

como lo hizo en el parágrafo del artículo 24 antes citado.

No se diga que el ciudadano en el caso mencionado, quedó colocado en condiciones desventajosas frente al Estado, pues que los peritos en el juicio, no son defensores de intereses particulares, sino que actúan como colaboradores del Juez y pro de la justicia misma, ya que son llamados a aportar las luces de su ciencia y experiencia en materias que no pertenecen propiamente a la sabiduría del juzgador.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que los peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria son designados por dos personas jurídicas que, aun cuando hacen parte del Estado, no tienen ningún interés personal o patrimonial vinculado a las resultas de las diligencias administrativas o de los juicios de revisión en que tales peritos vengan a actuar.

Es cierto que no se ve la razón valedera para que el nombramiento de peritos, en los casos que contempla la Ley 135 de 1961, no haya seguido el mismo procedimiento señalado en el Código de Procedimiento Civil, pero de allí a que el procedimiento señalado en el parágrafo comentado vaya contra alguna norma constitucional, y el demandante no señaló ninguna, hay una fundamental diferencia. Y no habiendo, como no hay, violación de los cánones constitucionales no hay por qué declarar inexequible el parágrafo de que se trata.

Cuarto.

Tampoco conculca la Carta el artículo 26, al preceptuar que los cultivos ejecutados por quien no ha reconocido lazo de dependencia frente al propietario de la tierra, esto es, que ha sido poseedor y no mero tenedor, no le aprovechan al titular para establecer la posesión económica, porque ello entraña un principio elemental en materia posesoria (Arts. 762 y 775 C. C.).

Quinto.

No se vislumbra el objeto de acusar el artículo 27, según el cual quedan a cubierto de la reversión del dominio, las áreas que "a la fecha de la resolución se encuentren económicamente explotadas conforme a las disposiciones de la Ley 200 de 1936 y a las de la presente ley", porque siendo la resolución a que este precepto se refiere, la de que trata el artículo 3º del Decreto reglamentario número 1902 de 18 de julio de 1962, el artículo 27 sólo beneficios representa para los titulares de tierras, puesto que al hallarse poseídos en la forma prevista en aquellas leyes, en la fecha de dicha resolución quedarían redimidas de anteriores situaciones quizá no muy armónicas con la carga de poseer los fundos económicamente, de tal manera que en el precepto acusado más podría verse un paso indulgente enderezado a abrirle camino a la reforma. El artículo 18 del Decreto número 1902 de 1962 reglamenta con este mismo espíritu el citado artículo 27 de la ley.

Sexto.

Con respecto al artículo 28 de la Ley 135, por medio del cual fue derogado "el numeral 2º, inciso 5º, del artículo 6º de la Ley 200 de 1936", que exceptuaba de la extinción de la propiedad los predios "pertenecientes a las personas absolutamente incapaces y a los menores adultos, cuando la adquisición haya sido hecha a título de herencia o legado y mientras dure la incapacidad", no hay en ello violación de ningún texto constitucional, porque la situación de los expresados incapaces —consagrada en la norma derogada— no constituía un derecho adquirido, que por ello no pudiese ser tocado por ley posterior, según el principio del artículo 30 de la Carta.

Séptimo.

El aparte d) del artículo 3º, complementa la labor del Instituto en esta materia, al disponer que debe "identificar con la mayor exactitud posible (las tierras) que pertenecen al Estado, facilitar el saneamiento de la propiedad privada y cooperar en la formación de los catastros fiscales". En efecto:

La identificación de los terrenos de la Nación y la organización de los catastros, son una inaplazable necesidad del país, no atribuida su evasión, por otra parte, al Jefe del Estado, como suprema potestad administrativa, según el artículo 120 de la Ley Fundamental.

Tales identificación y organización serán consecuencia, en parte, del estudio de la situación legal de las tierras de propiedad privada, que administrativamente debe emprender el Estado. Dicho estudio producirá igualmente un efecto de trascendencia en cuanto a la seguridad jurídica de la propiedad privada de la tierra rural: su saneamiento, la purificación de sus titulaciones, meta a la cual se han dirigido diversas medidas legislativas, v. gr. las referentes a organizar catastros modernos y la matrícula de la propiedad, tan bien intencionada como ineficaz entre nosotros. Porque el análisis de la si-

tuación legal de los predios, para concluir en la supervivencia o el fenecimiento del dominio privado, como secuela de haber sido explotados o no económicamente, provocará, ante todo, el examen de los títulos, lo que ha de conducir a llenar en ellos vacíos o lagunas, hacer aclaraciones, allegar o producir documentos complementarios, todo ello indudablemente en beneficio de la firmeza de la propiedad, y el hecho mismo de un pronunciamiento, así sea administrativo, favorable al titular, después de aquélla labor informativa y de reajuste, no podrá menos de contribuir a consolidar el dominio privado, y con mayor fuerza si ese pronunciamiento llega a hacerse por la Rama Jurisdiccional, en el caso de la revisión del acto administrativo desfavorable al propietario.

Por tanto, esta tarea del Instituto, lejos de ser inane —como lo juzga la acusación— obedece a una manifiesta urgencia nacional y desde luego no puede confundirse —como sí lo confunde el demandante— con la obligación de sanear que corre a cargo del vendedor, en casos de evicción o vicios redhibitorios, asunto completamente extraño a la materia del precepto que se analiza. Y por último, como conceptúa el Procurador General de la Nación, "en ninguna parte el literal d) atribuye poder jurisdiccional al Instituto para decidir o fallar sobre cuestión entre particulares. Si eventualmente la identificación de las tierras del Estado o la recuperación de ellas requiere entablar un juicio, él deberá tramitarse, obviamente, ante los jueces competentes".

III

Artículo 3º, ordinal e).

1º Según el aparte e) de que se trata, el Instituto tiene estas funciones:

a) Promover la construcción de vías de acceso a las zonas de *colonización*, de *parcelación* o de *concentraciones parcelarias;*

b) Auxiliar con sus propios fondos las vías que emprendan los particulares con tales fines;

c) Construir directamente las comunicaciones en referencia, y

d) Promover, auxiliar o ejecutar también de modo directo caminos vecinales que comuniquen las regiones agrícolas o ganaderas con las vías existentes.

La apertura de vías tiene en mira tres objetivos:

A) La *colonización* de tierras, la cual, según la Ley 135, asume tres formas:

1. La ordinaria o tradicional, o sea la que se origina en la ocupación de baldíos conforme a los artículos 29 a 32 de la Ley;

2. La que con arreglo al artículo 44 se sujeta en general a la *ocupación de zonas reservadas* al efecto por el Instituto, y

3. La *colonización dirigida,* también a base de ocupación de la tierra, de conformidad con los artículos 44 y 45 de la Ley, en regiones baldías reservadas, entre las de mejor acceso a vías importantes y más aptas calidades agrícolas o ganaderas para la explotación en pequeña escala, colonización en la cual deben destinarse áreas para la conservación de los recursos naturales, control de las aguas y establecimiento de granjas de demostración, escuelas, puestos de salud, iglesias, servicios públicos, si fuere el caso, y particularmente "unidades familiares" para la adjudicación gratuita a trabajadores pobres y de escasos recursos (Arts. 50 y ss. y 80 y ss.).

B) Las parcelaciones, que se originan en la compra o expropiación de tierras de propiedad privada (Art. 80) y también de contratos celebrados con los propietarios para que el Instituto lleve a cabo la parcelación.

C) Las *concentraciones parcelarias,* para combatir el minifundio, resultan de la reunión de parcelas de área inferior a tres hectáreas y la adquisición voluntaria o la expropiación de las zonas aledañas que sea indicado para explotar el conjunto (Art. 87 y ss.).

SE CONSIDERA:

1º En lo que respecta a caminos vecinales, la atribución e) que se estudia, no pugna con lo dispuesto por la Carta, ya que los ordinales 4º y 19 del artículo 76 no se refieren a comunicaciones locales, de importancia circunscrita a reducidas áreas y pequeños núcleos humanos, cuya ejecución se sustrae, por tanto, a la norma constitucional que la somete a *planes y programas,* previamente aprobados por el Congreso. Esta clase de obras estrictamente regionales deben dejarse a la iniciativa de los vecinos y del Instituto, quienes están mejor capacitados para juzgar de las necesidades de cada localidad y cuentan de inmediato con los medios para ejecutarlas sin las dilaciones y trámites propios de las obras públicas nacionales.

Por otra parte, mediante el Decreto extraordinario número 1650 de 1960 —artículo 20—

fue creado el *Fondo Nacional de Caminos Vecinales,* como "establecimiento público, es decir, como parte de la Rama Ejecutiva, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio" y a cuyo cuidado quedó el ramo de caminos vecinales en el país.

Este Decreto es una norma general que mira a todo el territorio, en tanto que la Ley 135 es un ordenamiento especial aplicable a esta índole de vías, dentro de los fines de la reforma agraria, y con destino a comunicar las zonas agrícolas o ganaderas por ella estimuladas. Por lo cual, siendo de preferente aplicación en esta materia el último texto, el Instituto debe promover, auxiliar o ejecutar directamente la construcción de caminos vecinales con tal objeto.

2º Tampoco juzga la Corte aplicables los citados preceptos constitucionales a las "vías necesarias para dar fácil acceso a las zonas de colonización, parcelación o concentraciones parcelarias", porque estos términos encierran ya un principio de planeación y fijan al Instituto la pauta que debe guiar la construcción de dichas obras: "dar fácil acceso a las regiones de colonización, parcelación o concentraciones parcelarias". Se trata de vías auxiliares, llamadas a unir con las actuales las susodichas zonas, y el Instituto, en razón de su objeto, es el indicado para intervenir en la apertura de tales medios de comunicación, profundamente ligados a la suerte de la reforma. Lo cual se entiende con sujeción, por parte del Instituto, a los planes y programas que trace el Congreso, desde el punto de vista general del fomento de la economía nacional, así como a lo que resuelva el legislador sobre obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, dentro del plan general nacional de vías públicas.

IV

Artículo 3º, ordinal g).

Dice:

"g) Cooperar en la conservación forestal y, especialmente, en la vigilancia de los bosques nacionales, cuyas concesiones y licencias para su explotación continuará otorgando el Ministerio de Agricultura".

Afirma el acusador que ello "es una facultad ejecutiva incluida como tal en el Decreto legislativo número 1425 de 1960" y "reservada al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa".

El mencionado ordinal g) del artículo 3º no quita ninguna atribución al Jefe del Estado. Se limita a mandar al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria que coopere en la conservación forestal y en la vigencia de los bosques; y este mandato en ningún caso ni de manera alguna interfiere o mengua las atribuciones del Presidente, ni, por ende, vulnera el artículo 120 de la Constitución Nacional.

V

Artículo 25.

Dice:

"Si el Instituto, por razones de interés social, estimare necesario entrar en posesión de un fundo o de porciones de éste en relación a los cuales haya declarado la extinción del dominio, antes de que se haya fallado la demanda sobre revisión de su providencia, podrá adelantar la expropiación de la propiedad respectiva conforme a las disposiciones de la presente Ley, y con aplicación del artículo 6º de la Ley 83 de 1935. Pero en este caso las especies con que se cubra el valor de lo expropiado permanecerá en depósito en el Banco de la República, a la orden del Juez correspondiente, hasta que quede ejecutoriada la sentencia que ponga término al juicio de revisión.

"Si el fallo de la Corte confirma la resolución impugnada, las especies depositadas se devolverán al Instituto. Si, por el contrario, la revoca o reforma, el Juez ordenará entregar al propietario o propietarios dichas especies más los rendimientos obtenidos por éstos en la proporción que corresponda al valor de la superficie que la sentencia considere no cobijada por la extinción del dominio".

El impugnante incluye este precepto en la censura general antes expuesta, de acuerdo con la cual la Ley ha arrebatado a la Rama Ejecutiva atribuciones que le son propias para entregárselas al Instituto, contra lo previsto en la Carta sobre organización del Estado.

El artículo 25 concilia el interés común con el interés privado en aquellos casos en que se haya pronunciado resolución administrativa de extinción del dominio y esté pendiente aún la sentencia que ha de poner fin al juicio de revisión promovido ante la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo prescrito en los artículos 23 de la Ley 135 y 8º de la 200 de 1936.

En efecto: si hubiese urgencia de expropiar en mira a los fines de la Ley de Reforma Agraria, como lo prevé el artículo 54, el dominio privado no podría sustraerse a ello, ya que toda

propiedad está constitucionalmente sujeta a la expropiación por motivos de utilidad pública, de manera que por no haberse decidido el juicio de revisión, la tierra no podría gozar del privilegio de considerarse exenta de la apropiación forzosa. Pero, como tampoco está en firme la extinción, justo es que para expropiar se garantice al propietario el resarcimiento mediante el depósito, en el Banco de la República, de los valores en que consista, para que le sean entregados en caso de que la Corte desate el juicio de revisión reconociendo el derecho del recurrente. Este procedimiento es, sin duda, más amplio que el establecido en el artículo 6º de la Ley 83 de 1935 —que la Corte halló exequible en sentencia de marzo 10 de 1938 (XLVI. 1934. 193) y en el 61, ordinal 4º, de la misma Ley 135, ya que en estos últimos casos no está en tela de juicio el dominio del expropiado.

Si se mira en el artículo 25 la facultad de ejercer acción de expropiación que la Ley confiere al Instituto, hay ejemplos que ofrece la legislación en que el Estado otorga no sólo a entidades oficiales sino también privadas la premencionada facultad.

Y si se atiende a la autorización para expropiar antes de que la Corte decida sobre la revisión en referencia, nada va de hacerlo antes o hacerlo después, ya que aún siendo el fallo favorable al titular de la tierra, siempre podría serle expropiada, con el aditamento, en su beneficio, de asegurársele el pago antes de finalizar el proceso de revisión.

CAPITULO SEGUNDO

Otras disposiciones acusadas.

I

Artículo 4º

Dice:

"El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria podrá delegar en otros organismos de la Administración Pública o en otros establecimientos públicos funciones de las que le están encomendadas, cuando ello le pareciere conveniente para asegurar la mejor ejecución de tales funciones o para impedir la interrupción de servicios o empresas que se hallen actualmente a cargo de organismos distintos.

"Esta delegación podrá hacerse, igualmente, a favor de las Corporaciones Regionales establecidas por virtud de leyes vigentes, de las que en lo futuro sean creadas por la ley y de las que se organicen conforme a las disposiciones del presente estatuto. La delegación de las funciones encomendadas al Instituto requiere la aprobación de la Junta Directiva con el voto favorable del Ministro de Agricultura.

"Por virtud de la delegación que de una de sus funciones haga el Instituto, la entidad delegataria adquiere las facultades y poderes que en relación con ellas le atribuye la presente ley al mismo Instituto, y queda sometida a los requisitos y formalidades prescritos para éste.

"El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria podrá, en cualquier momento, reasumir las funciones que hubiere delegado con los mismos requisitos que este artículo exige para la delegación.

"Esta potestad no rige, sin embargo, para aquellos casos en que hubieren mediado estipulaciones contractuales entre el Instituto y la entidad delegataria, los cuales se regirán por los términos del respectivo contrato".

Dice el actor que "mediante la aplicación del mandamiento preinserto habrá organismos de la Administración Pública y establecimientos descentralizados que se verán investidos de poderes presidenciales, legislativos y jurisdiccionales, lo cual quebranta el principio de la separación de las Ramas del Poder Público, establecido en el artículo 55 de la Constitución Nacional, y de los artículos citados ya, 58, 76, 120 y 153 de la Carta en la misma medida en que los violen las disposiciones acusadas, en cuanto se refieren al Instituto delegante".

Para el señor Procurador General de la Nación "las funciones que la Ley 135 asigna al Instituto, en armonía con las disposiciones constitucionales, pueden ser delegadas en virtud de una facultad expresa consignada en la misma ley agraria".

SE CONSIDERA:

Una de las características del "Establecimiento Público", es la "descentralización por los servicios" de la administración general, característica que recomienda esta institución, especialmente en los Estados unitarios. Para el logro efectivo de tal descentralización —que puede comprender varios municipios o departamentos— es menester que el establecimiento —en este caso el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria— se extienda y ramifique, pero en la imposibilidad de hacerlo de manera directa e inmediata, tiene que valerse de otros organismos similares, igualmente piezas de la Administración, que reciban el encargo de cumplir en distintas regiones su cometido general.

Es lo que hacen el artículo 4º, en primer lugar, y luego los artículos 19, 20 y 21 de la Ley, que

autorizan la fundación de Corporaciones Regionales de Desarrollo, preceptos sin los cuales la Reforma Agraria no habría contado con todos los instrumentos eficaces para la realización de sus propósitos. El informe rendido para segundo debate en la Cámara de Representantes, dice al respecto:

"...El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria es meramente un *organismo central*, cosa esencialmente distinta de *centralista*, que es lo criticado, que estructura y distribuye los planes y programas y los financia, con orientación general de la política nacional agraria, para que dentro de un sistema riguroso y prácticamente descentralista, se ejecuten por diversos organismos o entidades, mediante la delegación o contratación, ya que al Instituto mismo no le interesa realizarlas directamente, ni puede hacerlo, dentro del cúmulo de actividades y de obras que deben llevarse a efecto".

El artículo 4º, en cuanto autoriza al Instituto para delegar funciones en otros organismos de la Administración o establecimientos públicos, entre los cuales cita expresamente las Corporaciones Regionales de Desarrollo, no viola el artículo 55 de la Carta, por cuanto deja intacto el principio de la separación de las Ramas del Poder Público, pues se trata de atribuciones administrativas que pertenecen a la Rama Ejecutiva y permanecen en ella misma, no obstante la delegación, porque ésta tiene lugar en entidades también administrativas. Ni viola los artículos 58 y 153 ib., ya que no se trata de facultades jurisdiccionales sino administrativas delegadas en dichos organismos de la Administración. Ni atenta contra el artículo 120 *ibídem*, porque este precepto no atribuye especial y exclusivamente al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, las facultades que por la Ley 135 de 1961, dio el legislador al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para hacer accesible a las masas la propiedad de la tierra, y cumplir todos los fines que la reforma persigue.

Ni tampoco quebranta el artículo 76 ib. porque, si el ordinal 10 adscribe al Congreso facultad para "regular el servicio público", no se advierte la transgresión que se imputa al artículo 4º de la ley acusada, con motivo de la facultad que concede al Instituto de la Reforma Agraria para delegar las funciones tocantes al servicio o servicios públicos, que la Constitución no reserva al Congreso ni al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa.

II

Artículo 20.

Dice:

"Las Corporaciones Regionales de Desarrollo podrán crearse a iniciativa del Gobierno Nacional; del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales.

"Pero, en todo caso, el establecimiento de una nueva Corporación necesita la aprobación de la Junta Directiva del Instituto y la del Gobierno Nacional.

"Por regla general, el Instituto promoverá la creación de las Corporaciones Regionales de Desarrollo para el adelantamiento de las colonizaciones en zonas de reserva y para las labores de parcelación y de concentración parcelaria a que esta ley se refiere".

La finalidad de las Corporaciones Regionales de Desarrollo aparece señalada en los artículos 19 —no acusado— y 20.

Según el primero, se persigue con ellas "el desarrollo económico de las cuencas fluviales o de aquellas regiones que por virtud de su ubicación, su posición con respecto a las vías públicas, la extensión y continuidad de sus tierras colonizables u otros factores, constituyan unidades económicas bien determinadas", y su radio de acción "no es necesario que coincida con los límites de los departamentos y municipios".

De acuerdo con el artículo 20, "por regla general, el Instituto promoverá la creación de las Corporaciones Regionales de Desarrollo para el adelantamiento de las colonizaciones en zonas de reserva y para las labores de *parcelación* y de *concentración parcelaria* a que esta ley se refiere".

Por último, estas Corporaciones Regionales tendrán las funciones que en ellas delegue el Instituto y también las que les confieran "las leyes, los establecimientos públicos existentes o los Gobiernos Nacional, Departamentales o Municipales, con autorización del Congreso, las Asambleas o los Concejos, según el caso", respetándose, además, según el artículo 21, "la autonomía administrativa y patrimonial de los departamentos y municipios o distritos especiales".

La acusación está formulada así:

"Conforme al primer inciso queda reservada al Gobierno Nacional, al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos, la creación de Corporaciones Regionales de Desarrollo; se le

arrebata así al Congreso Nacional la misma iniciativa la cual ha venido ejerciendo hasta ahora con base principalmente en los numerales 4º y 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, precepto que así resulta transgredido por la Ley acusada.

"Además resulta incompatible con la organización nacional que un instituto descentralizado pueda ejercer las mismas funciones que el Gobierno, un Concejo o una Asamblea Departamental, pues las funciones de aquellos y de ésta son privativos y no pueden ser compartidas con otras entidades.

"Pero hay todavía más: las iniciativas de los Concejos y Asambleas al respecto quedan sujetas a la aprobación del Gobierno y del Instituto de la Reforma Agraria.

"La autonomía del régimen departamental y la del municipal está consagrada en el artículo 192 de la Constitución Nacional, según el cual: 'las ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo'.

"De esta suerte las Ordenanzas Departamentales y los Acuerdos de los Concejos solo pueden ser revisados por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero la ley acusada, con notoria transgresión de este precepto, los pretende someter, en cuanto a esta materia se refiere, a la aprobación del Gobierno, con lo cual se destruye el principio de la descentralización administrativa, y a la de un establecimiento público al cual introduce así, inconstitucionalmente, en la administración departamental y en la municipal.

"Pero resulta, además, que cuando sea el Gobierno Nacional quien ejerza la iniciativa de crear alguna Corporación Regional de Desarrollo deberá someterse a la aprobación del célebre Incora, con quebranto del artículo 120 de la Constitución que, al erigir al Presidente en suprema autoridad administrativa lo liberta de someter sus actos a la aprobación de otro funcionario o de otra entidad, pues de lo contrario serían estos, y no el Presidente, quien (sic) merecería el dictado de 'suprema autoridad' ".

Conviene el Procurador General de la Nación en el cargo formulado.

SE CONSIDERA:

El artículo 20 de la ley dispone algo muy importante encaminado a la descentralización por los servicios: la creación de Corporaciones Regionales de Desarrollo a iniciativa del Gobierno central, del Congreso, de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Municipales y del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, con el objeto de que suministren los servicios especificados en los artículos 19 y 20.

Puede crearlas el Gobierno en virtud de la facultad que a las Cámaras confiere el ordinal 11 del artículo 76 de la Ley de Leyes, con el propósito de autorizarlas a ejercer "otras funciones dentro de la órbita constitucional", la cual está trazada por el ordinal 10 ib., que encarga al legislador de "regular el servicio público", imperativo a cuyo cumplimiento ha de contribuir la creación de tales establecimientos;

Pueden crearlas igualmente las Asambleas al hacer uso de la facultad contenida en el ordinal 7º del mismo artículo 76, para conferir atribuciones especiales a dichos cuerpos administrativos;

Así como los Concejos, por disponerlo el artículo 20 de la Ley 135, de acuerdo con el ordinal 4º, artículo 197 de la Carta, que ordena a los Cabildos "ejercer las demás funciones que la ley les señale".

Y el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, que es establecimiento público creado por la Ley 135, porque el legislador de 1961 entendió propugnar la regulación de los servicios públicos de que trata, facultando al Instituto para crear Corporaciones Regionales de Desarrollo.

Así que los establecimientos públicos de los artículos 19, 20 y 21 de la Ley 135, que tendrán por objeto el impulso o progreso de las cuencas fluviales o de aquellos sectores del país que constituyen unidades económicas, por la ubicación, extensión y continuidad de sus tierras colonizables, su posición respecto a las vías públicas u otros factores relacionados con sus necesidades comunes, pueden ser creados por el Congreso, el Gobierno Nacional, las Asambleas, los Cabildos y el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Pero la creación de aquellos que persigan la colonización, parcelación o concentración parcelaria, compete por regla general al nombrado Instituto, según el mismo artículo 20.

Responde, por tanto, la creación de las premencionadas Corporaciones, a las siguientes modalidades, según los artículos 19, 20 y 21 de la Ley acusada:

a) Todo nuevo establecimiento público de desarrollo regional, requiere la *aprobación del Gobierno Nacional* y de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria;

b) Los que tengan por objeto una colonización, parcelación o concentración parcelaria, serán promovidos por regla general por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria;

c) En cuanto a funciones, serán las que les delegue el Instituto; pero, si son creadas por el Gobierno, el Congreso, las Asambleas o los Concejos, tendrán, además las que estas entidades les atribuyan;

d) Estas Corporaciones, si son creación del Congreso, del Gobierno Nacional o del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, pueden dilatar su acción sobre varios municipios o departamentos o todo el territorio del país;

e) En la creación de dichas Corporaciones, cualquiera que sea su origen, debe respetarse la autonomía administrativa y patrimonial de los departamentos, municipios y distritos especiales, y

f) El Gobierno Nacional, previo concepto de la Secretaría de Organización e Inspección de la Administración Pública y de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, dictará el estatuto básico de las Corporaciones Regionales de Desarrollo, debiendo hallarse representadas en las Juntas Directivas las entidades que promuevan su establecimiento, el Instituto mencionado y los vecinos de la respectiva región, con observancia de la paridad política.

Se refiere la Corte a los cargos formulados por el acusador al artículo 20 de la Ley:

A) Afirma que arrebata el artículo al Congreso la facultad de crear Corporaciones Regionales de Desarrollo, ya que tal función la entrega al Gobierno Nacional, a los Concejos y Asambleas y al Instituto de la Reforma Agraria. Como antes se expuso, al legislador corresponde, según el ordinal 10 del artículo 76 de la Ley Fundamental, "regular el servicio público" y si de servicios públicos trata la Ley 135, ello significa que la potestad constitucional del Congreso no ha podido sufrir ninguna disminución, y en ejercicio de ella, como pudo crear un instituto básico —el colombiano de la Reforma Agraria— puede crear Corporaciones Regionales de Desarrollo, si tal forma es a su juicio aconsejable para descentralizar los servicios y prestarlos de manera eficaz. Por otra parte, sería absurdo que Asambleas y Concejos y el propio Instituto pudiesen crear corporaciones de tal índole y no pudiera hacerlo la Rama Legislativa del Poder.

B) Afirma que un instituto descentralizado no puede compartir con otras entidades —el Gobierno, un Concejo, una Asamblea— las funciones que son privativas de los mismos.

Las funciones que la Ley 135 ha atribuido al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, como se vio antes, no son propias y exclusivas del Presidente de la República; por tanto, el legislador podía encargar su ejercicio a un establecimiento o a varios establecimientos, organismos que hacen parte de la Administración, es decir, de la Rama Ejecutiva, según la jurisprudencia nacional y la doctrina general, y por medio de los cuales se obtiene la descentralización por los servicios, que es característica del establecimiento público. Y ello con mayor razón si se considera que al Congreso compete "regular el servicio público" en la intensidad necesaria al desenvolvimiento de la comunidad y "limitar y regular" igualmente la apropiación y adjudicación de los baldíos, materia esta última tan íntimamente ligada a la Reforma Agraria.

De la misma manera, las funciones delegadas por el Instituto a las Corporaciones Regionales de Desarrollo que cubran varios municipios o departamentos, serán ejercidas junto con las que a ellas otorguen los Concejos o Asambleas o el Congreso mismo (Art. 19, Ley 135). No se alcanza a percibir la incongruencia o incompatibilidad entre unas facultades que le vienen a las Corporaciones por delegación del Instituto, es decir, de la Nación, en los límites establecidos en la Carta y en la Ley 135, a fin de desarrollar las cuencas de los ríos y las regiones que por su ubicación, posición respecto a las vías públicas, extensiones colonizables, etc., constituyan unidades económicas determinadas, según reza el artículo 19 de la Ley, y las facultades que les confieran con los mismos fines, las Asambleas o Cabildos, si se trata de Corporaciones Regionales creadas por estos cuerpos administrativos, para actuar en uno o varios departamentos o municipios.

No es de poca monta el factor general o común que caracteriza los servicios que están llamados a dispensar las Corporaciones Regionales de Desarrollo. Se trata de asuntos de carácter nacional, cualesquiera que sean la ubicación de las tierras, el departamento o departamentos, el municipio o municipios que hayan de beneficiarse directamente de sus actividades, y por este aspecto es a la Rama Legislativa a quien primeramente incumbe atender a ellas, por medio de un establecimiento público básico —el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria— y de establecimientos públicos auxiliares o complementarios —como las Corporaciones Regionales de Des-

arrollo— creados por el Gobierno Nacional, las Asambleas, los Concejos y el mismo Instituto.

C) Afirma igualmente el impugnante que al exigir el artículo 20 de la ley el requisito de la aprobación del Gobierno y de la Junta Directiva del Instituto, a toda nueva Corporación Regional de Desarrollo, vulnera el artículo 192 de la Carta, según el cual "las ordenanzas de las Asambleas Departamentales y los Acuerdos Municipales, son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

Ciertamente, tales actos son obligatorios en tanto que dicha jurisdicción no los anule o suspenda; pero ello no significa que la Ley no pueda imponer requisitos especiales para que el acuerdo o la ordenanza referentes a una determinada materia produzca sus efectos, de forma que si no se cumplen los requisitos, tales actos no puedan, por una parte, ejecutarse, y por otra, séale dado a dicha jurisdicción invalidarlos. La atribución 11 del artículo 169 del Código Político Municipal, consiste en que el Cabildo puede "acordar lo *conveniente* a la *mejora, moralidad* y *prosperidad* del municipio, respetando los derechos de los otros y las *disposiciones* de la *Constitución, leyes* y *ordenanzas* y los decretos del Ejecutivo y de los Gobernadores y Prefectos". (Subraya la Corte). Así que si una ley dispone que el acuerdo por medio del cual se crea una Corporación Regional de Desarrollo, requiere la aprobación del Gobierno Nacional y del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, debe cumplirse tal formalidad para que el acto que persiga la *mejora o prosperidad* del municipio sea válido y pueda ejecutarse.

Y por lo que hace a las Asambleas, el artículo 187, ordinal 6 de la Constitución dispone que a ellas corresponde "llenar las demás funciones que les señalen la Constitución y las leyes", funciones que en este caso atañen al establecimiento de Corporaciones Regionales de Desarrollo, si lo juzgan conveniente, así como a las atribuciones que consideren necesario conferirles (Art. 19), más el deber de someter la creación de la entidad regional a la aprobación del Gobierno y del Instituto de la Reforma Agraria, porque así lo exige el artículo 20 de la misma Ley 135.

D) Por último, dice la demanda que el artículo 20 de la Ley viola el 120 de la Constitución, que erige al Presidente de la República en suprema autoridad administrativa, carácter incompatible con el mandato de aquella disposición de someter la creación ordenada por el Gobierno Nacional, de Corporaciones Regionales, a la aprobación de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

A lo cual se observa que la fundación de dichos organismos regionales, no la trae el artículo 120 entre las atribuciones privativas del Jefe del Estado. En cambio, el 76, ordinal 24, sí estatuye que el Congreso provea a "regular el servicio público", y si para cumplir este fundamental cometido autoriza al Gobierno para crear tales Corporaciones, se trata de función conferida a él por el legislador, función que bien puede quedar sometida a la aprobación de un cuerpo técnico, que es el Instituto, a quien la Ley 135 ha confiado la dirección, administración y suministro de los servicios públicos que establece.

Mas, por disposición de la misma Ley 135, artículo 6º, ordinal 3º, corresponde al Gobierno Nacional autorizar la creación o establecimiento de toda Corporación Regional de Desarrollo. Esto significa que cualquiera que sea la fuente de la Corporación (ley, ordenanza, acuerdo municipal o el Instituto de la Reforma Agraria), no podrá entrar en actividad sino mediante la *autorización* de que trata dicho artículo 6º, o la *aprobación* —empleando la palabra del artículo 20— términos que parecen tener un mismo sentido jurídico en el caso presente.

E) El señor Procurador General de la Nación agrega en apoyo de la acusación del artículo 20:

"La jurisdicción territorial de las Corporaciones Regionales puede no coincidir con los límites de los departamentos y los municipios, según expresa el artículo 19 de la Ley 135. El artículo 7º de la Constitución dice, en su inciso segundo, que 'las divisiones relativas a lo fiscal, lo militar, la instrucción pública y el fomento de la economía podrán no coincidir con la división general'. En esta forma, parece claro que la jurisdicción de las Corporaciones Regionales puede no coincidir con la división general, por departamentos y municipios, en cuanto tiende al fomento de la economía. Pero ocurre que el numeral 4º del artículo 76 de la Constitución establece como función propia del Congreso, mediante las leyes 'fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional...'. De esta manera la fijación de un plan o programa de fomento de la economía, mediante la creación de la Corporación Regional de Desarrollo, sólo puede ser hecha por el Congreso y en virtud de una ley. Por consiguiente, la creación de Corporaciones Regionales de Desarrollo atribuida por la Ley 135 al Gobierno Nacional, a Incora, a los departamentos y a los municipios, viola ostensiblemente las normas constitucionales que dejo citadas".

La fundación de una Corporación Regional de Desarrollo supone los planes y programas a que debe someter sus labores y realizaciones. Esos planes y programas deben referirse precisamente a las materias que señalan los artículos 19 y 20 de la Ley: si la Corporación se crea por medio de una ley, ésta misma debe determinar los planes y programas que componen sus objetivos, o sea lo que pide el ordinal 4º del artículo 76 de la Carta. Si se origina en el Gobierno, una Asamblea Departamental, un Concejo o en el mismo Instituto, de igual manera deben aparecer en el título constitutivo. No se concibe que una entidad de este linaje, habida cuenta del objeto que le señalan los artículos 19 y 20 de la Ley, pueda entrar a funcionar ignorando el objeto que persigue y motiva su fundación. Este aspecto aparece en la Ley suficientemente controlado, porque si de actos de asambleas o cabildos se trata, están sujetos a la aprobación del Gobierno Nacional y de la Junta Directiva del Instituto; si del Gobierno, debe contar con la aprobación del Instituto, a quien la ley ha encomendado la reforma agraria, y si de éste mismo, debe tener a su vez la del Gobierno.

Por otra parte, obvio es el fundamento de las disposiciones contenidas en los mencionados ordinales 4º y 19, artículo 76 de la Constitución, dada la amplitud del problema que confrontan, o sea el fomento de la economía nacional y los planes y programas de todas las obras públicas en general. Pero, en tratándose de Corporaciones Regionales de Desarrollo, en el acto que las crea el que, al señalar sus objetivos, entre los predeterminados en los artículos 19 y 20 de la Ley, planifica las empresas, labores y obras, por medio de las cuales se habrán de cumplir los fines del organismo regional. Y ello es precisamente lo que queda bajo el control del Gobierno y del Instituto, sin cuya aprobación los actos generadores de las corporaciones carecen de validez.

Además, la ley sobre reforma agraria constituye en sí misma un plan y un programa sobre fomento de la economía nacional, en relación con el problema de la tierra, como aparece muy claramente de los fines que persigue ese estatuto legal, según lo expuesto en el artículo primero de la misma ley.

III

Artículo 8º

Se acusa el artículo en cuanto dispone que en la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, actúen en calidad de integrantes de dicha corporación "un miembro del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas, designado por el Presidente de la República, y cuya presencia en la Junta no se tomará en cuenta para la aplicación de la paridad política", y "dos Senadores y dos Representantes elegidos por las Cámaras respectivas, con observancia de la regla de la paridad política". Para fundamentar la acusación se dice que este ordenamiento legal es contrario al artículo 78 de la Constitución Nacional.

SE CONSIDERA:

Por el hecho de que la disposición determine que de la Junta hagan parte integrante las personas antes mencionadas, no puede deducirse que vaya contra las normas señaladas por el demandante.

En efecto, por voluntad expresa del Constituyente, manifestada en el artículo 4º de la Reforma Plebiscitaria de 1957 los miembros de las Fuerzas Armadas pueden "ser llamados a desempeñar cargos en la Administración Pública". De suerte que la previsión del artículo 8º, materia de la acusación, no es violatoria del artículo señalado por el demandante como infringido.

Por otra parte, ni aún en ausencia del canon constitucional indicado resultaría contrario a la Constitución el artículo comentado, por cuanto para que ello ocurriera sería preciso que los miembros del Estado Mayor no constituyeran un cuerpo exclusivamente técnico como es el de que hacen parte, sino que tuvieran un verdadero mando militar, por cuanto el artículo 61 de la Carta habla del ejercicio simultáneo, en tiempo de paz, de "la autoridad política o civil y la judicial o la militar"; para cerciorarse de lo cual es suficiente leer los artículos 17 del Decreto extraordinario número 1325 de 1953 y 35 del Decreto-ley número 1705 de 1960, disposiciones conforme a las cuales aparece clara y nítidamente que los miembros del Estado Mayor no ejercen mando dentro de las Fuerzas Armadas, sino que como lo dicen las normas dichas ellos constituyen un cuerpo técnico, un "organismo de planeamiento del Comando General de las Fuerzas Militares".

Tampoco es violatorio de los artículos 55, 61 y 78 de la Codificación Constitucional el artículo 8º de la Ley, en cuanto dispone que dos Senadores y dos Representantes, elegidos por las Cámaras respectivas, hagan parte de la Junta, en primer lugar, porque los dos Senadores y los dos Representantes no constituyen, ni el Senado, ni la Cámara, respectivamente; ni, por otra par-

te, forman por sí sólos, la Junta Directiva del Instituto.

En segundo lugar, al integrar, con los demás miembros señalados por la Ley, la Junta en referencia, los dichos Senadores y Representantes no van a ejercer ninguna función legislativa y política o administrativa, al mismo tiempo; ni su presencia en dicho organismo directivo hace que el Congreso o cada una de sus Cámaras se inmiscuya "por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes". (Art. 78, ord. 2º de la Const.).

Además, ya se ha dicho que la Constitución no tiene adscrito, en forma privativa y excluyente, al Gobierno lo relacionado con los servicios que organiza la ley de Reforma Agraria, por lo cual de acuerdo con el ordinal 10 del artículo 76 de la Carta, bien podía el legislador determinar, como lo hizo en el artículo 8º de la ley acusada, la composición de la Junta Directiva, sin poderse hablar, entonces, de violación de las normas señaladas por el demandante.

IV

Artículos 12 y 13.

Tratan estas disposiciones de los Procuradores Agrarios.

Las impugna el actor:

a) Porque, en tratándose de leyes orgánicas del Ministerio Público, corresponde la iniciativa parlamentaria a la Cámara de Representantes, lo que no ocurre en la Ley;

b) Porque, según el parágrafo del artículo 13 de éste, las funciones de los ordinales a), b) y d) y parte final del ordinal c), "se adelantarán de oficio, por orden del Procurador General o a solicitud del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, cuando dichos funcionarios o el Instituto consideren que aquéllos reemplacen en determinadas actuaciones a los agentes ordinarios del Ministerio Público, lo que pugna a lo dispuesto en el artículo 142 de la Carta, según el cual el Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por el Procurador General de la Nación y los Fiscales en general, suprema dirección que queda reemplazada por la libre iniciativa de los Procuradores Agrarios, por órdenes del Procurador General, y para mayor quebranto de la organización constitucional, por determinaciones de un instituto descentralizado".

SE CONSIDERA:

A) No tratándose de ley orgánica del Ministerio Público, no rige lo dispuesto en los susodichos artículos 80, ordinal 1º, y 102, ordinal 4º de la Constitución. No hay duda de que el Capítulo IV de la Ley Agraria, no tiene el carácter de ley orgánica del Ministerio Público. No basta que en una ley orgánica de una materia determinada, como es la agraria, se incluyan unos textos sobre el Ministerio Público, para que tales preceptos puedan reputarse como orgánicos del ramo expresado.

B) El artículo 12 de la Ley crea los cargos de Procuradores Agrarios, con el carácter de delegados del Procurador General de la Nación. Así lo hizo la Ley 83 de 1936, para dotar de delegados de este funcionario a algunas secciones de la Procuraduría General. El Gobierno, por medio del Decreto número 1241 de 15 de marzo de 1962, determinó el número de estos Procuradores Agrarios, las condiciones necesarias para su nombramiento, remuneración y funciones.

La suprema dirección del Gobierno, en lo atinente al Ministerio Público y a que se refiere el precitado artículo 142 de la Carta, no queda eliminada en el artículo 12 de la Ley 135, porque el hecho de proveer a la designación de Procuradores Agrarios, con la calidad de Delegados del Procurador General de la Nación, está indicando que la gestión de ellos, como la de este último —cabeza del Ministerio Público— se desarrollan bajo la máxima orientación gubernamental.

Por tanto, la atribución que les señala a los Procuradores Agrarios el ordinal a) del artículo 13 de la Ley, de tomar parte "como agentes del Ministerio Público, en actuaciones judiciales, administrativas y de policía, para las cuales la intervención de dicho Ministerio esté prevista en las leyes vigentes", en nada es contrario a dicho artículo constitucional, ya que, por una parte, la gestión fiscal ha de estar prevista en las leyes, y por otra, siendo los Procuradores Agrarios Delegados del Procurador General, habrán de contar con la autorización de éste, en forma especial o general.

C) Ni lo quebranta tampoco el ordinal b) ib. al facultar a dichos funcionarios para "solicitar" del Instituto, o de entidades delegatarias de éste, "que se adelanten las acciones para recuperar tierras del dominio público indebidamente ocupadas, las reversiones de baldíos y las declaratorias de extinción del dominio y representar a la Nación en las diligencias administrativas, judiciales o de policía a que dichas acciones den lugar", porque *solicitar* que se adelanten gestiones, ya del Instituto, o bien de las corporaciones o entidades delegatarias de éste, para que

se promuevan los recursos arriba señalados, no es asumir la representación de la Nación, por una parte; y por otra, para que los Procuradores Agrarios ejerzan esta representación, no dispone el ordinal que procedan independientemente del Procurador General de la Nación.

D) Ni hay infracción al facultarlos, el ordinal d) para intervenir, a *nombre del Ministerio Público,* en los conflictos entre colonos *ocupantes* de tierras baldías y quienes *aleguen títulos de propiedad,* para coadyuvar en la defensa de los intereses legítimos de tales colonos y salvaguardiar los intereses de la Nación, porque, por una parte, ya esta facultad le había sido conferida al Ministerio Público en los casos de oposición en el trámite de adjudicación de baldíos, según el artículo 73 del C. F., y por otra, los Procuradores Agrarios, como delegados del Procurador General, deben obrar bajo instrucciones de éste.

E) Y menos aún al ser autorizados, según el ordinal c), para representar a la Nación "como agentes del Ministerio Público, en los juicios de expropiación a que haya lugar", por la misma razón de que los Procuradores Agrarios son delegados del Procurador General de la Nación y actúan bajo sus órdenes. El Procurador General de la Nación considera que el artículo 12 de la Ley es violatorio del artículo 145, ordinal 4º, de la Carta, en cuanto señala a los Procuradores Agrarios períodos de dos años, ya que éste último precepto lo faculta para "nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia".

El acusador, a su turno, dice que no señala otras disposiciones de la Ley que merecen la calificación de inconstitucionales, "porque la Corte al fallar sobre esta demanda, por ministerio del artículo 2º de la Ley 96 de 1956, estará obligada a declarar inconstitucionales no sólo los textos indicados por el demandante sino otros distintos incompatibles con textos o principios constitucionales".

En cuanto a lo primero, cabe observar que por el hecho de haber señalado la ley un período de dos años a los Procuradores Agrarios, no se quebranta la facultad constitucional que tiene el Procurador General para "nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia", por cuanto esa facultad está reglamentada o condicionada por el artículo 5º de la reforma plebiscitaria, según el cual "el Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla, sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido".

Por otra parte, los Procuradores Agrarios, que deben reunir para su nombramiento "las calidades exigidas para los Fiscales de los Tribunales Superiores", y que tienen como éstos facultades señaladas por la ley, que ejercen naturalmente bajo la dirección y dependencia del Procurador General, debían gozar, y así lo dispuso la ley, de un período fijo —como aquellos Fiscales— en el ejercicio de sus funciones, para mayor eficacia en el desempeño de sus deberes, sin que la determinación del período conculque en manera alguna las normas sobre funciones que corresponden al Procurador General, ya que éstas han de cumplirse dentro del marco constitucional, en el cual se halla el precepto del artículo 5º del plebiscito.

En cuanto a lo aseverado por el demandante, es necesario recordar que según el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, la Corte carece de facultad para extender a disposiciones no acusadas el control constitucional; la demanda determina la inconformidad del ciudadano, de manera que si deja de incluir otros textos en ella, es porque considera que no hieren la Constitución. Ni basta para considerarlos incluidos, decir como el peticionario-demandante: "A lo largo del extenso estatuto agrario se hallan otras disposiciones, muy numerosas por cierto, en las cuales se incurre en el mismo vicio de inexequibilidad, arrebatando al Presidente de la República atribuciones constitucionales para investir de ellas al Incora quien compartirá así con el Presidente 'la suprema autoridad administrativa' con quebranto del artículo 120 de la Constitución".

Lo que el artículo 2º de la Ley 96 estatuye es que la Corte debe pronunciar la inexequibilidad de los preceptos acusados, sea porque quebranten los textos constitucionales señalados por la demanda, o porque violen otros de la Carta. No cumpliría la Corte el encargo de velar por la integridad de la Constitución, si por no haber citado el actor las disposiciones realmente transgredidas, conservase vigentes leyes o decretos extraordinarios contrarios a la Ley Fundamental (V. Sentencias de la Sala Plena, entre otras, de agosto 26 de 1946, LI. 2838 y 2839, 2; agosto 25 de 1947, LXII, 2048 y 2049, 312; junio 22 de 1950, LXVIII, 2081, 369; y agosto 11 de 1959, XCI, 2215 y 2216, 358).

V

Artículo 14.

Prescribe esta norma que "anualmente se apropiará una partida no menor de cien millones de pesos ($ 100.000.000), que el Gobierno debe incluir en el proyecto de Presupuesto, sin lo cual éste no será aceptado por la Comisión de Presupuesto de la Cámara de Representantes".

Dice el acusador que "de esta suerte la disposición transcrita ordena que el Congreso vote la Ley de Apropiaciones no conforme a las reglas de la Ley respectiva, sino, además, según esta nueva exigencia de la Ley sobre Reforma Social Agraria, disposición que es claramente inexequible porque vulnera el artículo 210 de la Constitución".

SE CONSIDERA:

La Corte acoge el concepto del señor Procurador, que dice:

"Parece haber una confusión en el primer argumento propuesto por el demandante. El artículo 210 exige al Congreso expedir el Presupuesto General de Rentas y Ley de Apropiaciones 'estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley respectiva' y el artículo 14 de la Ley acusada dice que el Gobierno debe incluir en el proyecto de Presupuesto, anualmente, una partida de cien millones de pesos, sin lo cual el proyecto de presupuesto no será aceptado por la Comisión de Presupuesto de la Cámara de Representantes. La disposición del citado artículo 14 no se refiere, pues, a la actuación que debe cumplir el Congreso, según el artículo 210 de la Carta, sino a la actuación que corresponde al Gobierno, al tenor del artículo 208 de la Constitución, según el cual 'el Ejecutivo formará anualmente el Presupuesto de Rentas, y junto con el proyecto de la Ley de Apropiaciones lo presentará al Congreso en los primeros diez días de las sesiones ordinarias de julio'. De esta manera, el Gobierno deberá presentar el proyecto de Presupuesto sujetándose a la exigencia del artículo 14 de la Ley Agraria y, a su turno, el Congreso deberá expedir el Presupuesto de acuerdo con las reglas de la ley orgánica del Presupuesto. No puede afirmarse, en consecuencia, que la disposición del artículo 14 de la Ley 135 altere la manera como debe actuar el Congreso frente al mandato del artículo 210 de la Constitución".

CAPITULO TERCERO

Artículos 62 y 74.

Dicen así:

"Artículo 62. Las tierras que adquiera el Instituto por compra-venta voluntaria o expropiación las pagará así:

"1º Las incultas, en los Bonos Agrarios de la clase B, que esta Ley ordena emitir.

"2º Las inadecuadamente explotadas, en dinero efectivo. Un veinte por ciento (20%) del precio, pero sin exceder la cantidad de cien mil pesos ($ 100.000), se cubrirá en la fecha de la operación. El saldo se distribuirá en ocho contados anuales sucesivos de un valor igual, el primero de los cuales vencerá un año después de la misma fecha.

"De igual manera se pagarán las tierras explotadas por medio de pequeños arrendatarios, o de pequeños aparceros, cuando el propietario no participe en la explotación dirigiéndola y tomando a su cargo una parte de los gastos o de las operaciones de ella, y los fundos a que se refiere el ordinal 3) del artículo 55.

"3º Las no contempladas por los ordinales anteriores, en dinero efectivo. Un veinte por ciento (20%) del precio, pero sin exceder la cantidad de trescientos mil pesos ($ 300.000), se cubrirá en la fecha de la operación. El saldo se distribuirá en cinco contados anuales sucesivos de un valor igual, el primero de los cuales vencerá un año después de la misma fecha.

"El monto del pago que debe hacer el Instituto en el momento de celebrarse la operación, de conformidad con los ordinales 2) y 3) supra, se aumentará hasta setenta y cinco mil pesos, $ 75.000, y ciento cincuenta mil pesos, $ 150.000, respectivamente, si el veinte por ciento (20%) allí señalado no alcanzare a estas sumas.

"El Instituto reconocerá intereses a la tasa del 4% anual sobre los saldos a su cargo en el caso del ordinal 2), y a la del 6% en el caso del ordinal 3) de este artículo. Tales intereses se pagarán por semestres vencidos.

"Las obligaciones a cargo del Instituto gozarán tanto en lo que respecta al capital como a los intereses, de la garantía del Estado, y podrán dividirse a petición del acreedor, en varios documentos de deber que no tendrán el carácter de los instrumentos negociables de que trata la Ley 46 de 1923 ni se expedirán por sumas inferiores a cincuenta mil pesos ($ 50.000), pero que podrán ser cedidos y dados en garantía conforme a las disposiciones del Título XXV del Libro IV del Código Civil.

"El propietario de las tierras a que se refieren los mismos ordinales 2) y 3), tendrá derecho a que el Instituto, al celebrarse la operación, o en cualquier momento posterior, cancele el valor de ella o el saldo del crédito pendiente a su favor en Bonos Agrarios de la clase A, computados a su valor nominal. Igual derecho

tendrá la persona a cuyo favor hubiere sido cedido el crédito correspondiente".

"Artículo 74. Autorízase al Gobierno para emitir Bonos Agrarios por la cuantía, en la forma y con las características que determinan este artículo y los siguientes.

"Se emitirán mil millones de pesos ($ 1.000.000.000) en Bonos de la clase A y hasta doscientos millones ($ 200.000.000) en Bonos de la clase B.

"Los primeros se emitirán en series anuales sucesivas de doscientos millones de pesos ($ 200.000.000) cada una, y la primera emisión se realizará dentro de los sesenta (60) días siguientes a aquel en que el Instituto de la Reforma Agraria inicie su funcionamiento. La emisión de los segundos se ordenará por el Gobierno conforme a las solicitudes que, con el voto favorable del Ministro de Agricultura, le formule la Junta Directiva del Instituto, y se hará en series sucesivas de cuantía no inferior a cinco millones de pesos ($ 5.000.000) cada una.

"Emitidos que sean los bonos correspondientes a cada serie, el Gobierno los depositará en el Banco de la República a la orden del Instituto, y desde ese mismo momento ingresan al patrimonio de éste".

Alega el acusador:

"Aunque pudiera adelantarse una disquisición muy prolongada sobre estos textos, no es necesario para evidenciar que la expropiación de tierras de propiedad privada se hará sobre la base de 'interés social y utilidad pública' según el artículo 54 y que, por tanto, el pago indemnizatorio debe ser 'previo' conforme al artículo 30 (tercer inciso) de la Constitución.

"Una indemnización pagada a plazos y con posterioridad a la expropiación, como es la prevista en el artículo 62 en concordancia con el 74, no es previa, y por tanto es palmaria la inexequibilidad de este artículo, y de su concordante el artículo 74".

El Procurador General de la Nación conceptúa que el primero de los textos copiados es inconstitucional, por cuanto faculta al Instituto "para indemnizar a plazos las tierras expropiadas, esto es, dejando saldos pendientes y en cuanto lo faculta —a solicitud del interesado— para pagar la indemnización en bonos computados a su valor nominal y no a su valor comercial actual".

SE CONSIDERA:

Las constituciones políticas colombianas han consagrado sin excepción el principio de la superioridad del interés público sobre el interés particular, y de allí que autorizaran la expropiación de la propiedad privada, por causas de utilidad pública con la correlativa indemnización a su titular.

Las de 1811, 1812, 1821, 1832 y 1842 no se detuvieron a ordenar que aquélla fuese *previa;* pero, las de 1830, 1853, 1858, 1863 y 1886 y los Actos legislativos números 3 de 1910 y 1 de 1936 sí se cuidaron de exigirlo.

El artículo 10 del Acto legislativo últimamente citado introdujo a la Carta de 1886 una reforma de suma trascendencia: *la función social de la propiedad,* en beneficio común, origen de obligaciones a cargo del propietario y fruto del proceso de socialización del derecho, iniciado a mediados del silo XIX y proseguido afanosamente al finalizar la primera guerra mundial.

Entre la concepción individualista, secuela de una revolución dirigida a rescatar los derechos del hombre "sagrados, inalienables e imprescriptibles", y la colectivista o negación del dominio privado, la "función social de la propiedad" se presenta como sistema intermedio. Pero, al paso que en éste una corriente suprime la propiedad como derecho, para transformarla de manera radical en *función,* a cargo del dueño (funcionario), otra conserva la propiedad en el titular como derecho subjetivo, pero le atribuye una *función* esencial impuesta por los intereses de la comunidad.

No por decir el artículo 30 de la Constitución que "la propiedad es una función social", ha quedado sustituida la potestad patrimonial por la función. Pero, dados los términos perentorios de la fórmula —que al parecer responden a la primera corriente expresada en la cual la función subroga al derecho— no hay duda, sin embargo, de que para el Constituyente, la función social creada por la Carta, no repudia el derecho subjetivo, erigiendo en su lugar, exclusivamente, la función, porque la primera parte del mismo artículo 30 garantiza "la propiedad privada", adquirida con justo título con arreglo a las leyes, y es ésta, además, la única interpretación que se aviene con la estructura subjetivista de nuestra organización democrática, y tal ha sido, por otra parte, la jurisprudencia y la doctrina uniformes del país. No podría verse en un mismo texto constitucional un aparejamiento de principios tan antagónicos entre sí, como es la presencia, rodeada de todas las garantías, del derecho de propiedad, y el rechazo del mismo, convertido en función, sino los fragmentos de un sistema armónico que se circunscribe a agregar al derecho un sentido funcional de carácter social.

Así, se suma a los caracteres clásicos del dominio —ser perpetuo, exclusivo, pleno, etc.— el de tener una función social. Pero mientras aquéllos han sido precisados de tiempo atrás, éste apenas inicia su proceso de conformación, después de haber sido consagrado en Constituciones posteriores a las últimas guerras mundiales, especialmente en América.

Ni la Carta ni la ley definen la función social. *Función* es actividad específica y ordenada a un fin, dentro del organismo al cual sirve, que es tanto como decir que este nuevo carácter del dominio atañe al derecho en acción, en ejercicio, y como el derecho está constituido por los elementos *usus, fructus* y *abusus,* en todos éstos converge la función, y puede, en consecuencia, afectar en un momento dado a uno de ellos o a todos. Y si el expresado funcionalismo tiene un objeto, el de ser *social,* es evidente que la función consagrada en el artículo 30 de la Ley Suprema, no tiene otra finalidad que el bien común, sobre la base indeclinable de prevalecer en todo instante y en todas las circunstancias los intereses sociales sobre los privados.

El texto constitucional suministra un material que contribuye a señalar los delineamientos de la función. Dice de ésta que "implica obligaciones", las cuales no pueden ser sino a cargo del titular del dominio, con lo que se tiene el sujeto pasivo de las obligaciones y también el activo, que es la comunidad. ¿Cuáles son éstas? Sólo sabemos por la fórmula del precepto que son producto de la nueva función y que ésta se revela pública y colectivamente por medio de ellas. Pero, siendo afectación o carácter genérico del dominio, no puede manifestarse sino mediante cargas precisas que corresponde señalar a la Rama Legislativa, como dijo la Corte —Sala de Negocios Generales— en sentencia de 24 de marzo de 1943 (LV. 1996 y 1997. 399. 2ª) y en la de casación de agosto 31 de 1954 (LXXVIII. 2145. 432. 2ª). El propio Constituyente aplicó el nuevo principio en la última parte del artículo 30 al estatuir la expropiación sin resarcimiento, y la Ley 200 de 1936, a poco de entrar en vigor la reforma constitucional, impuso a los dueños de tierra la obligación de laborarlas económicamente, bajo la sanción de perderlas.

La Corte inició el proceso de interpretación de la reforma constitucional en los siguientes términos, según fallo de la Sala Plena de 10 de marzo de 1938:

"El constituyente de 1936 relativizó el derecho fundamental de la propiedad, acentuando la sumisión de ésta a los intereses de la colectividad, y con ello la limitación del libre arbitrio del propietario.

"Este constituyente dio a la propiedad individual el fundamento de la función social que implica obligaciones, conformándose a las teorías modernas de los defensores de aquélla, quienes prescinden de la forma fija y siempre idéntica que las aludidas escuelas económicas atribuían a esa institución, para admitir que, desde luego que la propiedad ha revestido en la historia formas muy diversas y es susceptible de modificaciones muy grandes, sólo se garantiza plenamente por el artículo 26 de la Codificación Constitucional en la medida en que responda a las necesidades colectivas de la vida económica". (XLVI, 1934, 193).

La función social, según esta doctrina, acentuó el sometimiento de la propiedad a los intereses colectivos, al punto de que la garantía consagrada en la Carta en favor del derecho patrimonial, está condicionada a la medida en que éste responda a las necesidades comunes. Es justamente lo que ha de verse en esta parte de la presente decisión: si al estatuto de la expropiación —remedio de salud pública reconocido por todas las Constituciones que se ha dado al país— puede la ley introducirle formas reguladoras del pago de las indemnizaciones a que haya lugar.

El artículo 62 de la Ley contiene la fórmula como el Estado ha de atender el pago del resarcimiento correspondiente a la expropiación de tierras. Los motivos de utilidad pública e interés social que la justifican están expresados en la Ley. Dice el artículo 54:

"El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria queda autorizado para adquirir tierras de propiedad privada con el objeto de dar cumplimiento a los fines señalados en los ordinales 1º, 2º y 4º del artículo 1º de la presente Ley, combatir la erosión de los suelos, efectuar reforestaciones y facilitar en las zonas rurales las obras de riego y avenamiento, el tránsito y los transportes.

"Si los propietarios de las tierras que se considere necesario adquirir no las vendieren o permutaren voluntariamente, el Instituto podrá expropiarlas sujetándose a lo que se dispone en los artículos siguientes. De acuerdo con el artículo 30 de la Constitución, se declara que hay interés social y utilidad pública en la adquisición de tales tierras".

El artículo 62 contiene la fórmula conforme a la cual deben satisfacerse las indemnizaciones y al efecto clasifica las tierras así:

a) *Incultas,* pero respecto de las cuales no se haya extinguido el dominio privado;

b) *Inadecuadamente explotadas* o explotadas *por medio de pequeños aparceros o arrendatarios, siempre que el dueño no participe en la explotación* dirigiéndola y tomando a su cargo parte de los gastos o de las operaciones; y

c) Las explotadas adecuadamente.

Según esta fórmula, el pago de las tierras del grupo a) —incultas— se hace en bonos de la clase B, exclusivamente; el de las tierras de los grupos b) y c), en dinero, pero de contado un 20%, y el resto en contados anuales a menos que el interesado prefiera bonos de la clase A.

El actor impugna el artículo 62, no por ordenar el pago de las tierras incultas en bonos, sino por señalar plazos para cubrir los saldos del valor de las tierras de los grupos b) y c). El Procurador es del mismo concepto, pero agrega que repugna al texto constitucional que el pago en bonos se haga por el valor nominal de éstos.

El artículo 30 de la Carta no prescribe que la indemnización sea cubierta *en efectivo,* ni tampoco de *contado.*

Lo que dispone el texto es que sea *previa,* y entonces debe saberse si por ser en bonos (tierras del grupo a), o parte en dinero y el saldo *a plazos* (tierras de los grupos b) y c), *deja de ser previa.*

Indemnización previa es, primeramente, definición y reconocimiento del derecho del propietario, con anterioridad a la expropiación, de modo que no haya, por una parte, expropiaciones arbitrarias, y por otra, que el dueño pueda contar desde entonces con bienes o valores comerciales, enajenables y ciertos, equivalentes al perjuicio causado.

A) *En cuanto a tierras incultas.* Los bonos de la clase B) son bienes comerciales, tienen el respaldo del Estado, ganan un interés, son negociables, se amortizan trimestralmente por medio de sorteos y pueden, además, darse en pago de tierras al Instituto, según el artículo 78 de la Ley.

El Procurador General de la Nación conceptúa que "la indemnización es apropiada si se entrega un bien de igual valor actual al que es objeto de la expropiación. Toda cosa mueble o inmueble, tiene un valor, en la acepción jurídica o económica, valor que se mide en términos del común denominador de todos los valores, que es la moneda. Expresado el valor en términos monetarios, puede efectuarse la indemnización entregando una cosa, mueble o inmueble, de valor equivalente. Un título irrevocable, cierto, de valor monetario fijo, líquido, comercialmente aceptable y cesible, con un rendimiento periódico adecuado, como es un título del Estado, es evidentemente un bien que posee un valor y que, consiguientemente, sirve para indemnizar el valor del bien expropiado. Como la Constitución lo que exige es la indemnización previa —no la indemnización en dinero o de contado— la fórmula fijada por la Ley 135, en este aspecto, resulta en principio aceptable, desde el punto de vista constitucional".

En este caso la Ley sustituye una propiedad improductiva, por una propiedad en bonos, garantizados por el Estado, que causan intereses y representan el *avalúo comercial* de la tierra (Art. 61, Ord. 5º, Ley 135). El interés es en todo caso superior al rendimiento de una tierra inculta. El canon constitucional no garantiza el dominio privado al extremo de proteger a quien no trabaja los fundos: de allí la reversión con que sanciona a los propietarios cuando dejan correr, sin explotar, los lapsos de los artículos 6º de la Ley 200 de 1936 y 10 de la 100 de 1944; de suerte que en tratándose de tierras incultas, pero respecto de las cuales no han llegado a cumplirse aquellos términos, la reparación prescrita en los artículos 62 y 74 de la Ley, implica un tratamiento generoso para con quienes mantienen la tierra al margen de la función social, en espera de la valorización por el esfuerzo ajeno. Porque, la garantía de la propiedad privada que la Carta preconiza, está acondicionada —como lo dice la citada sentencia de 10 de marzo de 1938— a la medida en que aquélla responda a los intereses de la colectividad, burlados de tal suerte por quienes mantienen la tierra en abandono. La depreciación que puedan sufrir los bonos en el mercado no afecta su mérito intrínseco, como signo representativo de un resarcimiento, porque se trata de fenómeno al cual no puede sustraerse ningún papel del Estado ni otros de orden comercial, como tampoco los bienes patrimoniales en general.

B) *En cuanto a tierras de los grupos b) y c).* Con respecto a las tierras adecuada o inadecuadamente explotadas, o cuya explotación se realiza por pequeños aparceros o arrendatarios, sin intervención directa del dueño, es verdad que la reparación no se hace *íntegramente en dinero y de contado,* pero se satisface el resto en bienes que equivalen a dinero, ya porque los saldos son *créditos* garantizados por el Estado y causan, respectivamente, intereses del 4% y del 6% anual, pagaderos por semestres; ora porque al constar esos créditos en *documentos privados,* a

opción del expropiado o acreedor, podrán cederse o gravarse con arreglo al Código Civil; o bien porque, si lo prefieren, reciben bonos de la clase A, que el Estado garantiza, ganan un interés del 7% anual, son negociables, se amortizan mediante sorteos trimestrales por su valor nominal y puede con ellos pagarse tierras al Instituto, en los casos y condiciones de los artículos 70 y 78 de la Ley.

Créditos sin documento o con documento, o bonos, son la contraprestación a cargo del Estado, previamente satisfecha, porque ingresan desde un principio al patrimonio del expropiado, realizando así el resarcimiento previo. La Carta no exige pago en dinero sino, simplemente, indemnización, para hacer de la expropiación un instrumento más ágil y adecuado al bien común. El Procurador, con razón que la Corte comparte, agrega que el artículo 1626 del Código Civil, dispone que "el pago efectivo es la prestación de lo que se debe", de manera que como la Carta no ha prescrito que se haya de pagar en numerario, no deja de efectuarse el pago efectivo porque se haga en otra clase de valores.

Para el Procurador General de la Nación, el pago a plazos del valor de las tierras de los grupos b) y c), implica desacato al artículo 30 de la Carta, porque la modalidad del plazo se opone al requisito de que la indemnización sea previa. Quedan expuestas las razones de la Corte, de acuerdo con las cuales el saldo está representado por bienes patrimoniales, como son los créditos o los documentos de deber con la garantía estatal, que ingresan al haber del expropiado desde un principio, o por bonos de la clase A, cuando los recibe, si lo prefiere, al tiempo de la expropiación, o después, dentro los plazos.

Empero, según la transcripción de la parte pertinente del concepto, el pago en bonos se ajusta a los cánones constitucionales "en cuanto representan títulos irrevocables, ciertos, de valor monetario fijo, líquido, comercialmente aceptables y cesibles, con un rendimiento periódico adecuado... y que sirven para indemnizar el valor del bien expropiado". Mas, no así, siguiendo el mismo concepto, en cuanto el Instituto paga con ellos computándolos *por su valor nominal,* sea que se trate de expropiación de las tierras del grupo a), o de las contempladas en los grupos b) y c). La censura del Ministerio Público no se refiere, por tanto, al pago en bonos —que estima en armonía con el Estatuto—, sino al pago con base en su valor nominal. Pero, no advierte el Procurador que en lo tocante a las tierras de los grupos b) y c), el pago en bonos depende de la voluntad del dueño o expropiado o de sus cesionarios. Y en lo atinente a las del grupo a), se trata de tierras incultas, abandonadas, a linde con la sanción extintiva del dominio.

Sobra agregar que el concepto de *indemnización* por expropiación, no puede confundirse con el concepto de *precio* como prestación de la venta. Esta es un acuerdo bilateral, de derecho privado, fruto de la libertad contractual, en el que la contraprestación a cargo del comprador debe cumplirse en dinero. La expropiación no es un contrato, no es una venta, ni siquiera forzada, como la que se verifica en subasta pública en determinados casos; es una figura esencialmente distinta, de derecho público, enderezada al bien de la comunidad y en virtud de la cual, por motivos superiores, la Administración toma la propiedad particular, y como esta medida genera un *daño* y no un *precio,* se satisface mediante una *indemnización.* Se indemniza el perjuicio en diferentes órdenes de la responsabilidad contractual o extracontractual, y se indemniza al expropiado el *daño* que para él implica esta forma de expropiación —que opera contra su voluntad— pero en provecho público y aun cuando es instituto antiguo encuadra hoy a la perfección en la nueva tendencia de la función social.

Lo cual debe influir en la interpretación del artículo 30 de la Carta, a fin de no imponer a la figura de la expropiación el rigor geométrico de un contrato, sino el espíritu de equidad y justicia que gobierna las instituciones de derecho público, aquilatado en la materia a que este proceso de inconstitucionalidad se refiere, por la orientación social del derecho privado.

Y conviene repetir que de los criterios que han sido acogidos en los países que han enfrentado los problemas de la tierra, para fijar el valor de la misma, la Ley 135 ha seguido el del avalúo comercial mediante peritos (Art. 61, Ord. 5º), por considerarlo más favorable a sus titulares, no exento de dificultades naturalmente, ya que depende a menudo, por lo menos en parte, de factores artificiales, pero sin duda no en contra de los propietarios.

Y además que, según las conclusiones a que llegan en sus conceptos los profesionales al principio de este fallo nombrados y cuya alta reputación de juristas es reconocida, la regulación del pago de las indemnizaciones que estatuye la Ley 135, no hiere el ordenamiento de la Carta sobre expropiación por motivos de utilidad pública o interés social.

DECISION:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala

Plena— en ejercicio de la jurisdicción constitucional que consagra el artículo 214 de la Carta y de acuerdo en parte con el Procurador General de la Nación,

RESUELVE:

Declarar exequibles los artículos 3º, apartes a), d) e) y g), 4º, 8º, 12, 13, apartes a), b), c) y d), 14, 20, 22 a 28, 54, 62 y 74 de la Ley 135 de 1961.

Comuníquese al Presidente de la República, a los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Agricultura para los fines consiguientes.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente, previas las formalidades legales.

Samuel Barrientos Restrepo, Ramiro Araújo Grau, salvando el voto, *Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña,* salvo mi voto, *Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo,* salvo mi voto, *Arturo O. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Julián Uribe Cadavid, Luis Carlos Zambrano, Alejandro Camacho Latorre,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Carlos Peláez Trujillo.

Prescribe el artículo 62 de la ley acusada:

"Las tierras que adquiera el Instituto por compraventa voluntaria o expropiación las pagará así:

"1º Las incultas, en los Bonos Agrarios de la clase B que esta ley ordena emitir.

"2º Las inadecuadamente explotadas, en dinero efectivo. Un veinte por ciento (20%) del precio, pero sin exceder la cantidad de cien mil pesos ($ 100.000), se cubrirá en la fecha de la operación. El saldo se distribuirá en ocho contados anuales sucesivos de un valor igual, el primero de los cuales vencerá un año después de la misma fecha.

"De igual manera se pagarán las tierras explotadas por medio de pequeños arrendatarios, o de pequeños aparceros, cuando el propietario no participe en la explotación dirigiéndola y tomando a su cargo una parte de los gastos o de las operaciones de ella, y los fundos a que se refiere el ordinal 3) del artículo 55.

"3º Las no contempladas por los ordinales anteriores, en dinero efectivo. Un veinte por ciento (20%) del precio, pero sin exceder la cantidad de trescientos mil pesos ($ 300.000), se cubrirá en la fecha de la operación. El saldo se distribuirá en cinco contados anuales sucesivos de un valor igual, el primero de los cuales vencerá un año después de la misma fecha.

"El monto del pago que debe hacer el Instituto en el momento de celebrarse la operación, de conformidad con los ordinales 2) y 3) supra, se aumentará hasta setenta y cinco mil pesos ($ 75.000) y ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000), respectivamente, si el veinte por ciento (20%) allí señalado no alcanzare a estas sumas.

"El Instituto reconocerá intereses a la tasa del 4% anual sobre los saldos a su cargo en el caso del ordinal 2), y a la del 6% en el caso del ordinal 3) de este artículo. Tales intereses se pagarán por semestres vencidos.

"Las obligaciones a cargo del Instituto gozarán tanto en lo que respecta al capital como a los intereses, de la garantía del Estado, y podrán dividirse a petición del acreedor, en varios documentos de deber que no tendrán el carácter de instrumentos negociables de que trata la Ley 46 de 1923 ni se expedirán por sumas inferiores a cincuenta mil pesos ($ 50.000), pero que podrán ser cedidos y dados en garantía conforme a las disposiciones del Título XXV del Libro IV del Código Civil.

"El propietario de las tierras a que se refieren los mismos ordinales 2) y 3), tendrá derecho a que el Instituto, al celebrarse la operación, o en cualquier momento posterior, cancele el valor de ella o el saldo del crédito pendiente a su favor en Bonos Agrarios de la clase A computados a su valor nominal. Igual derecho tendrá la persona a cuyo favor hubiere cedido el crédito correspondiente".

La sentencia afirma la exequibilidad de esta norma legal con fundamento en que el artículo 10 del Acto legislativo número 1 de 1936 "introdujo a la Carta de 1886 una reforma de suma trascendencia: la *función social de la propiedad*, en beneficio común, origen de obligaciones a cargo del propietario y fruto del proceso de socialización del derecho, iniciado a mediados del siglo XIX y proseguido afanosamente al finalizar la primera guerra mundial".

Como lo entiende el fallo, el artículo 10 del Acto legislativo número 1 de 1936 regula la garantía que ofrece a la propiedad desde un doble punto de vista: el individual y el social. Ve en el dominio un *derecho subjetivo*, atributo de la persona humana que como tal se impone a los demás en el uso, goce y disposición de bienes materiales, por lo que no puede ser desconocido ni vulnerado por leyes posteriores a su consumación; pero al mismo tiempo, le asigna una *función social* en virtud de la cual el interés público prevalece sobre el privado o particular. La propiedad no es, evidentemente, conforme al estatuto, un derecho ilimitado, sino que está sujeto a

restricciones en obsequio del interés común; pero esas restricciones de ningún modo pueden llegar a su desconocimiento como derecho subjetivo, porque esta naturaleza se la reconoce inequívocamente la Carta.

He ahí por qué, no obstante los términos en que está redactado el inciso 2º del aludido artículo, el empleo de la fórmula "la propiedad es una función social", que el Constituyente tomó de Augusto Comte *(Systeme de politique positive)* y de León Duguit *(Las transformaciones generales del derecho privado)*, en manera alguna autoriza la radical conclusión de que con ella se "introdujo a la Carta de 1886 una reforma (...) fruto del proceso de socialización del derecho, iniciado a mediados del siglo XIX y proseguido afanosamente al finalizar la primera guerra mundial". Fuera así, si hubiera sido tomada con todo el contenido que se le adscribe en el sistema duguitiano de la propiedad. En éste el dominio no es un derecho subjetivo sino una *función* que debe ser protegida tan sólo en cuanto cumpla una finalidad de interés colectivo; como derecho subjetivo no merece protección alguna. Pero sucede que el Constituyente colombiano no recoge el concepto de *función social* en oposición al *derecho subjetivo*, sino que a ambos los eleva a la categoría de normas que se circunscriben pero que no pugnan, y que si se limitan recíprocamente no es en mayor grado que como hasta 1936 lo hacían los de derecho subjetivo y utilidad común. Los constituyentes de este último año mucho distaron de entender la función de la propiedad a la manera de Comte, Duguit y sus continuadores, quienes niegan el derecho a las cosas y sólo lo aceptan a su utilización en beneficio común, por lo cual el poseedor de la riqueza es considerado como un mero servidor de las necesidades sociales (un funcionario), sino que respetando los atributos jurídicos tradicionales o clásicos del dominio, sin embargo autoriza la restricción de su ejercicio por interés general, ni más ni menos que como lo establecía la fórmula del 86: si se prescinde, en efecto, de las obvias consecuencias que determina la diversa opinión sobre la naturaleza de la propiedad, atribuirle una función social no es distinto de establecer que "el interés privado deberá ceder al público". Los efectos de las dos fórmulas son los mismos desde el punto de vista de las restricciones, ya que la función social que la propiedad *tiene* (tanto la jurisprudencia de la Corte como la doctrina de los expositores están de acuerdo en que si el segundo inciso del artículo 30 de la Codificación Constitucional hubiera de ser entendido conforme a su tenor literal la norma sería contradictoria) opera precisamente mediante la prevalencia del interés social sobre el privado: cuando Trotabas, citado por Ripert *(Le déclin du droit)*, explica el proceso de socialización del derecho a que alude el fallo, no encuentra mejor manera de hacerlo que acudiendo a la idea de utilidad pública como cardinal en el movimiento propugnado por Duguit: "Hay una imagen complementaria que es necesario cada día más colocar al lado de la propiedad inviolable y sagrada, según el antiguo cartabón revolucionario: es la idea de la *utilidad pública*". En realidad, *tener una función social y ceder al interés general* no son sino medios expresivos distintos que denotan una misma acción: la de crear, mediante el concurso de todos pero sin llegar al sacrificio del derecho individual, las condiciones y medios necesarios para el desarrollo y perfeccionamiento armónico de la propia personalidad, en lo espiritual y material, esto es, la de promover el bien público. De ahí que el Ministro Darío Echandía, uno de los más inteligentes y autorizados comentaristas del artículo 30 de la Carta, expresara en el Senado al discutirse la reforma de 1936 que las dos fórmulas, la del 86 y la del 36, son del mismo contenido, si bien la primera supera a la segunda en precisión lógica y propiedad idiomática. No habría razón alguna, consiguientemente, para inferir de la de 1936 consecuencias que no estuvieran ya previstas en la de 1886.

Por lo demás, la misma norma fundamental se encarga de precisar la forma como actúa la propiedad en beneficio público. Pues que al dueño le incumben deberes con la sociedad, y por tanto su interés debe ceder al común en caso de conflicto, es claro que la ley puede imponer condiciones al dominio y restringir su ejercicio, y aún llegar al desapoderamiento en determinadas circunstancias; pero como, por otra parte, se trata de un derecho subjetivo que por ley posterior no se puede desconocer ni vulnerar, debe resarcirse el daño que con la aplicación de la ley nueva se cause, y en caso de desposesión, ejecutarse por el procedimiento expropiatorio, mediante sentencia judicial, y previa indemnización que no puede omitirse sino en casos excepcionales, por motivos de equidad. La prevalencia de la utilidad pública sobre el interés particular, que permite regulaciones restrictivas del ejercicio del derecho, e incluso el desapoderamiento del propietario, asegura que la propiedad se utilice con fines sociales o de beneficio común; pero cuando para ello se hace necesaria la transferencia de la cosa, la vía judicial garantiza la imparcialidad y la justicia en la solución del conflicto, y el resar-

cimiento, que viene a sutituir al bien expropiado, procura al dueño el medio de reemplazar al de que se le priva, con lo cual se evita el menoscabo de su patrimonio, que es lo que la Constitución se propone prevenir. El principio que rige a la expropiación, dentro de un sistema de respeto a los derechos subjetivos como el que impera en Colombia, es que el patrimonio del sujeto pasivo de esa acción judicial debe mantenerse inalterado económicamente; es decir, que si se permite la transformación del derecho de propiedad (de derecho sobre la cosa a derecho al precio) es a trueque de que el activo patrimonial no sea modificado en ningún caso. La Constitución restringe, así, el derecho de propiedad sobre determinados bienes, pero dispensa una amplísima protección al *patrimonio* en su conjunto. Lo que se halla de acuerdo con lo que expresa don José María Samper, coautor de la Constitución, cuando afirma: "Lo que el Estado puede irrespetar, por necesidad, es la *forma* de aquella propiedad, para darle aplicación beneficiosa al interés común; pero debe devolverla en *otra forma*, esto es, pagar su equivalente, *indemnizando su valor*. Y como no es justo que el propietario sea conjuntamente privado de la forma o cosa, y del valor, éste debe ser pagado *antes* de que se verifique la expropiación" *(Derecho público interno,* T. II, pág. 69). Los subrayados son de Samper.

El fallo se aparta, en mi opinión, del espíritu y texto del artículo 30 de la Constitución, en cuanto no deduciendo las consecuencias que obviamente surten de lo expuesto, se apoya en las siguientes premisas:

1. Dice la sentencia:

"El artículo 30 de la Carta no prescribe que la indemnización sea cubierta *en efectivo,* ni tampoco *de contado* (...) lo que dispone el texto es que sea *previa* (...) *Indemnización previa* es, primeramente, definición y reconocimiento del derecho del propietario, con anterioridad a la expropiación, de modo que no haya, por una parte, apropiaciones arbitrarias, y por otra, el dueño pueda contar desde entonces con bienes o valores comerciales, enajenables y ciertos, equivalentes al perjuicio causado (...). El concepto de indemnización por expropiación, no puede confundirse con el concepto de *precio* como prestación de la venta (...). La expropiación no es un contrato, no es una venta, ni siquiera forzada como la que se verifica en subasta pública en determinados casos; es una figura esencialmente distinta, de derecho público, enderezada al bien de la comunidad y en virtud de la cual, por motivos superiores, la Administración toma la propiedad particular, y como éstos genera un *daño* y no un *precio,* se satisface mediante una indemnización".

Si esta indemnización debe satisfacerse en dinero y de contado es cuestión que obviamente depende de lo que por indemnización se entienda; del contenido que se le adscriba al concepto. Para la Corte es solamente "definición y reconocimiento del derecho del propietario", por lo que piensa que basta que ese reconocimiento sea anterior a la expropiación para que el resarcimiento sea previo. No es precisamente ese, sin embargo, el significado con que el vocablo ha sido recibido gramatical y jurídicamente. La indemnización es el medio de dejar libre de daño (es decir, *indemne*) a quien sin ella resultaría perjudicado, y no parece muy exacto que un simple acto de reconocimiento del derecho por sí sólo produzca el efecto de colocar al damnificado en situación de *indemnidad.* Si Pedro por su culpa choca contra el automóvil de Pablo, y se lo destruye, no porque un juez haya pronunciado la sentencia que reconoce la existencia del perjuicio, y lo liquida y ordena repararlo, puede decirse que Pablo ha quedado indemne: Pedro puede no satisfacer la obligación o demorarla, con el resultado de que mientras no se consume el pago continuará sufriendo el perjuicio; nadie podría convencerlo de que la resolución judicial tiene por sí sóla la virtud de reemplazarle el vehículo de que se ve privado. Indemnización —dice por ello la Academia Española en las dos únicas acepciones que de ese concepto trae su diccionario— es "acción y efecto de indemnizar"; "cosa con que se indemniza" (Diccionario, decimoséptima edición). Si el artículo 30 de la Carta toma el voquible en su primera acepción, está diciendo claramente que para que la expropiación pueda realizarse deben cumplirse con anterioridad la *acción* de indemnizar y su *efecto;* ¿y cuál es este efecto? La situación de indemnidad, esto es, el "estado o situación del que está libre de padecer daño o perjuicio", como enseña, también, el Diccionario. Si en la segunda acepción, quiere decir que la "cosa con que se indemniza" debe ser entregada previamente. Desde cualquiera de los dos puntos de vista el daño debe estar reparado cuando se decrete la expropiación, y no de manera más o menos nominal o simbólica sino en forma efectiva, mediante el pago y la consumación del efecto correspondiente: la indemnidad. De lo contrario no se hablaría de *indemnización previa* sino de *fijación* o *determinación* o *liquidación previa* del perjuicio causado. Como muy claramente lo expresó quien sabía lo que decía tratándose de señalar el contenido de fórmulas jurídicas que había contribuido a ela-

borar y estudiar, el señor Samper, el valor del inmueble expropiado "debe ser pagado antes de que se verifique la expropiación". En lo cual coincide con la opinión de comentaristas de nuestro artículo 30 y de normas similares foráneas (Const. argentina, Art. 17; uruguaya, Art. 32) del rango de Copete Lizarralde ("El pago de la previa indemnización viene a ser en cierta forma el cumplimiento de la sentencia". *Lecciones de derecho constitucional,* Lerner, 1960, pág. 88), Sayagués Lasso. ("Si después de fijado el monto de la compensación la Administración expropiante demora el pago (...) se configura responsabilidad y habrá que indemnizar los perjuicios consiguientes". *Tratado de derecho administrativo,* Montevideo, 1959, T. II, 826), Bielsa. ("La transferencia de la propiedad no se opera hasta que el tribunal decide sobre el monto de la indemnización —comprendido en ella el valor de la cosa—, pues sólo entonces procede la consignación judicial con fuerza de pago". *Derecho administrativo,* Depalma, 1956, T. IV, 892), Linares Quintana. ("La indemnización ha de ser pagada antes de la ocupación del bien expropiado". *Tratado de la ciencia del derecho constitucional,* Alfa, 1956, T. IV, 2544), etc. ¿Podría citarse doctrinante o antecedente jurisprudencial que admitan la artificiosa distinción que hace el fallo entre *indemnización y pago?* Sólo es ella aceptable, en verdad, en el sentido de indemnización *nominal* e indemnización *efectiva* ¿por qué no se expresa así, claramente, la Corte...?), y es incuestionable que lo que la Constitución dispone no es que al expropiado se le reconozca nominalmente una indemnización sino que efectivamente la reciba.

2. Pero dice también la sentencia:

"*Créditos sin documento o con documento, o bonos,* son la contraprestación a cargo del Estado previamente satisfecha, porque ingresan desde un principio al patrimonio del expropiado, realizando así el resarcimiento previo".

Los créditos, cualquiera que sea el nombre con que se los distinga y la prueba con que se los acredite, son simplemente eso: *créditos,* es decir, *obligaciones,* y más propiamente, en este caso, títulos de *deuda* pública, lo que excluye que puedan ser considerados como la contraprestación *debida* por el Estado mientras no medie el consentimiento del acreedor. La que desde un principio ingresa al patrimonio de éste no es una especie de poder liberatorio absoluto, ni de valor fijo —salvo en relación con una unidad de cálculo, que es la moneda—, como la que demanda una compensación que mira a conservar inalterado aquel patrimonio, sino una de valor variable y que no es medio legal de pago. Las especies que el Estado emita no solamente van a comenzar a circular ya depreciadas —como casi siempre suele suceder con los títulos de deuda pública—, sino que incluso no podrá asegurarse que no están destinados a continuar envileciéndose a causa de fenómenos inflacionarios o de otra índole semejante, propios de una economía en desarrollo y consiguientemente inestable; y aún más, que no quede a voluntad del deudor redimir las obligaciones contraídas con moneda de igual valor nominal que la de la época de la tasación, pero de inferior valor adquisitivo, por el procedimiento de las emisiones y devaluaciones monetarias u otros medios que conducen a la depreciación del dinero, con que, por la alteración que al patrimonio del acreedor puede causar la satisfacción a plazo de la deuda, queda desnaturalizada la compensación como medio de dejar indemne al expropiado. Hasta tal punto esa depreciación puede ser causa de que se llegue a trocar la equidad por la iniquidad en la contraprestación, que hay países (la Argentina, uno de ellos) donde la ley prevé, para compensarlas, las diferencias que de la demora del procedimiento expropiatorio pueden resultar en la capacidad adquisitiva de la moneda entre el día de la tasación y el del pago, debidas a procesos económicos de distinto orden, pero sobre todo, a la actividad financiera del Estado y su incidencia sobre la corriente y mercado monetarios. Medidas de este cuño no hay duda que aseguran el cumplimiento de principios como el inmerso en el concepto de indemnización, y que por tanto hace parte de él, de que el activo patrimonial del expropiado no debe sufrir modificación; así como cualquier regulación encaminada a diferir el acto (resarcimiento) que coloque al expropiado en situación de procurarse otro bien como el de que se le desapodera, abre la posibilidad de que el envilecimiento de los medios de pago le obligue el día de la verdad a recibir apenas parte de su verdadero valor, por la relación que regularmente mantienen los precios entre sí, con lo cual su patrimonio se vería menoscabado no obstante la garantía constitucional de que así no habrá de ocurrir. Pero se arguye que puesto que los procesos económicos a que se ha hecho referencia producen mutaciones en los precios de toda clase de bienes, sin excluir el dinero, aunque la reparación se hiciera en esta última especie no por ello desaparecería la posibilidad de un detrimento económico para el expropiado acreedor. El busilis de la cuestión se halla, sin embargo, en que a diferencia de cualquiera otra

clase de bienes, el dinero es un medio de cambio polilateral que crea un poder general de compra, por lo cual el que lo posee está en capacidad de sustituirlo con otros bienes que reemplacen al de que se vio privado, cuando a bien lo tenga, y sin esperar una posible depreciación; mientras los créditos, por no ser medio legal de cambio, no dotan al poseedor de esa capacidad de compra que pudiera permitirle desprenderse de ellos fácilmente, por lo cual no depende de su voluntad evitar o padecer las consecuencias de un envilecimiento que incluso podría ser provocado deliberadamente (y por tanto inmoralmente), con la finalidad preconcebida de redimir un pasivo pendiente a bajo costo, por el propio deudor que tiene en sus manos la dirección y manejo de la política monetaria: el Estado.

¿Y qué decir de la rata fija de interés a los saldos que el Estado quedará debiendo por la expropiación de tierras de las clases b) y c)? Presupone ella, arbitrariamente, que los fundos encasillados en cierta clasificación tienen una productividad uniforme, e indica que cuando la tasa de utilidad que producen es superior a aquella rata, la diferencia queda sin compensar, o sea, que según la ley hay un daño que no se indemniza, contra el principio de que para que la reparación sea equitativa —y el concepto de equidad es inherente al de indemnización— debe ser *integral* en cuanto ha de comprender no solamente el precio sino cualquier perjuicio que con la expropiación se cause. El artículo 62 acusado es, por eso otro aspecto, violatorio además del artículo 34 de la Carta, puesto que por el sistema del interés fijo puede llegarse, y seguramente habrá de llegarse a la confiscación de parte de la utilidad o renta que devengaba el expropiado.

3. Decía la ponencia presentada a la consideración de la Corte, en proposición que si bien fue suprimida en la sentencia, sin embargo fue repetidas veces enunciada y tomada en cuenta en los debates, y aducida como argumento por los distinguidos juristas que dieron los conceptos a que se alude en la parte final del fallo:

"Si 'por razones de equidad' puede el legislador llegar al extremo de prescindir del resarcimiento —que es lo más—, de igual modo 'por razones de equidad' ha de tener la facultad de regular simplemente el pago —que es lo menos—, ya que ello no implica desconocimiento del perjuicio ni de la consiguiente reparación".

Ulrich Klug, citado por García Máynez en su (*Lógica del raciocinio jurídico,* Méjico, 1964, pág. 161), define el argumento a *maiore ad minus* como el en que, de un juicio universal afirmativo que hace de premisa, se infiere, a guisa de conclusión, otro particular afirmativo; o sea, que lo que vale de manera general, también vale para los casos especiales si en relación con ellos no se ha establecido excepción. No parece siquiera discutible que en el artículo 30 de la Carta la proposición universal afirmativa es que el desapoderamiento por expropiación requiere "indemnización previa", y que la particular, o exceptiva, es que en ciertos casos, determinados por el legislador, podrá prescindirse de dicha indemnización "por razones de equidad". De suerte que en el raciocinio arriba transcrito se razona a la inversa de como lo exige el orden lógico del argumento empleado, pues que en verdad se procede *a minore ad maius* en vez de *a maiore ad minus:* de la proposición particular se infiere la universal; de la existencia de potestad legislativa para disponer la expropiación sin resarcimiento en un caso particular que se presente tipificado por circunstancias especiales, de excepción ("por razones de equidad"), se sigue que la misma facultad tiene en todos los casos, cualesquiera que ellos sean y las circunstancias que los rodeen. No es dable desconocer que el argumento *a maiore ad minus* puede tener aplicación en el análisis del último inciso del artículo 30 y de la regla en él consignada, donde de la proposición: "el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización", general respecto de las demás que cabe suponer en ese mismo inciso se infiere la particular de que, también desde luego por razones de equidad, podrá ocurrir a la indemnización regulada. Es aquella una norma que reglamenta lo que frisa con ciertos casos especiales en que para no faltar a la equidad puede ser necesario prescindir de la indemnización, o al menos regularla o reducirla, por lo que si el legislador está autorizado expresamente para decretar expropiaciones sin resarcimiento, implícitamente lo está también, por los mismos motivos en que se funda aquella facultad, para ordenar una reparación con condiciones. Pero en forma alguna se sigue de ahí que la expresada potestad pueda extenderse a casos de otro orden, para los cuales no ha sido prevista, y que en consonancia con otras razones de equidad —que no son precisamente las que contempla el inciso cuarto— tienen establecido su propio régimen: el de indemnización previa. Si es equitativo que del monto de tasación de un inmueble expropiado para ejecutar una obra pública se deduzca la valorización que a causa de esa obra adquiere otro inmueble del mismo dueño, no lo sería la indemnización condicionada o reducida, por la expro-

piación, sin beneficio alguno para el dueño, de un fundo rural adecuadamente explotado. Lo que en el primer caso consulta la equidad, en el segundo la contraría; lo que en el un evento se halla conforme con los principios que rigen el inciso cuarto del artículo 30, en el otro vulnera los en que se inspira el inciso primero de la misma disposición.

Por lo demás, las "razones de equidad" de que habla el cuarto inciso mencionado suponen calificación legal, la que se echa menos en la ley, pues no puede confundirse con ellas a los motivos de orden social en que ésta se apoya.

He ahí las razones por las cuales, con respeto para la decisión de la Corte pero en desacuerdo con ella, salvo mi voto en lo que toca con la declaración de exequibilidad del artículo 62 del mencionado estatuto.

Fecha ut supra.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña.

Desde luego, suscribo el salvamento de voto del Magistrado doctor Carlos Peláez Trujillo, en cuanto concierne a la manifiesta inconstitucionalidad del artículo 62 de la Ley 135 de 1961, que viene a romper según la nueva doctrina del fallo, toda la tradición jurídica en relación con el artículo 30 de la Carta, porque el pago efectivo no puede realizarse con la emisión de otras obligaciones, sino mediante valores de poder liberatorio indefinido; asimismo, tampoco puede aceptarse que una excepción, como la consagrada en el último inciso del artículo citado se convierta en regla general, cuando solamente tiene la finalidad de evitar un enriquecimiento sin causa por medio de las obras adelantadas por el Estado que valorizan propiedades privadas.

Además, en cuanto atañe a las funciones adscritas al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, me permito hacer estas breves observaciones.

El Constituyente no sólo determina la relativa separación de las distintas ramas del Poder Público, en el artículo 55, sino que en el 2º prescribe que "se ejercerán en los términos que esta Constitución establece"; y en efecto, dentro de las ramas del Poder Público, existe un ordenado señalamiento de las funciones que deben desempeñar los empleados o funcionarios, en forma tal, por ejemplo, que la Cámara de Representantes tiene atribuciones privativas que no pueden ser compartidas con el Senado. El Presidente de la República también tiene adscritas determinadas actividades, en forma exclusiva como la designación de Ministros y Jefes de los Departamentos Administrativos etc., etc.; y lo mismo sucede con el Procurador General de la Nación, el Contralor, etc., sin que una ley ordinaria pueda modificar las atribuciones señaladas en la Carta.

La Carta, expresamente, para atender a la Administración Pública, se refiere a los organismos llamados Ministerios y Departamentos Administrativos, pero nada dice en forma directa en cuanto concierne a la descentralización administrativa por servicios, distinta de la meramente territorial. Sin embargo, en forma indirecta, autoriza la creación de establecimientos públicos o personas administrativas autónomas, para dar cumplida satisfacción a determinadas necesidades comunes de carácter cultural, económico y de beneficencia.

El numeral 10 del artículo 76 de la Constitución, invocado en la sentencia, se señala como atribución del Congreso la de "regular el servicio público, determinando los puntos de que tratan los artículos 62 y 132 y las demás prescripciones constitucionales". Los artículos 62 y 132 no tienen relación especial con los servicios descentralizados o con los llamados establecimientos públicos, pero habría que acudir a otros preceptos que tengan alguna relación con esta clase de actividades si no en forma directa, cuando menos por mera referencia.

Así, el artículo 16 dispone que las autoridades de la República están instituidas "...para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

El artículo 32, más explícito y claro agrega: "El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho".

Esta intervención del Estado no puede hacerse en forma negativa con prohibiciones ni en forma meramente pasiva, sino que debe intervenir activamente prestando los servicios necesarios para el bien común, que cumple o puede cumplir por medio de los servicios descentralizados como el Instituto Nacional de Abastecimientos, la Empresa Colombiana de Petróleos, el Banco Central

Hipotecario, la Caja de Crédito Agrario y Minero, el Banco Popular, etc., etc., éstos tres últimos para cubrir las tres modalidades del crédito, hipotecario, prendario y personal. Finalmente el artículo 64 indirectamente se refiere a los servicios descentralizados, cuando dice: "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o *de empresas o instituciones en que tenga parte principal* el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes..." (Subrayo).

La disposición transcrita ya hace diferencia entre empresas o instituciones, para significar, con la primera, a la socialización de intereses económicos, al paso que con la segunda se refiere a las actividades culturales o de beneficencia, etc., encomendadas a esta clase de personas administrativas descentralizadas.

Las actividades del Estado, en cuanto a la administración pública, se desarrollan mediante actos administrativos encaminados a crear situaciones de derecho de carácter objetivo o general y subjetivo o personal, como también a hechos u operaciones administrativas.

Las operaciones administrativas son el objeto de los servicios descentralizados de carácter económico, por cuanto tienen el fin de satisfacer determinadas necesidades materiales de los ciudadanos, vale decir, de los usuarios del servicio, como sucede con las entidades de crédito antes citadas, los ferrocarriles y todas las demás empresas que dependen del Estado o de los departamentos y municipios.

Mediante el artículo 2º de la Ley 135 de 1961 se creó, como empresa descentralizada o persona administrativa autónoma, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; pero se le adscribieron no solo actividades de carácter económico, según su finalidad, sino también el cumplimiento de actos administrativos o jurídicos, de la privativa competencia de los respectivos ministerios, como la reserva de baldíos, su adjudicación, la extinción del dominio, etc., etc.

Tan evidente resulta que estas funciones no podían encomendarse a una persona jurídica o servicio descentralizado, sino que competen al respectivo ministerio, como lo expone el mismo Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, que en la página 7 del informe de actividades de 1962, dice: "Administración de baldíos. En el orden de realizaciones, una vez efectuada la organización administrativa y reclutado el personal básico, lo primero que hizo el Instituto fue incorporar la División de Baldíos del Ministerio de Agricultura, en cumplimiento de la Ley 135 de 1961 que le adscribió al Incora esas funciones".

En la misma publicación se lee: "Aplicación de la Ley 200. La búsqueda de tierras en primer término disponibles para la ejecución de la reforma agraria, y el cumplimiento de las disposiciones pertinentes de la Ley 135 —en cuanto aludió a la Ley 200 de 1936— llevó al Instituto a abrir la inscripción de predios de propiedad privada con área superior a las 2.000 hectáreas, registro que concluyó el 12 de agosto del año pasado y en el cual los propietarios denunciaron fundos de esta clase, con una superficie conjunta superior a los ocho (8) millones de hectáreas.

"Concluido este censo, se abrió para el Instituto la realización de varias tareas:

a) Investigación en los registros catastrales, con la finalidad de establecer cuáles predios de las condiciones dichas habían sido dejados de declarar;

b) Examen de exactitud de los datos suministrados por los declarantes, en particular lo que hace a la legitimidad de su dominio y a la situación económica de las explotaciones;

c) Igual examen para las fincas no declaradas, y

d) Iniciación de los reconocimientos previos y de los procesos jurídicos conducentes a ordenar la extinción del dominio privado sobre las tierras que no hayan sido objeto de explotación económica, según los términos de la Ley 200.

"En el camino de establecer qué fincas pueden ser susceptibles de reversión al Estado, se han efectuado innumerables reconocimientos sobre el terreno para determinar el estado de explotación, su posesión por el propietario o la presencia de ocupantes de hecho, arrendatarios, etc. Como resultado de ese trabajo previo, en el cual se ha dado prelación a los fundos ubicados en zonas de fácil utilización agropecuaria y donde existen problemas sociales originados en la tenencia y distribución de la propiedad, se ha iniciado un sinnúmero de procesos enderezados a la declaratoria de extinción del dominio privado sobre más de un millón de hectáreas. Como primera consecuencia, el Incora ha dictado ya cuatro resoluciones de esa índole, que afectan propiedades por un área conjunta superior a las 18.000 hectáreas. Tres de esas resoluciones recibieron ya la aprobación de usted, señor Presidente. Muchos procesos de la misma especie están prácticamente concluidos

y pendientes tan sólo de la verificación de algunos detalles.

"Debe hacerse hincapié aquí sobre el hecho de que las citadas resoluciones de extinción del dominio son las primeras que se dictan en el país, 26 años después de haber sido expedida la Ley 200". (Página 8 ib.).

Todas las funciones adscritas en orden a la reserva de los baldíos, su adjudicación y a las declaraciones sobre extinción del dominio son propias de los ministerios o de los departamentos administrativos, que la ley no podía adscribir a un servicio económico descentralizado, pues tal función compete exclusivamente al Presidente de la República según el artículo 132 en cuyo inciso 2º preceptúa: La distribución de los negocios, según sus afinidades, dentro de los Ministerios y los Departamentos Administrativos, corresponde al Presidente de la República.

En cuanto se concedió al Incora facultad para que, mediante resoluciones, reglamentara la Ley 135, violó el numeral 3º del artículo 120 que confiere al Presidente la potestad reglamentaria.

No debe perderse de vista, para poner en evidencia la inexequibilidad de las atribuciones conferidas al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, que esta entidad determina el derecho objetivo mediante reglamentos, conforme al cual inventa las pruebas y, por fin, decide las controversias con los particulares; en una palabra, legisla y hace las veces de juez y parte, con manifiesta violación del artículo 55 de la Carta, que quiere evitar la concentración de poderes en una misma persona y, en este caso, en un servicio de carácter económico descentralizado.

El que posteriormente el Presidente suscriba las resoluciones que dicta el Incora, tampoco sanea el vicio de inexequibilidad, porque la Constitución no le adscribe al Presidente de la República la aprobación de los actos de las personas administrativas descentralizadas, o sea, el Gobierno no se integra en tal forma, sino como lo dice el artículo 57 de la Carta: "El Presidente de la República y los Ministros del Despacho o los Jefes de Departamentos Administrativos, y en cada negocio particular el Presidente y el Ministro o el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, constituyen el Gobierno.

"Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se constituyen responsables".

En conclusión, ni el Gerente del Incora ni la Junta Directiva que aprueba o revisa sus proyectos, tienen la calidad de ministros o de jefes de un departamento administrativo, pues el artículo 2º de la Ley la consagró como persona jurídica descentralizada.

Tampoco puede objetarse que, según el numeral 24 del artículo 76 de la Constitución, corresponde al Congreso resolver lo relacionado con la limitación y regulación de la adjudicación de los baldíos, porque esta función debe cumplirla el Congreso directamente, mediante leyes, no a través de resoluciones de una entidad descentralizada como el Incora, ya que la disposición constitucional reza:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes.

"Por *medio de ellas* ejerce las siguientes atribuciones:

"24. Limitar o regular la apropiación o adjudicación de tierras baldías".

Por medio de la Ley 135 de 1961, el Congreso no ha limitado o regulado la apropiación o adjudicación de tierras baldías, sino que *delegó* tal facultad en una persona jurídica descentralizada, con evidente violación del citado numeral.

¿Podría el Congreso encomendar a un servicio descentralizado o a un Establecimiento Público alguna de las otras funciones señaladas en el artículo 76, por ejemplo, interpretar, reformar y derogar las leyes, reformar los códigos, dictar normas sobre el presupuesto, dictar los propios reglamentos del Congreso, etc., etc.? Claro que no, porque el Congreso no puede despojarse ni delegar sus atribuciones constitucionales, como tampoco puede despojar a otros funcionarios de atribuciones semejantes.

El inciso del aparte a) del artículo 3º de la ley acusada dice:

"Compete igualmente al Instituto, a nombre del Estado, ejercitar las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías o incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fueron adjudicadas, lo mismo que adelantar las diligencias y dictar las resoluciones sobre extinción del derecho de dominio privado de que trata el artículo 6º de la Ley 200 de 1936".

Este inciso, además de violar las disposiciones constitucionales antes citadas, arrebata o despoja al Procurador General de la Nación de las atribuciones que le confiere el artículo 143 de la Carta, que le adscribe la representación de la Nación para defender sus intereses, vale decir, para ejercitar las acciones pertinentes.

Tampoco sirve de argumento, para defender de tal vicio la disposición transcrita, el hecho de que la misma ley crea los Procuradores Agrarios, porque, en primer lugar, no excluye o deroga o contradice la facultad del Incora de "ejercitar las acciones y tomar las medidas que correspondan conforme a las leyes en los casos de indebida apropiación de tierras baldías, etc. ...", y porque, tales funcionarios tienen atribuciones señaladas en la misma ley, en forma independiente a las del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Todas las demás atribuciones de carácter técnico y simplemente económico, claro está que casan con la finalidad de un establecimiento público como el Incora: construcción de vías de penetración, reforestación, avenamiento, etc., y todas las demás operaciones administrativas que conllevan la prestación de un servicio material para satisfacer necesidades del mismo género.

Para terminar esta cuestión, cabe anotar que la justicia administrativa debe ser impartida por los órganos del Estado, que no tienen, según su estructura jurídica, la calidad de personas jurídicas, o sea, son actos administrativos que no se pueden delegar en establecimientos descentralizados.

Para apoyar estas modestas observaciones, me parece oportuno invocar la autoridad del profesor austriaco Hans Kelsen, quien en su obra "Teoría del Derecho y del Estado", segunda edición, Méjico, en la página 324 dice:

"Los órganos del Poder 'Ejecutivo' desempeñan frecuentemente la misma función que los tribunales. La administración pública se basa en el derecho administrativo, así como la jurisdicción de los tribunales se basa en el civil y en el penal. En realidad, el derecho administrativo, que se desarrolló con posterioridad al civil y al penal, tiene más bien el carácter de derecho legislado que el de derecho consuetudinario. El fundamento jurídico de la administración pública está constituido por las leyes administrativas. Como la civil y la penal, la administrativa trata de provocar un determinado comportamiento, enlazando un acto coercitivo, o sanción administrativa, a la conducta contraria, es decir, al acto antijurídico administrativo".

Un poco más adelante, desarrollando las mismas ideas básicas, dice el profesor citado:

"...La ejecución de esas leyes administrativas se encomienda, de acuerdo con muchos ordenamientos jurídicos, a las demás autoridades administrativas, esto es, a órganos que no son designados como tribunales porque no pertenecen al cuerpo de funcionarios que convencionalmente se llama poder judicial. Sólo las autoridades administrativas tienen competencia para hacer efectivas esas leyes; sólo ellas son las llamadas a establecer si una violación administrativa ha sido cometida, y únicamente ellas están facultadas para imponer la sanción administrativa. Esta función de los órganos administrativos es exactamente igual a la de los tribunales, aun cuando la última se llame 'judicial' y la primera se denomine 'ejecutiva' o 'administrativa'. Los casos resueltos por los órganos administrativos tienen el mismo carácter que los resueltos por los tribunales civiles o penales. Inclusive pueden ser considerados como controversias...".

De acuerdo con lo expuesto, pugna con los principios constitucionales que se haya atribuido al Incora, por ejemplo, competencia para la declaración de la extinción del dominio, atribución que corresponde a determinados órganos de la administración del Estado; pero que no se pueden confiar a una "persona jurídica o Establecimiento Público" que no puede ejercer funciones distintas a las que competen a una persona particular. No sería de recibo, dentro de este orden de ideas, que se adscribiera a la Empresa Colombiana de Petróleos el conocimiento de las propuestas para la explotación de fuentes de petróleo, o para la concesión de los respectivos permisos, o para declarar la caducidad de los contratos o la preferencia o prelación entre distintas propuestas, etc. Si así fuera, pronto los órganos creados por la Constitución, Ministerios y Departamentos Administrativos, quedarían sin funciones.

Por último, también considero inconstitucional la integración de la Junta Directiva con "dos Senadores y dos Representantes elegidos por las Cámaras respectivas...", por estas razones:

a) De acuerdo con el artículo 20 de la Carta, en armonía con el 76 *ibídem,* el Congreso no tiene facultad de designar a sus miembros como elementos integrantes de las juntas directivas de los servicios públicos descentralizados, pues no está mencionada en la enumeración taxativa del último artículo.

b) El artículo 78 prohibe al Congreso y a cada una de sus Cámaras: "...2º Inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros poderes"; y no puede remitirse a duda que una manera de inmiscuirse en los asuntos administrativos, de la privativa competencia del Organo Ejecutivo, consiste en designar miembros de su seno para que formen parte de las Juntas Directivas de los servicios descentralizados.

c) El artículo 72 de la Carta, en forma excepcional, autoriza en forma expresa al legislador para "organizar comisiones permanentes del seno del Congreso" para estudiar, durante el receso, los negocios pendientes de la legislatura anterior.

d) Si la presencia de Senadores y Representantes es admisible en la Junta Directiva del Incora, también lo sería en las de los demás establecimientos públicos descentralizados, como en los bancos oficiales, Empresa Colombiana de Petróleos, Instituto Nacional de Abastecimientos, etc., etc., y aún en los propios ministerios; sin embargo tal conclusión resulta a todas luces inadmisible aun cuando tales cargos fueran desempeñados ad honorem.

En los términos precedentes dejo expuestas algunas de las razones de mi disentimiento con la sentencia que declara exequibles todas las disposiciones acusadas.

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Ramiro Araújo Grau.

Para redactar mi salvamento de voto respecto a la sentencia que declaró la exequibilidad de las disposiciones acusadas de la Ley 135 de 1961, sobre "reforma social agraria", he recibido el texto de dicha providencia junto con los salvamentos de voto de los doctores Carlos Peláez Trujillo y Efrén Osejo Peña. El primero versa sobre el artículo 62 de la ley, que trata de la manera de pagar las tierras expropiadas, y en él encuentro expuesta la substancia de las consideraciones que hice durante las discusiones del proyecto para sustentar la inconstitucionalidad de dicho precepto, por lo cual me adhiero a él. No tendría objeto repetir las mismas ideas en versión distinta, que acaso resultara menos elegante y precisa.

En cuanto al segundo salvamento, comparto la casi totalidad de lo esencial de sus tesis, si bien ciertas diferencias de matices me obligan a hacer una motivación propia. Va a continuación.

Prescindiendo de considerar la justeza de la fundamentación que da la sentencia a la constitucionalidad de los establecimientos públicos de la clase de la Universidad Nacional, los Ferrocarriles Nacionales y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, ejemplificados en la misma, y de si sale o no airosa en el manejo de la noción de servicio público, que en la Carta no tiene un significado unívoco (como tampoco lo tiene en la propia doctrina y jurisprudencia francesas) y que está siendo sometida a un proceso de severa crítica por la doctrina más reciente (véase Vedel: "Droit Administratif", Fraga: "Derecho Administrativo", Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", Vidal Perdomo: "Derecho Administrativo General"), debe observarse, ante todo, que no es legítima la deducción que hace la sentencia de la constitucionalidad del Incora, partiendo de la constitucionalidad de los establecimientos públicos de la categoría de los anotados, que, por lo demás, corresponden a la noción que de ellos suministra la doctrina clásica. Porque, sencillamente, el Incora, erigido por la ley como establecimiento público, no es de la misma especie o categoría de los antes aludidos. Estos tienen como objetivos la prestación de verdaderos *servicios* a usuarios individualmente considerados, a cuyo beneficio están directa e inmediatamente dirigidos. Y son servicios bien concretos: (transportes, enseñanza, crédito). En cambio el Incora está llamado a desempeñar una diversidad de actividades, la gran mayoría de ellas eminentemente jurídicas, como la expropiación de tierras y la extinción del dominio privado, en las cuales es bien difícil ver la prestación de un servicio en el sentido de la expresión antes anotada. Además las finalidades del Incora, tal como están formuladas en la propia ley, dicen relación a la ejecución de una vasta política sobre tenencia de la tierra de incalculables repercusiones en la vida económica y social del país y cuya puesta en marcha, afectando estrechamente al Imperium del Estado, entraña la realización de actos de los que normalmente deben quedar dentro de la esfera ordinaria del Gobierno, constituido por el Presidente y los Ministros o los Jefes de Departamentos Administrativos, responsables constitucionalmente de sus respectivas gestiones. Pero las complejas y ponderosas actividades del Incora salen de la esfera inmediata del Gobierno, pues si éste tiene en la Junta Directiva, supremo organismo del Instituto, diversos representantes, entre ellos dos Ministros, no lo es menos que el impulso lo da la Junta, por lo que en un momento dado no podría el Gobierno conseguir que se adoptaran, de inmediato, a plazo corto, determinadas medidas que considerara de importancia capital dentro de una política general económica o social. Sin que sea lícito alegar, en contra de lo expresado, el hecho de que compete al Gobierno la aprobación definitiva de ciertas prescindencias concretas, como la que decida sobre la extinción del dominio privado de un predio; pues es ésta tan solo, en el fondo, una facultad de veto, no una atribución de iniciativas, todas las cuales quedan dentro de la órbita de la Junta Directiva. Tampoco vale argüir que el Gerente es de libre nombramiento y remoción del Presidente, ya que, aparte de que él solo no

dirige el Instituto, esa facultad en definitiva también cae dentro del género del veto.

Ahora bien, por la propia naturaleza de nuestro sistema constitucional presidencial es imposible, sin desnaturalizarlo, que el desarrollo de una política general sobre tenencia de la tierra, como la que se le ha señalado como meta al Incora, esté fuera del impulso y control directo del Gobierno. Para el desarrollo de una tal política es preciso utilizar los organismos que la Constitución prevé al efecto: la Presidencia, los Ministerios, los Departamentos Administrativos. Cierto que la Carta no entra en detalles sobre las funciones de estos dos últimos, pero cae de su peso que al hacer a sus jefes elementos integrantes del Gobierno, les está adscribiendo las tareas en las que se traduce en la práctica la realización de los fines propios de la Rama Ejecutiva; tareas cuya ejecución corresponde a cada uno de dichos organismos según resulte, en principio, del nombre con que el legislador los haya creado, sin perjuicio del ejercicio de la facultad de adscribirles competencia que al Presidente le reconoce el artículo 132 de la Carta.

La tesis implícita en la sentencia, de que a un establecimiento público, por el sólo hecho de serlo, se le pueden conferir toda clase de funciones, aunque éstas no respondan a la noción de servicio público en su sentido genuino, puede conducir en la práctica a la desvirtuación paulatina de nuestro régimen constitucional presidencial, con sólo que el legislador decida ir creando establecimientos públicos a los que les vaya transfiriendo funciones de las que ordinariamente competen al Gobierno. Se iría instaurando algo así como un régimen corporativo, de Ejecutivo bien debilitado, que no podría ufanarse de determinadas realizaciones, pero que, en cambio, resultaría ante la opinión pública como responsable de los entuertos que durante su mandato se ocasionaran. En todo caso sería incompatible con las líneas generales constitucionales de nuestro actual sistema gubernamental.

De todo lo expuesto resulta que la inexequibilidad de los preceptos acusados de la Ley 135 de 1961 que atribuyen ciertas funciones al Incora, deriva de la inconstitucionalidad que afecta a la existencia de éste como organismo con facultades que competen al Gobierno. Es verdad que no se acusaron las disposiciones de la ley que crean y organizan el Instituto, pero no lo es menos que es imposible examinar la exequibilidad de determinadas funciones de un organismo oficial con prescindencia de la exequibilidad de las disposiciones que lo hayan creado. Tan cierto es esto que la sentencia se vio obligada a intentar darle un piso constitucional al Incora, antes de estudiar la exequibilidad de los textos acusados en la demanda.

Los preceptos constitucionales infringidos son los que organizan nuestro régimen presidencial, entre los que figuran los que crean los ministerios y departamentos administrativos con jefes responsables que integran el Gobierno.

Finalmente cabe anotar que la justificación que ha dado la jurisprudencia de la Corte a los establecimientos públicos radica en la posibilidad de "agilizar y comercializar determinadas actividades o servicios públicos, como la empresa de transportes por los ferrocarriles" (Sala Plena, marzo 17/42, citada en la sentencia), pero esas finalidades no casan con las numerosas y delicadas funciones atribuidas al Incora, muy pocas de las cuales son susceptibles de esa agilización y comercialización. Por el contrario el cúmulo y diversidad de funciones del Instituto es tal que resulta bien difícil justificar su existencia como elemento agilizador de la administración, y, sobre todo, no se alcanza a comprender por qué todo ese complejo de atribuciones no pudo quedar bajo la gestión de un departamento administrativo especial, siendo así que un tal organismo sí está explícitamente creado en la Carta, y los establecimientos públicos, en cambio, apenas sí se les puede considerar "aludidos", como se afirma en la sentencia.

En síntesis, considero inexequibles todas las disposiciones acusadas en la demanda que confieren al Incora funciones que por su naturaleza deben corresponder al Gobierno dentro del actual régimen constitucional presidencial, por violar los textos de la Carta que consagran dicho régimen.

Fecha ut supra.

LA CORTE DECLARA INEXEQUIBLES LOS ARTICULOS 2º y 3º DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE ORDENA LA EJECUCION DE UNAS OBRAS EN LOS MUNICIPIOS DE SANTANDER DE QUILICHAO Y CALDONO, DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA, EN HONOR DEL MAYOR FABRICIO CABRERA"

Fundadas objeciones del Gobierno al proyecto citado, por contrariar la norma contenida en el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional. ¿A qué obedecieron las normas consagradas en los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta? Adopción previa de planes y programas para la expedición de leyes destinadas al fomento de empresas útiles y dignas de ser estimuladas y apoyadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PLENA

Bogotá, diciembre 15 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

En mensaje número 44454 del 26 de septiembre de 1963 el Gobierno objetó parcialmente, "por inconstitucionalidad e inconveniencia", los artículos 2º y 3º del proyecto de ley "por la cual se ordena la ejecución de unas obras en los Municipios de Santander de Quilichao y Caldono, del Departamento del Cauca, en honor del Mayor Fabricio Cabrera".

El Congreso, previo estudio de las objeciones, las declaró infundadas y le impartió de nuevo su aprobación al proyecto, expresando así su voluntad de que se convierta en ley de la República. En tal virtud, aquél fue enviado a la Corte con sus antecedentes, para que, conforme al artículo 90 de la Constitución Nacional, decida sobre su exequibilidad.

CONTENIDO DEL PROYECTO

Después de expresar el artículo 1º que el Congreso se asocia al duelo que embarga a las ciudades de Santander de Quilichao y Caldono por la prematura muerte del ilustre Capitán del aire Mayor Fabricio Cabrera Orozco, el artículo 2º dispone que, como homenaje al Departamento del Cauca y en especial a los nombrados municipios, se destina la suma de un millón de pesos para la construcción de las siguientes obras:

"En Caldono: ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000), para la construcción del templo parroquial. Cien mil pesos ($ 100.000), para la reparación de la Casa Municipal. Cien mil pesos ($ 100.000), para la terminación de la construcción de la Escuela Técnica de Artes Domésticos del corregimiento de Pescador en el Municipio de Caldono.

"En Santander de Quilichao: doscientos mil pesos ($ 200.000), para terminar la construcción del estadio 'Fabricio Cabrera'. Ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000), para la construcción del Hotel de Turismo. Doscientos mil pesos ($ 200.000), para la compra y reforestación de la Hoya Hidrográfica del río Quilichao. Cien mil pesos ($ 100.000), para la canalización del río Quilichao y construcción de la Avenida donde se colocará un busto del Mayor Cabrera".

Dice el artículo 3º que "al iniciarse la ejecución de la presente Ley, los municipios llenarán los requisitos a que se refiere la Ley 71 de 1946". Ordena finalmente el artículo 4º que la Ley rija desde su sanción.

LAS OBJECIONES

Se fundan en estas razones:

"La Constitución Nacional consagra la planeación como sistema de carácter obligatorio para todas las obras públicas nacionales que

hayan de emprenderse o continuarse, debiendo el legislador expedir los planes correspondientes a fin de que se llenen los requisitos que justifiquen la cooperación de la Nación. La Ley 71 de 1946 que desarrolla el numeral 20 del artículo 76 de la Carta, determina los requisitos del proyecto cuando trate de obtener el apoyo nacional, los cuales no se cumplen en este caso, contrariando el principio constitucional. Si los proyectos no se sujetan a planes y programas previos, como lo ha reiterado la honorable Corte Suprema de Justicia, la voluntad del constituyente resultaría ineficaz si se admitiera un criterio diferente. El Gobierno entiende que la norma constitucional envuelve un mandato de naturaleza superior, según el cual sólo es posible decretar auxilios, tendientes a fomentar empresas útiles o benéficas, siempre que previamente sean expedidos los planes y programas reguladores de la materia, y que la ausencia de ellos no significa que se puedan decretar auxilios sin sujeción a plan alguno, porque admitirlo podría consagrar la inoperancia del sistema cuya finalidad obedece a un criteriro de racionalización y de conveniencia nacional.

"De las consideraciones anteriores se deduce su inconveniencia, pues se crean obligaciones a la Nación sin otorgarle al mismo tiempo los recursos necesarios para su cumplimiento.

"Los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1946 deben ser satisfechos previamente y no 'al iniciarse la ejecución de la Ley' ".

RECHAZO DE LAS OBJECIONES

En lo pertinente, la Comisión del Senado encargada de estudiar las objeciones del Gobierno dijo en su informe:

"No es inconstitucional por cuanto el artículo tercero dice: 'Al iniciarse la ejecución de la presente Ley, los municipios llenarán los requisitos a que se refiere la Ley 71 de 1946'. El término 'al iniciarse' que se emplea en el proyecto debe interpretarse en el sentido de que no se puede iniciar la ejecución de las obras mencionadas sin antes cumplir los requisitos que exige la citada ley; luego la misma ley exige esos requisitos y si los exige no se puede pensar en que trata de violarlos, por el contrario el proyecto de ley ha previsto ese requisito constitucional.

"Lo anteriormente anotado se confirma con el artículo 7º de la misma ley que dice: 'en todos los casos de fomento a que se refieren los artículos anteriores el Gobierno tendrá fiscalización y vigilancia en lo relacionado con la inversión...'.

"Eso nos hace pensar que tampoco se viola la Constitución por cuanto hay vigilancia y fiscalización del Gobierno y sería una inconsecuencia pensar que existiendo control directo se viole la Constitución".

Con fundamento en tales consideraciones, la Comisión concluye que son infundadas las objeciones del Gobierno al referido proyecto. (Fs. 23 y 24).

El informe que precede fue plenamente compartido, en su oportunidad, por la Comisión IV Constitucional de la Cámara de Representantes. (Fs. 10 y 11).

CONCEPTO DEL PROCURADOR

La opinión del Procurador General de la Nación sobre la materia que a la Corte compete decidir, es susceptible de compendiarse así:

Es evidente que las obras previstas en el artículo 2º del proyecto constituyen empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación. Como tales fueron consideradas obras de esa naturaleza por el artículo 1º de la Ley 71 de 1946.

Ciertamente corresponde al Congreso hacer las leyes, y por medio de ellas ejerce, entre otras, la atribución que le señala el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta: "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo"; pero ha de hacerlo —como reza el mismo texto constitucional— "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

"La Ley 71 de 1946 desarrolló el ordinal de que viene hablándose; y dispuso perentoriamente que para que pudieran fomentarse estas empresas útiles o benéficas respecto de las cuales adoptaba planes, el proyecto que persiga el apoyo nacional deberá presentarse con la documentación que acredite los programas de las respectivas obras. Los artículos 2º y 5º de la citada Ley detallan la documentación que debe acompañar al respectivo proyecto de ley, y en el caso actual dicha documentación está totalmente ausente".

El requisito constitucional de la existencia de planes y programas previos "tiene que hacer relación al ejercicio por el legislador de su atribución de fomentar esta clase de empresas, no a la posterior ejecución de la ley que se dicte sin el lleno de estos requisitos". Así lo interpretó el propio legislador al desarrollar el citado ordinal 20, "toda vez que en forma muy explícita exigió que cuando se trate de esta clase de fomento *'el proyecto* que persiga el apoyo nacional *deberá presentarse* acompañado de los siguientes documentos', detallándolos a continuación en el mismo artículo 2º y en el 5º".

"En consecuencia, debe admitirse que el proyecto de auxilios a los Municipios de Caldono y Santander de Quilichao no se acomoda a los requisitos exigidos por la referida Ley 71; y siendo ello así y no estando comprobado que existen programas sobre las obras proyectadas, no solamente se desconocen las normas de la Ley 71 sino que, como lo ha expresado la honorable Corte Suprema de Justicia en casos iguales al actual, se viola la Constitución Nacional puesto que el Congreso hace uso de una atribución condicionada para su válido ejercicio a la sujeción estricta de planes y programas, sin que estos existan y sin que, por tanto, se cumpla la condición exigida por la Carta para el legítimo ejercicio de la atribución que ella misma otorga a las Cámaras Legislativas".

Consecuente con el criterio expuesto, el Procurador concluye que, por infringir el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, son inexequibles los artículos 2º y 3º del proyecto.

SE CONSIDERA:

1. Las normas consagradas en los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta, relativas al fomento de la economía nacional, al adelantamiento y continuación de las obras públicas y al fomento de empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, obedecieron a la necesidad fundamental de estructurar sobre la materia una política coherente, encauzando las iniciativas de progreso a través de un plan metódico y armónico que consulte los intereses de la comunidad, evite los esfuerzos paralelos del Estado e impida el empleo superfluo o equivocado de los fondos públicos.

2. Conforme al citado numeral 20 del artículo 76 el Congreso tiene la atribución de "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con arreglo a los planes y programas correspondientes". Pero no se trata de una atribución omnímoda, sino subordinada a una exigencia previa: La adopción de planes y programas. Fue así como, en desarrollo de esa previsión del Constituyente, se dictó la Ley 71 de 1946, cuyos artículos 2º y 5º detallaron los requisitos especiales que debían cumplirse para la expedición de leyes destinadas al fomento de empresas útiles dignas de ser estimuladas y apoyadas.

3. Esos requisitos —como lo reconocen las comisiones parlamentarias que estudiaron las objeciones del Gobierno— no se cumplieron al expedirse el proyecto de ley que ahora ocupa la atención de la Corte, a pesar de que por entonces se hallaba vigente en su integridad la Ley 71 de 1946, derogada sólo posteriormente por el artículo 138 del Decreto extraordinario número 1675 del 14 de julio de 1964, sobre normas orgánicas del Presupuesto Nacional.

4. El legislador creyó salvar en este caso la exigencia constitucional relativa a los planes y programas disponiendo en el artículo 3º del proyecto que "al iniciarse la ejecución de la presente Ley, los municipios llenarán los requisitos a que se refiere la Ley 71 de 1946". Se observa, sin embargo, que en el orden racional y lógico primero están los planes y programas y luego la realización de las obras, como lo previó la misma ley invocada en el citado artículo 3º. "Anhelante el legislador —dijo la Corte en sentencia del 15 de febrero de 1949— de que el precepto contenido en el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución tuviera una eficaz aplicación, procuró en la Ley 71 traducir a fórmulas concretas el espíritu que guió al Constituyente al consignar en la Carta de 1945 aquel canon innovador". Tal ha sido, por lo demás, el uniforme y reiterado criterio de esta Corporación en torno al tema aquí debatido.

5. Significa todo lo anterior, en síntesis, que son fundadas las objeciones del Gobierno, porque el proceso legislativo que condujo a la aprobación del proyecto estudiado se llevó a término contrariando la norma contenida en el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional y de acuerdo con el Procurador General de la Nación, *declara inexequibles* los artículos 2º y 3º del proyecto de ley "por la cual se ordena la ejecución de unas obras en los Municipios de Santander de Quilichao y Caldono del Departamento del Cauca, en honor del Mayor Fabricio Cabrera".

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase al señor Presidente de la República.

Samuel Barrientos Restrepo, Ramiro Araújo Grau, Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, 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, Gustavo Rendón Gaviria, Antonio Moreno Mosquera, Luis Carlos Zambrano, Hernando Navia Cajiao, Conjuez, *Octavio Laserna Villegas,* Conjuez,

Ricardo Ramírez L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LA CORTE DECLARA EXEQUIBLES UNOS PRECEPTOS E INEXEQUIBLES OTROS, DE UN PROYECTO DE LEY QUE CONCEDE AUXILIOS DE LA NACION A UNOS MUNICIPIOS E INSPECCIONES DEPARTAMENTALES DE CUNDINAMARCA QUE ADELANTAN OBRAS PUBLICAS DE UTILIDAD SOCIAL

Objeciones del Gobierno al proyecto por inconstitucional, basadas en la Ley 71 de 1946. Atribuciones que confiere al Congreso el artículo 76 de la Carta Fundamental. — Vía nacional planeada y planificada por la Ley 12 de 1949. — Exigencia constitucional sobre adopción previa de planes y programas para fomentar con dineros públicos, empresas útiles y dignas de apoyo. — La Corte ratifica la doctrina expuesta sobre el particular en fallos de 14 de diciembre de 1945 y de 5 de octubre de 1946. — La precedencia de leyes sobre planes y programas de obras públicas y auxilios económicos no implica cercenamiento de las prerrogativas que corresponden al Congreso. — La vigencia de un precepto constitucional no puede darse por diferido sino en virtud de salvedad expresa de la Carta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PLENA

Bogotá, diciembre 16 de 1964.

(Magistrado ponente: Arturo C. Posada).

En la legislatura de 1962, el Congreso aprobó el proyecto de ley "por el cual se auxilian las carreteras de Guaduas, Chaguaní y Chaguaní-Guaduero-Dindal del Departamento de Cundinamarca, y se decreta la cooperación de la Nación para la realización de algunas obras públicas de utilidad social en los Municipios de La Vega y Subachoque, y en las Inspecciones de Reventones (Municipio de Anolaima), el Dindal (Municipio de Caparrapí) y Puerto Bogotá (Municipio de Guaduas)".

El contenido del proyecto es el siguiente:

"Artículo 1º Destínase la suma de ochocientos mil pesos ($ 800.000) como auxilio y cooperación de la carretera que de la ciudad de Guaduas conduce a Chaguaní; para la ampliación y petrolización de la carretera de Guaduas a la estación El Dindal pasando por 'Guaduero', para los Municipios de La Vega y Subachoque y para las Inspecciones de Reventones (Anolaima) y Puerto Bogotá (Guaduas) a fin de que se realicen las obras públicas y de utilidad social que se relacionan en la presente Ley.

"Artículo 2º Por conducto del Departamento de Cundinamarca, a cuya tesorería se entregarán los auxilios, se realizarán las siguientes obras:

"Terminación de la carretera Guaduas-Chaguaní	$ 300.000
"Ampliación y petrolización de las carreteras Guaduas-Guaduero-El Dindal	200.000

"Artículo 3º Por conducto del Instituto Nacional de Fomento Municipal, entidad a la cual se entregarán los auxilios, como aportes de los respectivos municipios, se realizarán las siguientes:

"Acueducto de Subachoque ...	$ 100.000
"Acueducto de la Inspección de Reventones (Municipio de Anolaima)	50.000
"Alcantarillado de la Inspección de Puerto Bogotá (Municipio de Guaduas)	50.000

"Artículo 4º Para el Hospital de La Vega cien mil pesos ($ 100.000). Esta suma le será entregada al síndico de dicho hospital, quien rendirá las cuentas a la Contraloría General de la República.

"Artículo 5º Las sumas destinadas para el cumplimiento de la presente ley serán incluidas en el presupuesto de la próxima vigencia, o en los sucesivos; y si así no se hiciere, queda facultado el Gobierno para abrir los créditos que fueren del caso, o para efectuar las traslaciones indispensables.

"Artículo 6º Esta Ley regirá desde su sanción.

"Dada en Bogotá, D. E., a catorce de noviembre de mil novecientos sesenta y tres".

Enviado el proyecto para su sanción, el señor Presidente de la República lo devolvió a las Cámaras con objeciones de inconstitucionalidad e inconveniencia en estos términos: "La Ley 71 de 1946 por la cual se desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, considera cuáles son las empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación y establece los requisitos que debe reunir el proyecto al presentarse a la consideración de las Cámaras Legislativas.

"Ninguna de esas exigencias se satisface en el proyecto. En esta forma se viola la norma constitucional que exige la estricta sujeción a planes y programas correspondientes.

"Los recursos disponibles de la Nación son insuficientes para sus propias necesidades y no es conveniente hacer inversiones de los fondos públicos en obras como las contempladas en el proyecto.

"Las razones anotadas obligan al Gobierno Nacional a objetar, por inconstitucionalidad e inconveniencia, el proyecto de ley sometido a su consideración, manifestándoselo respetuosamente al Congreso".

El Senado y la Cámara declararon infundadas las objeciones, y fue devuelto el proyecto a la Presidencia de la República, de donde fue enviado a la Corte, para que decida sobre su exequibilidad conforme al artículo 90 de la Carta Fundamental.

El concepto del Procurador General de la Nación se puede resumir así:

La suma destinada para la terminación de la carretera Guaduas-Chaguaní, no es auxilio nacional al Departamento de Cundinamarca, "puesto que la referida carretera es nacional y está incluida en el plan vial de la Nación".

Al efecto, cita las Leyes 139 de 1937, por la cual se adiciona el plan nacional de carreteras, y se incorpora "la que va de Chaguaní a Honda pasando por Guaduas" a la red de carreteras de que trata la Ley 88 de 1931; la 67 de 1940 que ordena invertir del producto de la venta de bonos, cuya emisión autoriza la misma ley, en la carretera Villeta-Guaduas la suma de $ 248.750; y la Ley 21 de 1949, sobre plan vial de carreteras, la cual, entre las vías de interés departamental, incluyó la de Guaduas-Chaguaní.

Estos antecedentes llevan al Procurador a sostener que es nacional y no departamental dicha carretera; que la partida de $ 300.000 que en los artículos 1º y 2º del proyecto se destinan para su terminación no es auxilio al Departamento de Cundinamarca, "sino destinación de fondos para una vía nacional"; y que la objeción de inconstitucionalidad basada en la Ley 71 de 1946, carece de fundamento, porque no se trata de las obras previstas en el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional. Por el contrario, el caso encaja en el numeral 19 de la misma norma, que autoriza para "decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse con arreglo a los planes y programas que fijan las leyes respectivas". Y como la carretera Guaduas-Chaguaní tiene amplio respaldo en los planes y programas de obras públicas fijados en las leyes precitadas, las cuales la incluyen en las obras que deben realizarse, la destinación de los $ 300.000, tiene soporte en los numerales 4º y 19 del artículo 76 de la Carta.

No sucede lo mismo con el auxilio de $ 200.000 que el artículo 2º del proyecto destina para la ampliación y petrolización de la carretera Guaduas-Guaduero-El Dindal, que no es una vía nacional sino departamental, como se afirma en los informes de las comisiones, y no está incluida en el plan vial nacional.

La Ley 71 de 1946 no contempla la ampliación de carreteras entre las obras benéficas dignas de apoyo nacional. Pero como el artículo objetado habla de petrolización de esa vía, por este aspecto podría considerarse incluida en el ordinal c) del artículo 1º de la referida ley "y tenerse como obra departamental útil o benéfica digna de estímulo y apoyo nacionales".

No obran en el expediente los documentos que perentoriamente exige el artículo 2º de la Ley 71 se presenten con el proyecto que persigue el apoyo nacional. Resulta así que el auxilio es contrario al numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

Con relación a los auxilios de $ 50.000 para el acueducto de la Inspección de Reventones, de $ 100.000, para el acueducto de Subachoque y de $ 50.000, para el alcantarillado de la Inspección de Puerto Bogotá, encuentra el concepto de la Procuraduría que las obras en sí, conforme al ordinal c) del artículo 1º de la Ley 76 de 1946, son empresas útiles y benéficas dignas de apoyo por parte de la Nación, pero que, como el proyecto objetado tampoco está acompañado de los documentos exigidos por el artículo 2º de la misma ley, cabe la misma observación de inconstitucionalidad respecto de estos auxilios.

Agrega que los informes de las comisiones afirman que estas obras están a cargo del Instituto de Fomento Municipal, que fueron incluidas en el plan cuatrienal de 1958 a 1962, y que el proyecto dispone que el auxilio de $ 200.000, para estas tres obras se entregue a dicho Instituto. Observa que el artículo 6º de la Ley 71 declara

que los auxilios para obras que se construyan con aportes del Instituto de Fomento Municipal "no podrán presentarse sino en casos extraordinarios, como el de grave calamidad pública", acreditado con los documentos que la misma norma determina. Lo cual se justifica, porque este Instituto opera en parte con fondos nacionales que equivalen a auxilios de la Nación para obras de interés local, razón por la cual no se permiten otros auxilios sino en los casos extraordinarios a que alude el precepto.

Por último, el artículo 4º del proyecto consagra un auxilio de $ 100.000 para el Hospital de La Vega.

El expediente contiene una comunicación del médico asesor visitador del Fondo Hospitalario de Cundinamarca, en el cual dice que se construye un nuevo pabellón para servicio de pediatría y enumera algunas necesidades del hospital.

La construcción, ensanche y sostenimiento de hospitales los considera la Ley 71 como obras benéficas dignas de apoyo por parte de la Nación, pero al proyecto tampoco se acompañaron los documentos prescritos por los artículos 2º y 3º de la misma ley. Esta omisión hace que el proyecto sea inconstitucional, en cuanto no se somete a lo preceptuado en el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta.

En el informe de la comisión de la Cámara se dice que, en el caso de que los proyectos y planes de las obras para las cuales se decretan los auxilios fueren necesarios, bien podrían presentarlos antes de que se cancelen las partidas apropiadas como lo autoriza otro artículo de la ley.

Para la Procuraduría este precepto no existe; al contrario, el artículo 10 de la misma ley somete el pago de los auxilios a la presentación con el proyecto de los planos, proyectos, etc., y a la exigencia de demostrar que la obra cuenta con los medios de financiación suficientes para adelantar y terminar la obra dentro de un término prudencial, teniendo en cuenta la ayuda nacional.

Concluye así el señor Procurador:

"A) Son exequibles los artículos 1º, 2º y 5º en cuanto a la destinación de la suma de $ 300.000 para la terminación de la carretera Guaduas-Chaguaní;

"B) Son inexequibles, por contrarios al numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional y a su desarrollo contenido en la Ley 71 de 1946, los artículos 1º, 2º y 5º en cuanto a lo demás, y los artículos 3º y 4º del referido proyecto de ley".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Carta Fundamental en el artículo 76 confirió al Congreso ejercer por medio de leyes las siguientes atribuciones:

"4º Fijar ...los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse...

"19. Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas".

Estos preceptos, según repetida doctrina de la Corte, se refieren a las obras públicas nacionales, o que hayan de realizarse con fondos del Tesoro Nacional, para cuyo ordenamiento por el legislador solamente la Constitución exige que se sometan a los planes y programas fijados en la ley que las decreta o en leyes anteriores.

El proyecto de ley objetado por el Ejecutivo en el artículo 1º destina la suma de ochocientos mil pesos ($ 800.000) "como auxilio y cooperación nacional al Departamento de Cundinamarca para la terminación de la carretera que de Guaduas conduce a Chaguaní" y otras obras.

Como lo anota el concepto de la Procuraduría, la Ley 88 de 1931 adoptó un plan de carreteras nacionales, en el cual se asignó a cada departamento, intendencia y comisaría el número de kilómetros que les corresponde en la red, y determinó las troncales y las transversales del plan.

La Ley 139 de 1937, "por la cual se adiciona el plan nacional de carreteras", dispuso en el artículo 1º: "Incorpórase a la red nacional de carreteras de que trata el artículo 2º de la Ley 88 de 1931, y sujetas a las normas establecidas en dicha ley, las siguientes vías... Séptima. La que va de Chaguaní a Honda pasando por Guaduas...".

Y la Ley 12 de 1949, ya en ejercicio de las atribuciones concedidas por los ordinales copiados del artículo 76 de la Constitución, "sobre plan vial y planificación de ferrocarriles, carreteras, caminos y pavimentación de carreteras", dividió éstas en troncales de unidad nacional y carreteras de interés departamental, y entre las correspondientes a Cundinamarca en el artículo 2º bajo el numeral 4º figura la de "Guaduas-Chaguaní".

Estos antecedentes permiten deducir que, habiendo quedado incorporada esta vía en la red o plan de carreteras nacionales, y habiéndola incluido también la Ley 12 de 1949 en el plan vial y planificación de las mismas, no queda la menor duda de que se trata de una carretera nacional.

En estas condiciones, aunque el proyecto objetado en el artículo 1º considera como auxilio y cooperación nacional al Departamento de Cundinamarca la partida de trescientos mil pesos ($ 300.000) destinada a esta vía, en realidad, se trata de la apropiación de una partida para la terminación de una carretera planeada y planificada por la Ley 12 de 1949, dictada en ejercicio de las atribuciones que le da al legislador el ordinal 19 del artículo 76 de la Constitución Nacional. De donde se infiere que el proyecto de ley objetado en lo que toca con el auxilio para la carretera de Guaduas-Chaguaní es exequible.

Respecto de obras o empresas departamentales, municipales o particulares, la Carta autorizó al legislador para fomentar "las útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes".

La Ley 71 de 1946, en que se apoyan las objeciones, había desarrollado este precepto constitucional determinando las obras o empresas dignas de apoyo y los requisitos a que debían someterse las leyes que decretaran los auxilios para ellas.

De conformidad con el artículo 1º de esta Ley, la ampliación y petrolización de la carretera Guaduas-Guaduero-El Dindal, los acueductos de Subachoque y de la Inspección de Reventones (Municipio de Anolaima), el alcantarillado de la Inspección de Puerto Bogotá (Municipio de Guaduas) y la ampliación del Hospital de La Vega, de que trata el proyecto objetado, son obras dignas de estímulo y apoyo nacional, pero para obtener los auxilios aprobados por el Congreso no se acompañaron al proyecto los planos, presupuestos del costo de ellas, ni la explicación justificada y razonada sobre el aporte nacional para la realización de las mismas, exigidos por el artículo 2º de la misma ley.

Por tal razón, en el proyecto de sentencia que se registró en marzo del corriente año y que se aprobó en Sala Plena en 3 de septiembre siguiente, se consideraba que los auxilios en cuestión infringían el artículo 76, ordinal 20 de la Carta.

Sucedió que días antes de haberse aprobado el proyecto de fallo en que se resolvía sobre las objeciones al proyecto de ley citado en el sentido de declarar infundada la referente al auxilio para la carretera Guaduas-Chaguaní, y fundadas las demás, la Ley 71 de 1946 fue derogada por el Decreto 1765 de 14 de julio último "sobre normas orgánicas del Presupuesto Nacional", dictado en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 1º, ordinal 2º, de la Ley 21 de 1963 para "reformar las normas orgánicas del Presupuesto Nacional, a fin de establecer un sistema adecuado de vigilancia administrativa, controlar el aumento de los gastos públicos y asegurar la eficaz ejecución del plan de desarrollo económico y social. También podrá adoptar por medio de decretos-ley las recomendaciones que le someta la comisión creada por el artículo 2º de la Ley 33 de 1962 sobre las materias de que trata dicha ley".

El copiado ordinal 2º no contiene norma alguna que autorice al Ejecutivo para derogar la Ley 71 ni en su contexto hay disposición que constituya un desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la ley fundamental.

La Ley 33 de 1962, por la cual se eleva el cupo del crédito del Gobierno en el Banco de la República, autoriza la reforma de la Tesorería General de la Nación, los sistemas presupuestales y fiscales del país y el régimen de jurisdicción coactiva, en nada se relaciona con el artículo 76, ordinal 20, de la Constitución Nacional.

Abrogada la Ley 71 de 1946, por medio de la cual el legislador, interpretando la reforma constitucional que implica la frase "con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes", con que se adicionó el ordinal 20 del artículo 76 en la atribución del Congreso para por medio de leyes "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo", corresponde a la Corte resolver sobre la exequibilidad del proyecto de ley objetado en lo que se relaciona con los auxilios para la ampliación y petrolización de las carreteras Guaduas-Guaduero-El Dindal, para los acueductos, alcantarillado y hospital de que tratan los artículos 2º, 3º y 4º del proyecto, teniendo en cuenta que al respecto solamente rige el nombrado ordinal 20 de la Carta, es decir, que el legislador no ha señalado los planes y programas a que deben someterse con estricta sujeción el apoyo o ayuda a las empresas departamentales, municipales y particulares.

Significa esto que la Corte se encuentra en la situación de 14 de diciembre de 1945, en que sin haber desarrollado la ley el ordinal 20, falló las objeciones del Ejecutivo al proyecto de auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de Matecaña, y de 5 de octubre de 1946 para resolver, en las mismas condiciones, las objeciones al proyecto de ley por el cual se declaraba de utilidad pública la adquisición de un terreno denominado Montecristo, situado en Barranquilla, se disponía que el Gobierno lo adquiriera, y lo traspasara a dicho municipio, para que éste, a su vez, lo cediera por lotes a sus ocupantes.

En el primero de esos fallos dijo la Corte, refiriéndose al ordinal 4º del artículo 76 de la Carta, el cual autoriza al legislador "fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse", que a este precepto no puede darse el alcance de una simple autorización de cumplimiento facultativo, sino de "una perentoria obligación, puesto que en el numeral 19 le impuso, para que pudiera ejercitar la facultad de decretar el comienzo o la continuación de obras públicas que lo hiciera con arreglo a los planes y programas que fijan las leyes. Según el tenor literal de estas normas el Congreso no tiene limitada su facultad de decretar obras públicas sino condicionada con la necesidad de la previa adopción de un plan y programa generales para el desarrollo de esa clase de obras, el cual ha de elaborar el mismo legislador "con criterio técnico y de prelación dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales".

Considera luego que si no prosperó la innovación de clasificar las leyes en orgánicas y comunes, es incuestionable que por no poder llamarse orgánica o normativa la ley de planeamiento y programación que exige el numeral 4º, no significa que la iniciativa en materia de gastos para obras públicas sea tan libre y omnímoda como antes, porque está sometida a un orden de precedencia. "No hay que entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia. Es el orden inalterable que la Constitución Nacional exige para legislar en materia de obras públicas".

Y a propósito del ordinal 20, del artículo 76 de la Carta, dijo: "No obstante la diferencia de sus términos y la diversa naturaleza de la actividad estatal que contempla, tampoco es dudoso que la reforma aditiva que se hizo en el numeral 20 del citado artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impuso la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de obras públicas en los numerales 4º y 19 de allí.

"Quiso el Congreso en función constituyente poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, de que se hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias de la reforma, para someterlos como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional, previamente adoptado también en los planes y programas.

"Dice este numeral que el Congreso tiene la atribución de fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo con arreglo a los planes y programas correspondientes. Es preciso entender, para no adulterar el pensamiento que triunfó en la reforma constitucional, que la correspondencia a que alude el numeral en cita no puede ser respecto de los planes y programas particulares de la empresa que se quiere fomentar con dineros públicos, apreciados al azar en los debates y con ocasión de las iniciativas individuales, como venía ocurriendo, sino a un plan general y previo ideado y adoptado por el Congreso mismo, como el que está en curso parlamentario (que se convirtió en la derogada Ley 71) en que se determinan las condiciones y requisitos que justifique la destinación de fondos del erario para el fomento de las empresas calificadas por la Constitución y que deben servir asimismo para fundar desde el punto de vista de la utilidad y beneficio, su dignidad para el estímulo y para el apoyo con dineros públicos. Solamente así puede dársele significación y operancia a la frase complementaria y condicional con que la reforma adicionó el texto correspondiente de la Constitución de 1886. Otro entendimiento resulta inaceptable a la luz del principio general de la hermenéutica que descalifica la interpretación que conduce a la inutilidad de las normas. Armonizando los textos aducidos dentro del principio que rigió la innovación institucional, cuya trascendencia e importancia apenas se ha revelado ahora, hay base para pensar que la previsión del Constituyente fue hasta cubrir el peligro de que por la vía indirecta de los auxilios se burlara el objetivo esencial de orden y eficacia que quería consagrar en la Ley de Leyes". (T. 59, pág. 649).

En el fallo de 5 de octubre de 1945, en que la Corte declaró inexequible el proyecto sobre adquisición del terreno denominado Montecristo para cederlo al Municipio de Barranquilla con la finalidad arriba expresada, acogió integralmente la doctrina consagrada en la sentencia sobre el proyecto de auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de Matecaña.

Añade en cuanto a la precedencia de la ley sobre planes y programas de obras públicas y auxilios a la que decrete unas u otros, que no existe solo para aquellas a que se refieren los ordinales 4º, 19 y 20 del artículo 76, sino también para otras, como las de que tratan los ar-

tículos 210 y 78, ordinal 3º de la Ley Fundamental, y que tal precedencia no implica cercenamiento de las prerrogativas que corresponden al Congreso, porque siempre será potestativo de éste dictar esas leyes y reformarlas, pero mediante el procedimiento del artículo 80.

La opinión de que mientras se dictan las leyes que fijan los planes y programas de obras y empresas útiles, pueden expedirse las que decretan las obras o los auxilios, iría contra el principio de que la vigencia de un precepto constitucional no puede darse por deferido sino en virtud de salvedad expresa de la Carta, que no se dió con respecto a los ordinales 4º, 19 y 20, "por el contrario, condicionó el uso por el Congreso de las facultades que le dan estos numerales al ejercicio de la que le señaló el numeral 4º...".

Diferir la vigencia de la condición expresada en los numerales 19 y 20 en relación con el 4º expondría no solo a hacer nugatoria la reforma constitucional realizada por medio de ellos, sino que prácticamente podría tomarse el mandato de la Carta como una invitación a decretar obras y auxilios antes de que dictaran las de planificación general, es decir, a que se aumentara el mal que la enmienda busca corregir.

"Si el Congreso quiere, como es obvio, expedir leyes que impulsen determinadas obras o empresas, en sus manos está el darse antes las leyes de carácter general que el mismo Congreso como constituyente quiso que precedieran a las otras".

Sostener que los auxilios que decrete el Congreso en uso de la autorización que le da el ordinal 20 del artículo 76 para empresas útiles y benéficas deben someterse a los planes y programas elaborados por la persona o entidad que las acomete y no a los que el legislador determine, es un enunciado que por sí solo hace ver lo infundado de él, porque "si para combatir la división entre leyes orgánicas o normativas y comunes se consideró excesivo que el legislador debe someterse a la ley anterior dada por él mismo, no lo será a fortiori pretender que el legislador se someta a un plan o proyecto no emanado del Congreso ni autorizado oficialmente de otro modo" (G. J., T. 61, págs. 310 y ss.).

Infiérese de esta doctrina, sostenida en todos los fallos que sobre esta materia ha pronunciado la Corte hasta hoy, que no existiendo ley que fije los planes y programas previos que exige el ordinal 20 tantas veces citado, para que el Congreso pueda decretar auxilios para empresas útiles o benéficas dignas de apoyo, el proyecto objetado en los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º, en lo que toca con los auxilios para la ampliación y petrolización de las carreteras Guaduas-Guaduero-El Dindal, para los acueductos de Subachoque, Inspección de Reventones, alcantarillado de la Inspección de Puerto Bogotá y el Hospital de La Vega, es inconstitucional por violar el artículo 76, ordinal 20 de la Carta.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la facultad constitucional que le confiere el artículo 214 de la Constitución,

RESUELVE:

1º Declárase que son exequibles los artículos 1º, 2º y 5º del proyecto de ley "por el cual se auxilian las carreteras de Guaduas-Chaguaní-Guaduero-El Dindal del Departamento de Cundinamarca y se decreta la cooperación de la Nación para la realización de algunas obras públicas de utilidad social en los Municipios de La Vega y Subachoque, y en las Inspecciones de Reventones (Municipio de Anolaima), El Dindal (Municipio de Caparrapí) y Puerto Bogotá (Municipio de Guaduas)", pero solo en cuanto se relaciona con la partida de trescientos mil pesos ($ 300.000) destinados para la terminación de la carretera Guaduas-Chaguaní.

2º Declárase que son inexequibles los mismos artículos 1º, 2º y 5º en cuanto al auxilio de doscientos mil pesos ($ 200.000), para la ampliación y petrolización de las carreteras Guaduas-Guaduero-El Dindal; y

3º Son inexequibles los artículos 1º, 3º, 4º, 5º y 6º referentes a los auxilios para los acueductos de Subachoque y la Inspección de Reventones (Municipio de Anolaima), para el alcantarillado de la Inspección de Puerto Bogotá (Municipio de Guaduas) y para el Hospital de La Vega.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente a la Presidencia de la República, y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Samuel Barrientos Restrepo, Ramiro Araújo Grau, Adán Arriaga Andrade, Humberto Barrera Domínguez, Luis Alberto Bravo, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Efrén Osejo Peña, Luis Fernando Paredes, Carlos Peláez Trujillo, Arturo C. Posada, Gustavo Rendón Gaviria, José Joaquín Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano, Julio Romero Soto, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Los extractos de esta Sala fueron elaborados por el relator de entonces señor Carlos Manuel Gutiérrez E.

RECURSO DE HECHO

Requisitos que debe llenar la copia ordenada por el artículo 513 del Código Judicial, para que pueda dar lugar a la apertura del recurso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, octubre 7 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

El doctor Jorge A. Díaz R., dice en el memorial que antecede interponer el recurso de hecho contra el auto de fecha 7 de julio de 1964, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio ordinario de Enrique Riascos contra Isaac Rojas, y por el cual se le denegó el recurso de apelación contra la providencia de 26 de junio del mismo año en que se declaró no probada la objeción al concepto pericial rendido para fijar la cuantía de la acción, en orden a establecer la pertinencia del recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia.

El memorialista manifiesta acompañar las copias que fundamentan el recurso de hecho.

Pero, resulta que el escrito constante de varias hojas, que a manera de aparejo acompañó a su solicitud, está inconcluso y carece de autorización. A este respecto, el secretario de la Corte, en informe de fecha primero (1º) del mes en curso, expresa: que ello se recibió en la Secretaría el 16 de septiembre último bajo recomendado número 218579, cuya cubierta forma el folio 1 de este cuaderno; que del folio 2 al 19, las diez y ocho hojas "que dicen ser unas copias, se recibieron sin firma alguna que las autorice ni las autentique, como tampoco ningún sello de oficina judicial"; y que los folios 20 y 21 corresponden al recurso de hecho que interpone el abogado inscrito doctor Jorge A. Díaz, presentado el día 14 de septiembre de 1964, ante el Juez y Secretario del Juzgado Segundo Municipal de Pasto.

Con arreglo al artículo 514 del Código Judicial, es condición indispensable del recurso de hecho, la de que el interesado aduzca ante el superior que ha de conocer del mismo, la copia ordenada por el artículo 513 ibíd. Y para que esa copia pueda dar lugar a la apertura del recurso, es preciso que llene los siguientes requisitos:

a) Proceder formalmente del juicio en que se produjo la denegación del recurso de apelación o de casación, sobre que versa la interposición del de hecho;

b) Contener la transcripción de las piezas a que se refiere el citado artículo 513;

c) Tener la certificación del Secretario que la expidió, sobre la fecha de su entrega al solicitante; y

d) Ser presentada ante el superior, dentro de los tres días siguientes al de tal entrega más el término de la distancia, con el escrito en que se contiene la interposición del recurso de hecho.

Como en este caso, el escrito que se adujo a guisa de copia fundamental del recurso, no aparece expedido por el Secretario del Tribunal o funcionario que hiciera sus veces, quiere decir que carece de todo valor y no permite que se le tome en cuenta, lo que necesariamente impone el que la Corte tenga que desechar de plano el recurso.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, *declara* inadmisible el recurso de hecho en referencia.

Archívense estas diligencias.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REIVINDICACION

Viabilidad de reivindicación de comuneros contra comunero en favor de la comunidad. — Sus efectos. — Comunidad. — Régimen de coposesión. — Vías jurídicas de acción, ya para solucionar los conflictos de posesión entre los comuneros, ya para poner fin a la comunidad. Pruebas varias para demostrar la identidad de la cosa que se pretende reivindicar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, octubre 16 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por parte de algunos de los demandantes contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 3 de noviembre de 1961, en el juicio ordinario seguido por Andrés Nicolás Nieto y otros frente a Luis Alberto García.

I

EL LITIGIO

Clementina Garzón v. de González, María de Jesús Garzón de Pinzón, Ezequiel Garzón, Alberto Ezequiel Nieto, María Patrocinio de las Mercedes Nieto, Ana Francisca y Andrés Nicolás Nieto, demandaron, ante el Juez Civil del Circuito de Zipaquirá, a Luis Alberto García, en solicitud de la declaración y condenaciones siguientes:

1ª Que la comunidad de que hacen parte los demandantes, formada por María Nieto v. de Vergara, Ana Nieto Luque, María Teresa Nieto de Chacón, Inés Nieto de Uribe, María Elodia de las Mercedes Nieto, María del Carmen Nieto de Pieschacón, Clementina Nieto de Canales, Luis Enrique Carvajal, Carlos Julio Nieto, Ana Mercedes Nieto (religiosa Sor Josefina del Sagrado Corazón), Régulo García Tolosa, Nilamón Garzón —representado por Clementina, María de Jesús y Nilamón Garzón—, Elisa y Ana Tulia Castro —representadas por Pedro Mario Alvarado—, Eugenia Nieto, Andrés Nicolás Nieto, Daniel Nieto —representado por Paulina Rojas Alvarez—, Alberto Ezequiel Nieto, María Patrocinio Nieto y Ana Francisca Nieto, es dueña de un terreno llamado "La Piñuela", sitio en la vereda de El Páramo, en jurisdicción del Municipio de Cogua, alindado así: "Por un lado o sea por el pie, con terrenos de Nemesio González y de herederos de Félix Hernández; por otro, con terrenos de Ignacio Cubillos y Santiago Rodríguez, hoy de los herederos o sucesores de ambos; por otro, con terrenos de Higinio Vega, hoy de los herederos de Santiago Rodríguez y Andrés González; y por el último, con terrenos de herederos de Alejandro Castiblanco, Faustino Forero, herederos de Lucio Jiménez y Martín Guerrero, siendo hoy lo de Lucio Jiménez y Martín Guerrero de propiedad de Benjamín Hernández y Elí y Neftalí Torres, quebrada al medio";

2ª Que el demandado debe restituir a la referida comunidad la parte del fundo "La Piñuela" que él ocupa como poseedor, comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por un lado, con lote de la misma finca que posee Ignacio Duarte, en parte, y el resto con tierra de los herederos o sucesores de Félix Hernández; por otro, o sea el Norte, con tierras de herederos de Ignacio Cubillos y Santiago Rodríguez; por otro, con tierras que fueron de Higinio Vega, hoy de los sucesores de Santiago Rodríguez y Andrés González; y por el último, o sea el Sur, con el mismo lote que ocupa Ignacio Duarte y predios de herederos de Alejandro Castiblanco y Faustino Forero";

3ª Que el demandado debe pagar los frutos de este terreno, desde cuando haya entrado a poseerlo hasta cuando verifique su restitución, y no solamente los producidos, sino los que se hu-

biera podido hacerle producir con mediana inteligencia y actividad; y

4ª Que se le impongan las costas del juicio. Fúndase el pedimento, en los siguientes *hechos:*

Que la comunidad demandante es dueña del terreno primeramente indicado, por habérsele adjudicado a los comuneros en la partición de bienes de la sucesión de Samuel Nieto, protocolizada en la Notaría de Zipaquirá por medio de la escritura número 4 de 3 de enero de 1947;

Que el causante Samuel Nieto había adquirido este inmueble por compras a diversas personas, mediante las escrituras públicas que allí se relacionan;

Que el demandado está poseyendo actualmente parte del predio "La Piñuela", por los linderos que se indicaron en segundo término;

Que, como tal poseedor, ha venido percibiendo sus frutos civiles y naturales desde cuando entró en posesión;

Que los derechos correspondientes a Nilamón Garzón les fueron adjudicados en su sucesión a Ezequiel, Clementina y María de Jesús del mismo apellido; y

Que los derechos correspondientes a Tulia y Elisa Castro fueron rematados por el doctor Pedro Mario Alvarado.

En *derecho* sustantivo se dijo fundar la acción en el artículo 946 y siguientes del Código Civil.

En su contestación, el demandado negó a los actores el derecho para hacer las peticiones del libelo; y en cuanto a los hechos, dijo que no considera que exista la comunidad aludida sobre el terreno primeramente indicado, ni que los actores sean dueños del mismo, ni que Samuel Nieto lo hubiese adquirido de acuerdo con las escrituras que sobre el particular cita la demanda, y además expresó no afirmar ni negar los hechos de la posesión y disfrute que se le atribuyen; manifestó no constarle los consistentes en adquisiciones de derechos hechas por los herederos de Nilamón Garzón y por Pedro Mario Alvarado; y por último, propuso las excepciones de ilegitimidad de personería de algunos o de todos los actores, inepta demanda, prescripción de la acción y cosa juzgada.

La primera instancia, en la que sólo se produjeros pruebas del lado de la parte actora, culminó con fallo desestimatorio de sus peticiones.

En el segundo grado de la causa, abierto por apelación del mandatario de Alberto Ezequiel, María Patrocinio de las Mercedes, Ana Francisca y Andrés Nicolás Nieto, el Tribunal Superior de Bogotá se pronunció en sentencia de 3 de noviembre de 1961, confirmatoria de la del inferior.

Interpuesto por parte de estos últimos interesados el recurso de casación, se procede a su despacho.

II

LA SENTENCIA RECURRIDA

Partiendo del punto de vista de que la acción en este juicio ejercitada es la reivindicatoria o de dominio, con miras a recuperar los actores la posesión material realizada por el demandado sobre el inmueble que ocupa y, luego de un examen teórico de las condiciones de esta acción, procede el Tribunal al estudio de las pruebas aducidas por la parte demandante, mediante el cual llega a las siguientes conclusiones:

1ª Que los actores y demás personas que se designan en la demanda son titulares del derecho de dominio, en común o *pro indiviso,* del predio rural denominado "La Piñuela", con base en la adjudicación que se les hizo en la mortuoria de Samuel Nieto;

2ª Que "el demandado Luis Alberto García S. es también titular de uno de esos derechos *pro indiviso* sobre el mismo fundo, procedentes de la referida sucesión, por ser el último, adquirente de una serie de tradiciones o enajenaciones de tales derechos, de las cuales se hizo mención antes. Su inmediato tradente es el doctor Pedro Mario Alvarado";

3ª Que, "según la propia confesión del demandado, éste ha poseído materialmente y explotado por su cuenta exclusiva, la parte del predio 'La Piñuela' comprendida dentro del alindamiento enunciado en la demanda, y que esa posesión data de dos o tres años atrás...'"; y que el hecho de estarla ejerciendo en el momento de trabarse la litis, lo confirma, además de la aseveración de los testigos que depusieron en forma conteste y dando razón de sus dichos, "la circunstancia de que el accionado no alegó en forma categórica ni desmintió la calidad de poseedor que se le dio en el libelo de demanda";

4ª Que es indiscutible que el demandado, además de la posesión material por éste ejercida sobre el predio objeto de la reivindicación, exhibe un título de dominio que lo es la escritura por la cual compró unos derechos al doctor Pedro Mario Alvarado, título que le da facultades suficientes para ejecutar actos de posesión sobre el inmueble, derivada de su calidad de condómino; y

5ª Que "por último, si el título invocado por los demandantes tiene el mismo origen y proviene de la misma fuente del que exhibe el de-

mandado, como está acreditado, síguese entonces que tal título de los reivindicantes no resulta ser superior ni de mejor calidad jurídica, ni mejor caracterizado que el del demandado García Silva, ni tampoco que sea anterior a la posesión de éste, puesto que tanto a los actores como al demandado mismo se les transfirió el dominio que tenía el de *cujus* sobre el inmueble a título universal, y ese título se materializó en las hijuelas de adjudicación, las cuales fueron inscritas en el registro público de manera simultánea. Y ante la igualdad de títulos, la condición del accionado es superior o más sólida, porque se halla favorecido por la presunción de dominio que le otorga el artículo 762 del Código Civil, y por el principio jurídico: *'in pari causa melior est conditio possidentis'*. Y siendo esto así, como lo es, se concluye que falta en el caso que se examina el elemento esencial de la acción de reivindicación, cual *es el de un título de dominio de los actores que resulte superior a la posesión y al derecho que ostenta el demandado.* Y al faltar ese elemento fundamental, la acción queda desintegrada y no puede prosperar. Y como a esa misma conclusión llegó el inferior, si bien por consideraciones distintas a las aquí consignadas, es el caso de *confirmar* la sentencia que se revisa...".

III

LA ACUSACION

El impugnante, situándose en el ámbito de la primera de las causales del artículo 520 del Código Judicial, abre el ataque con la imputación de que el Tribunal, al razonar como lo hizo, "cometió un error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas del dominio de la comunidad demandante, que lo condujo a quebrantar las disposiciones sustantivas que regulan las maneras de adquirir el dominio y las que consagran la acción reivindicatoria". Con el intento de sustentar el cargo, discurre así:

Que "al decir el Tribunal que los actores en este caso carecen de un título de dominio que resulte superior a la posesión y al derecho que ostenta el demandado, desconociendo el mérito demostrativo de las hijuelas contenidas en la escritura número 4 del 3 de enero de 1947, de la Notaría de Zipaquirá, que contiene la protocolización de la sucesión de Samuel Nieto, y el de los títulos por medio de los cuales adquirió el citado causante, lo mismo que la confesión del demandado, violó las disposiciones de los artículos 1757, 1758, 1759, 1765, 1769 del Código Civil, 630 y 632 del Código Judicial, que lo condujo a quebrantar también los artículos 669, 673, 765, 946, 947, 949, 950, 952 del Código Civil";

Que, en la partición efectuada en la referida causa mortuoria de Samuel Nieto, se les adjudicó a los sucesores del mismo, el terreno denominado "La Piñuela" de que trata la demanda, y el cual había adquirido el causante por las diversas compras cuyos títulos escriturarios en número de siete, calendados entre los años de 1910 y 1918, relaciona el impugnante;

Que la posesión del demandado, que según resulta de su confesión en posiciones sólo data del año de 1953 aproximadamente, es muy posterior a la fecha del registro de las hijuelas formadas en la sucesión de Samuel Nieto, cuya partición se inscribió el 8 de enero de 1943; y

Que, entonces, al no dar prevalencia a los títulos sobre la posesión y no decretar la reivindicación, el Tribunal "cometió el evidente error de hecho anotado antes", que implica el que la sentencia haya de ser casada, para que se concedan las peticiones de la demanda, ya que el sentenciador encontró demostradas las demás condiciones necesarias para la reivindicación.

Pero, luego, por "si se considerare que el error cometido en la apreciación de las pruebas indicadas no fue de hecho, sino de derecho", por haberles negado a las susodichas hijuelas "el mérito probatorio que la ley les asigna", se acusa la sentencia por este motivo, como violatoria de las mismas normas de los Códigos Civil y Judicial que atrás quedaron relacionadas.

Finalmente, alega el acusador que el Tribunal "también erró al considerar que el contrato de compraventa contenido en la escritura número 991 del 19 de octubre de 1953, de la Notaría de Zipaquirá, que contiene la venta de Pedro Mario Alvarado a Luis Alberto García Silva, de sus derechos en la comunidad, 'le da facultades suficientes para ejecutar actos de posesión sobre el inmueble, derivada de su calidad de condómino', porque tal interpretación induce al desconocimiento de los derechos de los demás comuneros sobre la cosa común, máxime si se tiene en cuenta que el demandado, al contestar la demanda, propuso contra los demandantes la excepción de prescripción"; y

Que "este error del Tribunal lo llevó a violar las disposiciones de los artículos 669, 673, 946, 947, 950, 952 del Código Civil en armonía con los artículos 2322, 2323 del mismo Código, porque con esa interpretación se desconoce el derecho de propiedad de los demás comuneros que no son poseedores, y se les coloca en imposibilidad de hacer efectivo su derecho en la comunidad, ya que no pudiendo reivindicar para la comunidad

el bien común contra el comunero poseedor, no tendrán medio legal efectivo para hacerse entregar su cuota en el bien común, porque en los juicios divisorios no hay entrega. Entonces, de nada valdría seguir el juicio de partición, si el comunero poseedor sigue ocupando el bien común, con miras a ganarlo por prescripción...".

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La impugnación ensaya tres aspectos, así: dos atienentes al cargo de violación *indirecta* de ley sustancial, por errores de hecho y de derecho, respectivamente, en la apreciación de las pruebas; y el último, por infracción directa de la misma ley.

2. En lo que respecta a los dos primeros aspectos de la censura, se imponen las siguientes consideraciones:

Aunque la tacha inicial dijo introducirse por "error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas del dominio de la comunidad demandante" y en el remate de su argumentación insistió el acusador en ese calificativo, con todo, en el desenvolvimiento del cargo, desvió éste íntegramente hacia el yerro de valoración cuando hizo consistir la sustancia de su razonamiento en la imputación de que el Tribunal, al conceptuar que los actores carecen de un título de dominio que sea superior a la posesión y derecho del demandado, desconoció el mérito demostrativo de los títulos aportados por la parte actora y de la confesión del demandado, con violación inmediata de las normas de derecho probatorio que en el libelo se citan. Y como ningún error de hecho en concreto le apuntó al juzgador, quiere decir que los dos primeros aspectos de la acusación se confunden en un sólo reparo, o sea el intentado por yerro de valoración de las pruebas a que alude el impugnante.

Pero, resulta que en parte alguna de su pronunciamiento aparece que el Tribunal les haya dado a las pruebas de que se trata: títulos de los demandantes y confesión del demandado, un valor distinto del que les asigna la ley o que les haya negado el que ésta les otorga. Por el contrario, la sentencia desvirtúa estas imputaciones del recurrente, así cuando ella afirma que los actores y demás personas que se designan en la demanda son titulares del derecho de dominio, en común y *pro indiviso*, del predio rural denominado "La Piñuela", con fundamento en la adjudicación que se les hizo como a herederos de Samuel Nieto en la mortuoria del mismo, como cuando acoge la confesión en posiciones del demandado, para deducir de ella que éste ha poseído materialmente el referido predio, con posesión que "data de dos o tres años atrás, o sea que se remonta hasta el año de mil novecientos cincuenta y tres (1953) aproximadamente". Si tal fue la acogida que otorgó el sentenciador al mérito de tales pruebas, ponderación de que se valió el propio recurrente en algunos pasajes de su libelo, no se ve cómo ni dónde pueda existir el error de derecho en la estimación de los medios, lo que necesariamente implica la improcedencia de este reparo.

3. En la última fase de la acusación se le reprocha al sentenciador el haber considerado que la compra que, mediante la escritura número 991 de 19 de octubre de 1953, de la Notaría de Zipaquirá, hizo el demandado a Pedro Mario Alvarado de sus derechos en la comunidad, "le da facultades suficientes para ejecutar actos de posesión sobre el inmueble, derivada de su calidad de condómino", afirmación inductiva al desconocimiento de los derechos de los demás comuneros sobre la cosa común, máxime si se tiene en cuenta que el demandado, al contestar la demanda, propuso la excepción de prescripción, porque se coloca así a tales comuneros que no son poseedores en imposibilidad de hacer efectivo su derecho en la comunidad, ya que no pudiendo reivindicar para ésta el bien común contra el condómino poseedor, quedaría éste colocado en vía de ganarlo por prescripción, sin que para interrumpirla les valiera a aquellos intentar el juicio divisorio, en el que no hay entrega. Tal la sustancia del razonamiento, a base del cual se hace el cargo de quebranto de los artículos 669, 673, 946, 947, 950 y 952 en armonía con los artículos 2322 y 2323, todos del Código Civil.

Este tercer motivo de la censura abre el campo a las consideraciones siguientes:

4. Es principio dominante en el régimen de la comunidad, el de que el goce del bien común corresponde a todos los comuneros, proporcionalmente a sus derechos. Vale decir que cada uno está legitimado para disfrutar de la cosa común a prorrata de su cuota, sin menoscabo ni perturbación del goce que corresponde a los demás. En tal virtud, el Código Civil en su artículo 2323 hace aplicable al derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, la facultad que consagra el 2107 para los socios de la compañía colectiva en que no se ha conferido la administración a uno o más de éstos, facultad consistente en que cada uno pueda "servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que las emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y del

justo uso de los otros". Asimismo, dispone el propio Código que "los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas" (2328); que "cada uno de los que poseen en común una tierra labrantía tiene opción a que se le señale para su uso particular una porción proporcional a la cuota de su derecho" (2330), medida ésta a que se ajusta la posibilidad para cada uno de mantener animales en el terreno común a propósito para la cría o manutención solamente de bestias (2331), y el de poder sacar del bosque común la madera y la leña que necesite para su propio uso (2332).

5. En el juego de estas normas se proyecta el llamado régimen de coposesión, *dentro del cual cada miembro de la comunidad goza del bien común, reconociendo que la porción de que individualmente disfruta no es de su exclusiva propiedad, sino que pertenece al conjunto de todos los comuneros. Entonces, el comunero no posee exclusivamente para sí, sino en su nombre y en el de los demás comuneros, lo que cerraría el paso a la usucapión del primero contra los últimos, por reconocer que el bien es pertenencia de todos los comuneros.*

6. En tales circunstancias se explica el que, si los demás condueños no se avinieren con la extensión o forma del goce que otro de ellos tenga de una finca común, no sea la acción reivindicatoria la pertinente para evitar que éste, que se porta como comunero y no pretende, por lo tanto, desconocer la existencia de la comunidad, ni los derechos de sus demás miembros, tenga un aprovechamiento superior al correspondiente a su cuota. Acciones adecuadas podrían ser entonces: como provisoria, la de provocar el nombramiento de administrador de la comunidad, de que tratan los artículos 16 a 27 de la Ley 95 de 1890; y, como definitiva, la de pedir la partición del inmueble común, caso el último en que si resultare que, al comunero que entró a poseer determinada porción material no se le adjudicare ésta o parte alguna de la misma, entonces el adjudicatorio de ella, a fuer de dueño, tendrá derecho para exigir de aquel su restitución.

7. Situación completamente distinta es la que se produce cuando, como en el caso del pleito, uno de los comuneros se rebela contra la comunidad y pretende poseer en su propio nombre y para sí exclusivamente determinada porción del predio comunero. Entonces, la posición del rebelde rompe el equilibrio jurídico de la comunidad, que descansa precisamente en el reconocimiento que de su existencia y de los derechos de todos los comuneros, haga cada uno de éstos.

Y como la Ley 51 de 1943 estableció que "el comunero, que posea materialmente, en las condiciones legales, el predio común, proindiviso o alguna parte de él, podrá hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente", y que "la prescripción que se establece podrá invocarse judicialmente como acción o como excepción" (Art. 1º); y como, según el parágrafo 1º del artículo 2º ibíd., "esta acción para obtener la declaratoria judicial del dominio podrá instaurarse aunque anteriormente se haya demandado la división de la comunidad, de acuerdo con las disposiciones del Código Judicial", resultando así que "el juicio de división de una comunidad no interrumpe la prescripción" (Cas. 18 noviembre 1955, LXXXI, 2160/61, págs. 628 a 631), todo ello implica el que los comuneros contra los cuales esté en vía de prescribir otro de ellos, el todo o parte del fundo común, hayan de tener en sus manos una acción directa para enervar la consumación del fenómeno.

8. Esa acción, hecha necesaria por la dinámica de la Ley 51 de 1943, sería la reivindicatoria, que ejercitasen los comuneros desposeídos, a nombre de la comunidad, contra el comunero poseedor y cuya operancia se traduciría en el reconocimiento de los poderes y facultades que a la totalidad de los comuneros competen sobre la cosa común poseída exclusivamente, animo usucapiendi, *por el demandado. Y así, el fallo que, en razón de tal acción, reconociendo que el bien objeto de la litis es pertenencia de la comunidad de que hacen parte actores y reo, declárase que la posesión que éste tiene de tal bien se entiende surtida por y para la comunidad, llenaría ese objetivo. Sobre esta base, los reivindicantes que triunfen lograrán la interrupción civil de la prescripción (Art. 2524), despejando el campo para demandar la partición, aunque en el hecho nada posean de la cosa indivisa.*

9. Vese claro que la reivindicación de comuneros contra comunero en pro de la comunidad, cual la deducida en el caso sub lite, *no alcanza al desalojamiento material del demandado, desde luego que su calidad de copropietario le confiere derecho para gozar del bien común proporcionalmente a su cuota. Otras son las vías jurídicas de acción, ya para solucionar los conflictos de posesión entre los comuneros, ya para poner fin a la comunidad.*

10. En la especie del pleito ocurre que varios de los comuneros, en acción reivindicatoria de la

porción del inmueble común poseída por el comunero demandado, impetraron que se declarase que el dicho inmueble total pertenece a la comunidad de que hacen parte los demandantes y otras personas, y que se condenase al demandado a restituir a la misma comunidad aquella porción.

El sentenciador, que previamente se ocupó del recuento teórico de las condiciones de la acción reivindicatoria, no encontró a este respecto tropiezo distinto del que le pareció resultar de la igualdad de títulos en demandantes y demandado, circunstancia de que dedujo que el título del último le da facultades suficientes para ejecutar actos de posesión sobre el inmueble, derivada de su calidad de condómino, y que entonces su condición de poseedor, por el hecho de serlo, es más sólida que la de los accionantes, lo cual lo llevó a confirmar el fallo de primer grado denegatorio de todas las peticiones de la demanda.

11. En verdad, el Tribunal no podía desalojar materialmente al demandado de la porción ocupada por éste, pero no por el motivo de que su posesión por sí sola lo colocase en condición preváleciente sobre la de los actores, sino en vista de su calidad de copropietario, con derecho, por lo tanto, a gozar de la cosa común, proporcionalmente a su cuota de dominio.

12. No obstante lo cual, establecida como quedó la existencia de la comunidad sobre el predio de "La Piñuela" y que tanto los actores y otras personas, como el demandado mismo, son titulares del derecho de dominio *pro indiviso* de tal inmueble, con títulos de igual calidad, que tienen idéntico origen en la sucesión de Samuel Nieto, el sentenciador debió otorgar, además del reconocimiento del dominio a favor de la comunidad, que se impetró expresamente bajo la súplica primera del *petitum,* una declaración cuyo alcance fuese el de hacer que la posesión del demandado sobre la parte que del fundo comunero ocupa, tenga el mérito pro comunidad que le compete.

Con declaración semejante hubiera quedado atendida, dentro de las circunstancias del caso, la pretensión reivindicatoria, porque, sin embargo de no alterarse la materialidad de la posesión del demandado, ésta perdería su significado *pro suo,* para asumir el carácter de posesión en pro de la comunidad. Y al no haberlo hecho así, el juzgador quebrantó las normas sustanciales que fundan la acción reivindicatoria y de que hizo mérito el recurrente.

La prosperidad del cargo conduce a la casación de la sentencia recurrida, para sustituirla por la que corresponde en armonía con los predicados expuestos.

V

MOTIVACION PARA LA SENTENCIA DE INSTANCIA

Al lado de las consideraciones atrás hechas, cumple consignar las siguientes:

13. La existencia de la comunidad sobre el predio denominado "La Piñuela", situado en la vereda de El Páramo, en jurisdicción del Municipio de Cogua, y la titularidad de todos y cada uno de los comuneros componentes de la misma, son hechos que están acreditados en el expediente de este litigio, con los siguientes documentos:

a) Copias formalmente tomadas del juicio de sucesión de Samuel Nieto, protocolizado en la Notaría Principal del Circuito de Zipaquirá, por medio de la escritura número 4 de 3 de enero de 1947, contentivas de las hijuelas registradas que allí se formaron a los sucesores del causante y en que se comprenden las adjudicaciones que respectivamente se les hicieron de derechos de dominio *pro indiviso* en el mencionado fundo. Tales copias obran a los folios 1 a 29 del cuaderno Nº 1º, 16 v. a 36 v. y 44 a 51 del cuaderno número 2; y las hijuelas en referencia muestran que, con relación a un avalúo de nueve mil pesos ($ 9.000) dado a la totalidad del inmueble, se hicieron en éste las siguientes asignaciones: A Eugenia Nieto, trescientos quince pesos y veinticuatro centavos ($ 315.24); a Daniel Nieto, trescientos quince pesos y veinticuatro centavos ($ 315.24); a Alberto Ezequiel Nieto, trescientos quince pesos y veinticuatro centavos ($ 315.24); a Maria Patrocinio Nieto, trescientos quince pesos y veinticuatro centavos ($ 315.24); a Ana Francisca Nieto, trescientos quince pesos y veintiséis centavos ($ 315.26); a Andrés Nicolás Nieto, trescientos quince pesos y veintiséis centavos ($ 315.26); a Nilamón Garzón, dos mil quinientos setenta y un pesos y cuarenta y dos centavos ($ 2.571.42); a María Nieto viuda de Vergara, ciento veintidós pesos y ochenta y siete centavos ($ 122.87); a Ana Nieto Luque, ciento veintidós pesos y ochenta y cinco centavos ($ 122.85); a María Teresa Nieto viuda de Chacón, ciento veintidós pesos y ochenta y cinco centavos ($ 122.85); a Inés Nieto de Uribe, ciento veintidós pesos y ochenta y cinco centavos ($ 122.85); a María Elodia de las Mercedes Nieto, cuatrocientos noventa y un pesos y cuarenta y dos centavos ($ 491.42); a María del Carmen Nieto de Pieschacón, ciento veintidós pesos y ochenta y cinco centavos ($ 122.85); a Clementina Nieto de Canales, ciento veintidós

pesos y ochenta y cinco centavos ($ 122.85); a Carlos Julio Nieto, ciento veintidós pesos y ochenta y siete centavos ($ 122.87); a Ana Mercedes Nieto, ciento veintidós pesos y ochenta y siete centavos ($ 122.87); a Régulo García Tolosa cuatrocientos noventa y un pesos y cuarenta y dos centavos ($ 491.42); a Elisa Castro, mil doscientos ochenta y cinco pesos y setenta y un centavos ($ 1.285.71); y a Ana Tulia Castro de H., mil doscientos ochenta y cinco pesos y setenta y un centavos ($ 1.285.71);

b) Copia tomada del juicio de sucesión de Nilamón Garzón, protocolizado en la Notaría Principal del Circuito de Zipaquirá, por medio de la escritura número 376 de 27 de mayo de 1944, contentiva de las hijuelas registradas de sus herederos Ezequiel Garzón Cristancho, Clementina Garzón de González y María de Jesús Garzón de Pinzón, a quienes se adjudicó por partes iguales el derecho que el causante Nilamón Garzón había adquirido en el juicio de sucesión de Samuel Nieto antes citado (Fs. 52 a 58 v., C. 1º);

c) Copia de la diligencia de remate de 5 de abril de 1945, en el juicio ejecutivo seguido ante el Juez Civil del Circuito de Zipaquirá por Pedro Mario Alvarado contra Tulia y Elisa Castro, remate en el cual se le adjudicaron al ejecutante Alvarado los derechos *pro indiviso* que las ejecutadas Castro habían adquirido sobre la misma finca en la sobredicha sucesión de Samuel Nieto (Fs. 61 a 63, C. ibíd.); y

d) Copia de la escritura número 991 de 19 de octubre de 1953, de la Notaría Principal del Circuito de Zipaquirá, por la cual Pedro Mario Alvarado vendió a Luis Alberto García Silva el derecho *pro indiviso* que sobre la finca de "La Piñuela" había adquirido el primero en el remate que se acaba de mencionar (Fs. 37 a 39, C. 2).

Los dos títulos últimamente referidos aparecen también debidamente registrados.

14. Resulta, pues, acreditado con claridad indiscutible que la comunidad en la finca de "La Piñuela" se originó en el juicio de sucesión de Samuel Nieto, de donde derivan sus derechos todos los comuneros, inclusive el demandado. Quiere decir que se encuentra establecida la *condición del dominio* de la comunidad, lo que titulariza a cualquiera de los comuneros para reivindicar por ella, esto es, en pro del grupo total.

15. Por su misma naturaleza, lo aquí reivindicado: una porción de terreno, realiza de modo absoluto el requisito de *cosa reivindicable.*

16. La *posesión material* del demandado, sin necesidad de recurrir a inferirla de su absolución de posiciones surtida en la primera instancia (Fs. 8 v. a 9 v., C. 2) y de las declaraciones de los testigos Antonio Forero Buitrago, Eliécer Páez Bustos y Francisco Forero Buitrago (Fs. 12 a 15, C. ibíd.), que son elementos probatorios que concurren a acreditarla, se encuentra ya demostrada desde la propia contestación de la demanda, en la respuesta dada por el mandatario del demandado al hecho tercero del libelo. En efecto: el enunciado de tal hecho se propuso así: "El demandado, señor Luis Alberto García, actualmente está poseyendo parte del terreno 'La Piñuela', por los linderos indicados en la petición segunda de la demanda". A lo cual se respondió así: *"Este hecho ni lo afirmo ni lo niego, espero que sea probado"* (se subraya).

Esta anodina contestación, por su carácter esencialmente evasivo, colocó al demandado bajo el imperio del artículo 214 del Código Judicial, del que resulta que, en lo atañedero a la posesión, el demandado que no la rechaza al contestar la demanda, consiente en ella. Que es lo mismo que si confesara ser el poseedor de la cosa que se reivindica.

17. Finalmente, *la identidad* que es indispensable exista entre la cosa que se persigue y sobre la cual radica el derecho de dominio cuya titularidad demuestra el actor, y la cosa poseída por el demandado, es requisito que también se encuentra satisfecho en el presente caso. Concurren a acreditarlo así los siguientes elementos:

a) La ya contemplada evasiva del demandado en su respuesta al hecho tercero de la demanda, hecho éste referido a la posesión del mismo sobre el lote objeto de la reivindicación, como parte de la finca de "La Piñuela".

b) Las contestaciones dadas por el mismo Luis Alberto García en su absolución de posiciones, de fecha 5 de septiembre de 1956, en que resultan confesados los siguientes hechos: *1ª respuesta.* Que conoce la finca de "La Piñuela", cuya ubicación distrital y linderos se expresaron en la pregunta respectiva. (Aunque difiere en cuanto al nombre de la vereda, ello es indiferente al caso). *2ª respuesta.* Que no posee actualmente la parte cuyos linderos se relacionaron en la pregunta; que hace algunos meses la tuvo en posesión, pero con diferentes linderos. *6ª respuesta.* Que "hacía unos dos o tres años hasta hace unos meses estaba en posesión" de la dicha parte de "La Piñuela", con linderos diferentes. *7ª respuesta.* Que en la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio ordinario de Eze-

quiel Garzón y otros contra Lucindo Rodríguez y otros, el absolvente confesó "que era poseedor del total de la finca por haberle comprado a Lucindo Rodríguez y otros y por tener conocimiento de que poseían más de veinte años". Puestas en relación unas con otras estas contestaciones, su conjunto no deja duda de que la porción de terreno reivindicada en este juicio, hace parte del predio de "La Piñuela".

c) Conclusión ésta que resulta también acreditada con las declaraciones de los testigos Antonio Forero Buitrago, Eliécer Páez Bustos y Francisco Forero Buitrago, quienes dando la explicación de sus dichos: el primero, por ser colindante o vecino, el segundo, por haber estado trabajando por ahí cerca y el último, por haber trabajado en esa finca, cuyos linderos se les señalaron en el cuestionario respectivo, expresan que la conocen y les consta que Luis Alberto García tiene en posesión una parte, cuyos límites están indicados también en el interrogatorio; y explican que esto les consta, respectivamente así: Antonio, porque ha visto a García sembrar y tener ganado en esa tierra; Eliécer, porque García siembra y tiene ganado; y Francisco, porque ha visto a García ahí trabajando con obreros y tiene ganado.

Esta concurrencia de medios pone de manifiesto *la identidad* de lo que se reivindica en el presente juicio, sin que obste para admitirlo así la falta de la inspección ocular, porque, como lo tiene enseñado la doctrina, la identificación de predios, en juicios de reivindicación, no exige una prueba específica, aunque al efecto sea muy adecuada la de inspección ocular, por lo cual la convicción acerca de tal identificación puede producirse también por medio de otras pruebas, como la confesión, declaraciones de testigos, contenido de escrituras, etcétera (Cas. 21 agosto 1935, XLII, 1900, pág. 375; 8 octubre 1935, XLIII, 1905-1906, pág. 174; 4 junio 1959, XC, 2211-2212, pág. 612).

18. Satisfechos como se encuentran los requisitos de la acción reivindicatoria, se impone el acogimiento de la deducida en este juicio, dentro de los términos y con el alcance de que se habló en los considerandos correspondientes a la casación del fallo recurrido.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha tres (3) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1961) y, como juzgador de instancia,

RESUELVE:

Revócase la sentencia de primer grado, dictada por el Juez Civil del Circuito de Zipaquirá, el día ocho (8) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) y, en su lugar, se decide este pleito así:

Primero. Declárase que el predio denominado "La Piñuela", ubicado en la vereda de El Páramo, en jurisdicción del Municipio de Cogua y determinado por los linderos que se expresan en primer lugar, en el parágrafo primero (1º) de la presente providencia, pertenece a la comunidad formada por los demandantes, el demandado y demás personas que la integren, conforme a las adjudicaciones hechas sobre el mismo fundo en la sucesión de Samuel Nieto, protocolizada en la Notaría de Zipaquirá por medio de la escritura número cuatro (4) de tres (3) de enero de mil novecientos cuarenta y siete (1947), o que deriven sus derechos de los adjudicatarios respectivos.

Segundo. Declárase que la posesión que el demandado, comunero Luis Alberto García, tiene de la porción del referido predio de "La Piñuela", determinada por los linderos que en segundo (2º) lugar se expresan en el parágrafo primero (1º) de esta providencia, se entiende surtida por y para la comunidad a que se refiere el ordinal anterior.

Sin costas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SIMULACION

Prueba entre las partes. — Imposibilidad física o moral para obtener la prueba literal. Incongruencia. — Error de hecho y de derecho. — Autonomía del fallador de instancia en la valoración de pruebas. — Error de hecho en la apreciación de indicios. — Confesión extrajudicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, octubre 23 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

1º Frente a Samuel Hernández y Ramón Hernández Otavo y ante el Juez del Circuito del Guamo, María Valentina Preciado Flórez, inició este juicio ordinario para que se declare que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 407 de cuatro de septiembre de 1956, "es un contrato total y absolutamente simulado, por carencia de causa, y puesto que de parte de la aparente vendedora... no hubo intención de transferir el dominio del predio, ni por parte del aparente comprador o compradores Samuel Hernández y Ramón Hernández Otavo, la de adquirirlo legalmente; y además porque no hubo pago del precio ficticiamente convenido, ni los aparentes compradores se obligaron a efectuar tal pago"; que en consecuencia se "declare nulo, de nulidad absoluta, por carencia de causas reales y lícitas, y por falta de intención de transferir el dominio por una parte y de adquirirlo de buena fe por la otra"; que se declare que el globo de terreno comprendido por los linderos especificados en el hecho primero de la demanda "no ha salido del patrimonio de la aparente vendedora"; que se ordene a los demandados restituir el inmueble respectivo, el pago de los frutos naturales y civiles, y, que se condene en costas.

Explican los hechos que por algunas desavenencias surgidas entre Valentina Preciado Flórez y sus miembros de familia, poseedores de predios vecinos al de Valentina, se formó en ésta la idea "de su posible situación penosa frente a la ambición de uno de sus hermanos, inseguridad sicológica de que tuvieron conocimiento los señores Samuel Hernández y Ramón Hernández Otavo y le ofrecieron su ayuda para protegerla a cambio de que pasara el lote a dominio de éstos" y que, como Valentina es "una mujer torpe, falta de inteligencia, estulta, de alcance mental mediocre, de muy humilde posición social y por demás analfabeta", los presuntos compradores aprovecharon esa situación para inducirla a celebrar el contrato que se impugna, haciéndole creer que después de seis meses le devolverían el inmueble, lo que no cumplieron los compradores y que motivó la denuncia criminal hecha por Valentina y la detención de los Hernández.

Se anota en los hechos que Valentina Preciado Flórez, continuó en la posesión del inmueble vendido, aún después de celebrada la escritura número 407 y que, los demandados Hernández para obtener la posesión de la finca firmaron a favor del doctor Maximiliano Ochoa una letra de cambio que sirvió para pedir el secuestro preventivo e iniciar el respectivo juicio ejecutivo que tuvo éxito completo.

Los demandados niegan que el contrato fuera simulado, que la demandante hubiera continuado en la posesión y, aclaran, que si evidentemente fueron detenidos por causa del denuncio antes mencionado, se los puso en libertad incondicional y fueron absueltos después.

La sentencia de primera instancia hizo las declaraciones solicitadas en la demanda. El Tribunal de Ibagué que conoció del negocio por apelación de la parte demandada, revocó la sentencia recurrida y absolvió a los demandados de los cargos del libelo.

2º La sentencia del Tribunal, contra la que interpuso recurso de casación la parte actora, se

funda de modo principal en la ausencia de prueba idónea para declarar la simulación.

"En el caso de autos —dice—, quien ejercita la acción de simulación es la misma persona que celebró el contrato simulado. Este contrato es de compraventa de inmuebles contenido en escritura pública, es decir, se trata, pues, de un contrato que se celebró por escrito" y, después de referirse a las condiciones externas de la escritura que el contrato contiene, a su registro y al interés jurídico de la demandante, expone:

"Las pruebas traídas al proceso para probar la simulación consisten en declaraciones de testigos que en forma general y sin estar dos testigos acordes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, expresan haber oído decir a los demandados que la escritura que la demandante les había hecho de las dos hectáreas de tierra, era ficticia...

"Pero ocurre que esa no es la prueba escrita a que aluden los artículos 1766 del Código Civil y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887. Tampoco se trata de la existencia de un principio de prueba por escrito que haga verosímil el hecho litigioso; ni de imposibilidad de obtener prueba escrita, porque no nos hallamos en presencia de haber existido originalmente la prueba escrita y haber ella desaparecido en incendio u otro accidente irreparable; y porque no se trata de imposible moral de obtener la prueba escrita como acontece con el valor de los servicios médicos. Y porque tampoco se trata de un caso expresamente exceptuado por la ley de presentar prueba escrita.

"La contraprueba, en el caso que nos ocupa, debería consistir en una escritura privada hecha por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, ya que ese documento privado, si bien no produce efectos contra terceros, sí tiene virtualidad suficiente para producirlo entre los contratantes de la escritura pública y la privada, conforme a una sana hermenéutica del artículo 1766 del Código Civil. Pero a los autos no se trajo ese documento o escritura privada, ni siquiera un principio de prueba por escrito".

Tampoco acepta el sentenciador que la prueba testimonial contenga una confesión extrajudicial de simulación. No encuentra dos testigos que coincidan exactamente en las circunstancias requeridas por la ley para acreditarla, "pues unos dicen que hablaron de simulación en determinado lugar, otros en otro, algunos en determinado tiempo y circunstancias y otros en otras, pero no hay dos testigos que coincidan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, que son las condiciones exigidas para que esos testimonios se tengan como plena prueba (Art. 697 del C. Judicial)". Por lo demás, asevera, "la confesión extrajudicial no hace plena prueba, es apenas prueba deficiente e incompleta que deja lagunas y vacíos que impiden al juzgador llegar a la convicción o certeza de que en realidad ha existido un acto privado que suprime, adiciona, altera, modifica o desvía los efectos contenidos en la escritura pública número 407 de 4 de septiembre de 1956, otorgada en la Notaría del Guamo".

Aborda el Tribunal el estudio relativo a la capacidad de la demandante, en razón de haberse sostenido que siendo débil mental es incapaz de obligarse y, después de analizar la prueba aducida al efecto, concluye:

"No aparece, pues, plenamente demostrado que en la demandante Valentina Preciado Flórez concurran algunas de las causales de incapacidad absoluta para obligarse por un acto o declaración de voluntad, como la declaración de voluntad contenida en la escritura pública número 407 de 4 de septiembre de 1956, de cuya simulación trata este juicio".

3º *La demanda de casación.*

Por razón de orden lógico se estudia como primero el tercer cargo de la demanda, que es el de incongruencia:

Primer cargo. (Tercero de la demanda).

No se refiere el recurso a la parte resolutiva de la sentencia. Se concreta a explicar el contenido de la pretensión, porque entiende que el Tribunal ha desviado su sentido y, después de reproducir el párrafo del fallo en que se dice: "Se ha pretendido enfocar este negocio por el aspecto de la capacidad de la demandante, que se sostiene que siendo una débil mental es incapaz de obligarse por un acto o declaración de voluntad (Art. 1502 del C. Civil)", comenta:

"Pero resulta que no ha sido pretensión de la demanda pedir la nulidad de la escritura, objeto del litigio, por falta de capacidad de la vendedora. A los autos se trajo la prueba de peritos-psiquiatras que examinaron la personalidad psíquica de la demandante, pero sólo para el efecto de demostrar que ésta, la víctima de los demandados, es persona fácilmente sugestionable y convencible, circunstancia que aprovecharon los demandados para obtener el producido de su engaño.

"Precisa, entonces, conocer la naturaleza de la acción propuesta. Es una acción que hemos

denominado de prevalencia para que se declare la verdad que contiene la escritura número 407 de 4 de septiembre de 1956 extendida en la Notaría del Circuito del Guamo, frente al pacto o acto verbal secreto que destruye los efectos de aquél. Esta acción, también llamada de simulación, persigue, como consecuencia de obtener la prevalencia del acto oculto sobre el aparente o público, la nulidad de los efectos de éste declarando su simulación, que encaja dentro de la nulidad absoluta por ausencia de los elementos que hacen esencia del contrato de compraventa".

4º *Se considera:*

A pesar de la confusión de conceptos y de la equivocada asimilación que el recurrente hace en los apartes anteriores y en todo este cargo de las acciones de simulación y de nulidad, lo cierto es que afirma que su pretensión fue la de obtener la declaración de simulación del acto contenido en la escritura 407 y, por tanto, la prevalencia del oculto. Y exactamente eso fue lo que el Tribunal definió al decir: "Absuélvese a los demandados... de los cargos formulados por la demandante..., referente a la declaratoria de simulación absoluta y sus consecuenciales...".

La congruencia entre la demanda y la sentencia es incuestionable. Lo resuelto por el Tribunal corresponde a lo solicitado por la demandante, aunque el fallo no le haya sido favorable. *Y conviene recordar que no consiste la incongruencia en que la sentencia no satisfaga las pretensiones del libelo o no absuelva a los demandados, en su caso, sino en que el juez resuelva sobre cuestiones no incluidas ni en la acción ni en la defensa; o porque recorte el contenido de las pretensiones de cualesquiera de las partes; o, en fin, porque dé más de lo pedido, sin respaldo en lo solicitado por ellas, con lo que desconocería el fallador el principio de lealtad procesal.* Además, la sentencia fue absolutoria, y por eso resolvió todo el contenido del litigio.

El reparo es improcedente.

5º *Segundo cargo.* (Primero de la demanda).

Dice éste que hubo violación de la ley sustantiva por errónea interpretación del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, en concordancia con lo dispuesto por el Art. 1767 del Código Civil al creer que aquella disposición exige o requiere prueba escrita o un principio de prueba por escrito emanado del demandado, para probar la simulación de actos jurídicos. "Pero sucede que en el caso de autos era menos que imposible obtener la demandante de los demandados la escritura privada que destruyera el acto expresado en la escritura pública, ni siquiera el principio de prueba por escrito, ya que la mentalidad débil, corta y dijéramos negativa de aquella la coloca en imposibilidad moral de siquiera ocurrírsele la precaución anotada de un escrito que diese margen a causarle sospecha o desconfianza hacia éstos, quienes prevalidos de esa inferioridad mental de su víctima, ganáronse su voluntad hacia el propósito de su criminal intento".

Después de citas y referencias para explicar que en casos de excepción podría demostrarse la simulación con pruebas que no fueran la contraestipulación escrita, la confesión o el principio de prueba por escrito, el recurrente afirma:

"...Pero cabe anotar que la doctrina ha venido ampliando la noción del concepto de 'imposibilidad' de que habla el aparte tercero del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, para colocar en ese estado la excepción a la misma parte cuando moralmente le ha sido imposible obtener la contraprueba escrita. En la noción de imposibilidad cabe tanto la física como la moral. Los terceros, como es obvio, se encuentran en estado de imposibilidad física; pero la parte misma puede haber estado moralmente imposibilitada de obtener la contraprueba por escrito, como en el caso que nos ocupa, y en ese evento desaparece para ella la restricción de la prueba de que nos hemos ocupado. Esto de la imposibilidad moral es cuestión de hecho, que en cada caso concreto corresponde al juzgador definir. Y como el Tribunal en la sentencia acusada no lo hizo, sino con un criterio más de imposibilidad física que de moral, es porque considero que se ha violado el artículo 93 de la Ley 153 de 1887 al absolver a los demandados por la circunstancia de que la demandante no probó la simulación con prueba escrita como contraestipulación privada que destruyera lo dicho en la escritura pública...".

6º *Se considera:*

De acuerdo con los principios generales del ordenamiento legal, para desconocer los efectos del contrato aparente, en el supuesto de simulación, la prueba conducente que el contratante que la invoca debe aducir al juicio, ha de consistir en el documento escrito de la voluntad oculta, o en la confesión del demandado. Empero, este enunciado está limitado por las excepciones que consagra el artículo 93 de la Ley 153 de 1887, en cuanto permite la aducción de un principio de prueba por escrito, es decir, "un acto escrito del demandado o su representante, que haga verosímil el hecho litigioso", o también "en

los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita y los demás expresamente exceptuados por la ley".

El concepto de imposibilidad física para obtener la prueba literal, como si habiendo existido desapareció después, ha sido ampliado por la jurisprudencia y la doctrina para abarcar los casos de imposibilidad moral, como acontece con el valor de los servicios médicos. "La doctrina considera —ha dicho la Corte—, que en ciertos casos la ley autoriza excepciones al artículo 93 de la Ley 153 de 1887, como ocurre con el depósito necesario (C. C., Art. 2261), por la naturaleza especial del contrato; con los servicios médicos, pues de acuerdo con la costumbre no se exige en ellos prueba escrita; cuando ha existido imposibilidad física o moral para obtener esa prueba, supuesto en que, como expresan Planiol y Ripert, los tribunales de instancia 'tienen en esta materia amplísimas facultades de apreciación' (T. VII. 884)". (XC. 326).

Para aceptar la imposibilidad física como para la imposibilidad moral, no puede ser indiferente, en el primer supuesto, la causa de desaparición del instrumento escrito; y, en el segundo, la demostración de la causa o razón de orden moral que impidió obtener la prueba escrita. Lo que indica que se trata de hechos que deben demostrarse en las instancias y apreciarse en ellas para que tengan adecuado tránsito al recurso de casación. La imposibilidad moral alegada en este caso, no fue planteada para su solución en la oportunidad debida. Se busca inferirla ahora de la flaqueza mental de la vendedora demandante, que el Tribunal no encontró demostrada, lo que indica que no hubo error en apreciar el contenido de la norma, sino simplemente falta de comprobación que condujera a favorecer las pretensiones de la actora en el juicio.

7º *Tercer cargo.* (Segundo de la demanda).

Se formula por errónea apreciación de la prueba. Además de su imprecisión, involucra errores de hecho evidente y de derecho respecto a las mismas pruebas, lo que lo hace antitécnico. Dice:

"El Tribunal Superior de Ibagué, en la sentencia acusada con esta demanda, ha subestimado el valor de la acción propuesta que persigue la nulidad de un título contentivo de una venta ficticia o simulada, nulidad que es consecuencia de la ausencia del consentimiento real para transferir el dominio la vendedora, como por la carencia de causa o de la falta del pago del precio que se fingió en la escritura, esencial en la naturaleza del contrato de compraventa; y decimos que ha subestimado el valor de la acción propuesta, por aparecer ésta, en el criterio de la sentencia, subordinada a la prueba producida en autos y a la cual se le ha dado una apreciación errónea. Lo que hace que el Tribunal haya violado los artículos 1740, 1741 del Código Civil en concordancia de lo dispuesto por los artículos 1501, 1502, 1524 y 1849 *ibídem,* por haberse incurrido en error de derecho por lo mismo de la apreciación errónea que hizo de la prueba de la confesión extrajudicial traída al proceso, como también por error de la demás prueba indiciaria que demuestra la existencia de la simulación que entraña la escritura cuya nulidad se pide".

Reproduce el recurso los conceptos emitidos por el fallador en lo relativo a la confesión extrajudicial, y con el ánimo de destacar el error del Tribunal dice que para éste "no existe más prueba de la simulación en este proceso que la testimonial: es un error de hecho que de modo manifiesto aparece en los autos, ya que los indicios allegados al juicio, como el no haber perdido la posesión de lo vendido la demandante, el ser falso el documento que contiene una promesa de venta cuyo contenido fue desvirtuado por los mismos testigos que allí aparecen, la prueba pericial que demostró la personalidad fácilmente convencible de la demandante como víctima del engaño de los demandados, las contradicciones harto sospechosas de los demandados en que incurren cuando comparecen declarando primero en indagatoria como sindicados de 'estafa' y 'abuso de confianza' y posteriormente en las diversas ocasiones en que fueron llamados a absolver posiciones, el haber otorgado o girado una letra de cambio aceptando una deuda que no existía los demandados (como que dicen que contenía el pago de unos honorarios por la defensa penal de una incriminación que aún no se les había hecho cuando el instrumento fue girado) con el sólo fin de adelantar un embargo que previera otro de la demandante (denunciante) sobre el mismo bien y obtener un secuestro para despojar a la demandante de la posesión que la demandante no había dado a los demandados, etc., son otras tantas pruebas que el Tribunal no encontró a pesar de su producción en los autos, todas las cuales, eminentemente indiciarias nos están diciendo en forma vehemente la verdad de la simulación que entraña el título sub judice. Fue un error de hecho cometido por el Tribunal que aparece de manifiesto en los autos y que motivó el desconocimiento de las normas sustantivas invocadas como fundamento del derecho implorado en la demanda.

"No se nos escapa que el mismo Tribunal en su sentencia acusada, admite en el párrafo anteriormente transcrito que las declaraciones de los testigos traídas al proceso 'expresan haber oído decir a los demandados que la escritura que la demandante les había hecho de las dos hectáreas de tierra, *era ficticia'*; si eso expresan los numerosos testigos de que la referida escritura era ficticia, es decir, fingida y no real, qué más prueba puede exigirse de la simulación...".

Sostiene también el recurso que cuando el artículo 608 del Código Judicial deja al juez la potestad de valorar la confesión extrajudicial, es esa facultad, la del juez, "la que es intocable en casación y no la del Tribunal para desechar la del Juez...".

Después de otras afirmaciones de aún menor importancia, señálase como infringido el artículo 697 del Código Judicial.

8º *Se considera:*

En las transcripciones de la sentencia del Tribunal pudo verse que el criterio fundamental de éste al revocar la sentencia del Juez *a quo*, fue la ausencia de prueba conducente para declarar la simulación impetrada. Al estudiar la confesión extrajudicial, la encontró deficiente, por cuanto las declaraciones con que quiso establecérsela, por sus defectos, no lo convencieron y, más, según el fallador, no existiendo siquiera un principio de prueba por escrito, en un litigio sobre simulación entre las partes que celebraron el contrato fingido, la prueba por indicios no es idónea.

Por su parte, el recurrente se vale del recurso de casación para afirmar que hubo imposibilidad moral de la presunta vendedora para obtener la prueba escrita, o un principio de prueba literal, cuestión que constituyó motivo de un cargo que antes se desechó; todo lo cual indica la incertidumbre general de la demanda y de este cargo en particular, porque, si se aborda el planteamiento por error de derecho, resulta que la atribución autónoma de valorar las pruebas, corresponde al fallador de instancia, mientras no se demuestre un error de hecho evidente o de derecho que haga posible la infirmación de la sentencia de segundo grado; y, si se avoca la cuestión por el aspecto de error flagrante, bastaría la lectura del reparo para inferir su ineficacia. Si al Tribunal no convencieron los indicios y sí al recurrente, esta no sería suficiente razón para casar la sentencia y sustituir el juicio del Tribunal por el de la Corte. Para que esto suceda es indispensable que el cargo produzca el rompimiento de la sentencia, es decir, que sea fundado.

Cuando la ley (608 C. J.) atribuye al juez la potestad de valorar la confesión extrajudicial, lo mismo que cuando en múltiples veces emplea la propia expresión, se refiere en sentido general al juzgador, en su razón de administrar justicia. Además, el recurso de apelación, por causa de la competencia funcional, da o traslada al juez *ad quem*, la atribución de revisar todo el proceso.

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 Ibagué, de fecha trece (13) de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el juicio ordinario de Valentina Preciado Flórez, contra Samuel Hernández y otro, sobre simulación de un contrato de compraventa.

Sin costas en casación porque no se causaron.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ESTADO CIVIL

Condiciones para que tenga carácter de confesión la manifestación consignada en los hechos de la demanda. — Estado civil y su prueba. — La confesión no es medio ni siquiera supletorio para acreditar el estado civil. — Es legal la presentación directa de los instrumentos públicos o auténticos durante el término de pruebas. — Actas de registro de nacimientos. — Qué deben contener y alcance de la omisión de una cualquiera de tales condiciones. — La edad y su prueba. — Relaciones sexuales. — La fecha del comienzo, no su fin, y la prueba del nacimiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, octubre 26 de 1964.

(Magistrado ponente: Arturo C. Posada).

Josefina Dau de Alemán por medio de apoderado demandó en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mompós a Dive Bezil (o Pessil) de Dau, en su condición de única heredera en la sucesión de Juan Dau, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que Josefina Dau de Alemán es hija natural de Juan Dau Mebarak;

"b) Que Josefina Dau Rojas de Alemán tiene derecho a heredar a su padre natural Juan Dau Mebarak y a intervenir en el juicio sucesorio que se ventila o tramita actualmente en el Juzgado Promiscuo de Mompós;

"c) Que el testamento abierto otorgado por el señor Juan Dau Mebarak, base del sucesorio que cursa en el Juzgado mencionado, y que contiene la escritura pública número 237 de 29 de noviembre de 1941 pasada ante el señor Notario del Circuito Notarial de Mompós debe ser reformado en el sentido de reconocer a la señora Josefina Dau de Alemán su participación de legitimaria como hija natural del otorgante;

"d) Que los bienes mencionados en los hechos decimonoveno, decimonoveno bis, vigésimo y vigésimo bis, de los fundamentales de la demanda, son bienes del haber de la sociedad conyugal formada por el matrimonio habido entre Juan Dau Mebarak y Dive Bezil, y deben ser tomados en cuenta en la sucesión del señor Juan Dau Mebarak para liquidar en primer lugar el haber de la sociedad y proceder luego a liquidar el haber herencial del cónyuge muerto;

"e) Que la parte demandada debe pagar las costas de la actuación".

Los veintidós hechos que forman la causa petendi, se resumen así:

En el año de 1906, Juan Dau Mebarak, de nacionalidad Sirio-Libanesa, llegó a la población de Margarita, y al comenzar el año de 1907 entabló relaciones sexuales estables y notorias con Vicenta Rojas Arias, entonces menor de edad, y la llevó a convivir con él en el Barrio Abajo de dicha población en forma pública y notoria, de modo que todo el vecindario los tenía como marido y mujer.

De estas relaciones, que duraron hasta el año de 1910, nació el 14 de diciembre de 1907 la demandante Josefina, a cuyo sostenimiento proveía Dau, y ambos le daban el trato de hija presentándola como tal a deudos y amigos.

Suspendida la vida marital que durante cuatro años llevaron Juan y Vicenta, aquel continuó dándole el trato de hija a Josefina hasta 1919 en que la menor cumplió doce años.

Juan Dau consiguió en 1919 que Josefina pasara a vivir a la casa de su hermano Jorge Dau, donde creció hasta llegar a la mayor edad recibiendo la protección de su padre natural, quien hasta esa época atendió a su sostenimiento, educación y establecimiento y presentándola a todos los demás parientes, a los amigos y al vecindario en general como hija, por los cuales era reputada así.

Juan Dau murió en Mompós el 26 de marzo de 1953, y Josefina tiene derecho en su condición de hija natural a heredarlo.

Por escritura 237 de 29 de noviembre de 1944 de la Notaría de Mompós, Juan Dau otorgó testamento abierto, en el cual instituyó heredera universal a su cónyuge Dive Bezil (o Pessil) de Dau.

El matrimonio Dau Bezil no tuvo descendencia. Así lo anota la memoria testamentaria, en la cual no se menciona a la hija natural Josefina. Tal omisión "es una presunta institución de heredera en favor" de ésta.

En el mismo Juzgado Promiscuo de Mompós se declaró radicado el juicio sucesorio de Juan Dau con base en el testamento, y se dispuso tener como heredera a su cónyuge Dive Bezil.

En la demanda sobre apertura del juicio sucesorio de Juan Dau, se dice que el testador no dejó bienes; que la cónyuge sobreviviente tampoco tiene, y que el único perteneciente a la sociedad conyugal es una acción en los terrenos de la comunidad de "Dantas y Contadero", jurisdicción del Municipio de San Fernando y Margarita, cuyo valor puede estimarse en $ 2.000.

El testador Dau en su memoria declara expresamente que todos los bienes que él y su esposa poseen fueron adquiridos durante el matrimonio y forman el haber de la sociedad conyugal.

Juan Dau contrajo matrimonio con Dive Bezil el 20 de febrero de 1911 y con posterioridad a esa fecha, por escritura 155 otorgada en la Notaría de Mompós el 26 de noviembre de 1925, la cónyuge aparece adquiriendo a título oneroso los potreros denominados El Líbano, Santa Rosa y La Loma de las Palmas, ubicados y delimitados como reza el hecho 19 de la demanda.

Estos tres inmuebles habían entrado al patrimonio de la sociedad conyugal por haberlos adquirido el cónyuge Dau Mebarak así: el primero, conocido también con el nombre de La Trinidad, por compra a Jerónimo Peña y Jorge Dau, según instrumentos 22 de 13 de abril de 1912, y 70 de 14 de junio de 1913; el segundo, por compra a Salomé Machado, al tenor de la escritura 85 de 29 de agosto de 1917; y el tercero, por compra a Tiburcio Machado conforme a instrumento 63 de 22 de mayo de 1923. Estas escrituras fueron autorizadas en la Notaría de Mompós.

Uno de los cónyuges adquirió dos casas con el solar en que están construidas, situadas en la ciudad de Barranquilla, por escritura 2480 de 4 de septiembre de 1946, Notaría Segunda, especificadas en el hecho 20.

Uno de los cónyuges adquirió también tres casas ubicadas en la ciudad de Mompós, mediante las varias escrituras citadas en el hecho "vigésimo bis" y comprendidos por los linderos que en el mismo se expresan.

El apoderado de la demandada, propuesta la excepción dilatoria de inepta demanda que le fue negada, contestó el traslado negando los hechos fundamentales, aceptando algunos y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas.

Alegó las excepciones perentorias de "inexistencia del hecho en que se basa la acción" y la de prescripción de la misma.

Asimismo estableció demanda de reconvención contra el doctor Francisco de P. Vargas Vélez y Josefina Dau de Alemán, para que se les condenara:

Primero. A pagar a Dive Bezil v. de Dau los perjuicios morales y materiales que le han ocasionado y le sigan ocasionando "con el pleito que injustamente le han promovido en ese Juzgado sobre reclamos en la herencia del finado señor Juan Dau Mebarak. La cuantía de esta indemnización será la que oportunamente se fije en forma legal, y desde ahora la estimo en suma no inferior a veinte mil pesos ($ 20.000)"; y

Segundo. Que se les condene al pago de las costas del juicio.

La causa de la acción se sintetiza así:

Con fecha 20 de noviembre de 1953, el doctor Francisco de P. Vargas en representación de Josefina Dau de Alemán entabló demanda contra Dive Bezil de Dau, en que pide se declare que Josefina es hija natural de Juan Dau Mebarak, se le reconozca la calidad de heredera del mismo, se reforme el testamento y se incluyan en la herencia unos bienes cuyo dominio también se reclama para la sucesión.

Al promover este pleito, tanto Josefina Dau de Alemán como su apoderado el doctor Vargas Vélez, "han procedido no solo con temeridad e injusticia notorias sino con verdadera malicia", porque ambos están ciertos de que el finado Dau Mebarak jamás reconoció a la demandante como hija, pues en su testamento declaró no haber tenido hijos naturales, y los reconvenidos no pueden ignorar que los bienes cuyo dominio reclaman no pertenecen a la sociedad conyugal ni a la sucesión por haber salido del respectivo patrimonio por ventas consignadas en escrituras públicas debidamente registradas, de las cuales deliberadamente se hace caso omiso en la demanda principal.

Con el pleito en referencia, los contrademandados le han ocasionado a la reconvenida perjuicios materiales y erogaciones y diligencias a que se le somete injustamente, y perjuicios mo-

rales por la mortificación e intranquilidad que le causan, y la necesidad en que la colocan de defender la memoria y buen nombre de su esposo.

Los reconvenidos son solidariamente responsables así: Josefina Dau de Alemán por haber dado el poder y el doctor Vargas Vélez por haberlo aceptado y ejercido.

Aceptada la demanda de mutua petición solamente contra Josefina Dau de Alemán, su apoderado la contestó aceptando los hechos primero y segundo y negando los tres restantes. En cuanto al fondo de la acción, manifiesta que hay un error sustancial en iniciar "una acción que no viene a nacer, que no puede nacer, sino cuando esté ejecutoriada la sentencia que decida la litis en general".

El Juzgado del conocimiento por sentencia de 18 de mayo de 1957 negó tanto las peticiones de la demanda principal como las del libelo de reconvención, absolvió a la demandada y condenó en costas a la demandante.

Subido el negocio por apelación de la actora principal, el Tribunal profirió fallo de segunda instancia el 4 de noviembre de 1961 en que confirma el del Juzgado, y condena en costas a la parte vencida.

MOTIVACION DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Del examen de los hechos principales, de las pruebas aducidas y de las disposiciones legales invocadas, encuentra que la declaración de paternidad impetrada tiene como fundamento las causales consagradas en los numerales 4º y 5º de la Ley 45 de 1936, o sean, las relaciones sexuales estables y notorias con comunidad de habitación entre Juan Dau, presunto padre, y Vicenta Rojas, por varios años; y que aquel "tuvo a la actora como hija natural suya, presentándola así a sus amigos y parientes y proveyendo a todas las necesidades de la hija".

Del considerable número de testigos recibidos a solicitud de la parte demandante hace una clasificación en tres grupos así: en el primero coloca a los declarantes "que expresan no saber nada de los hechos sustanciales sobre los cuales se les interrogó"; en el segundo, "los que contestaron afirmativamente muchas preguntas que se les formularon sin explicar las razones por las cuales les consta y los que expresaron saberlas de oídas"; y en el tercero, los que "en una u otra forma manifestaron conocer detalles de cuanto se les preguntó, y quienes sí explicaron la razón de su dicho, razones por las cuales resulta el más interesante para el aspecto probatorio de los hechos".

En el primer grupo coloca a los declarantes Micaela Amarís Zabaleta, Alicia Amarís Zuleta, Leticia Herrera Villarreal, Domingo Orlando Jiménez, Rafael G. Ribón Daza, Luis E. Toscano Arteaga, María de Jesús Cahedo, Carmela Tomás Villalobos y Clara de Guzmán. Transcribe lo pertinente de cada declaración para confirmar el aserto de que en realidad manifiestan no constarles nada sobre las relaciones sexuales entre Juan Dau y Vicenta Rojas ni sobre hechos relacionados con la posesión notoria del estado civil reclamado por la actora.

Copia también lo atinente de lo depuesto por los siguientes testigos del segundo grupo: Graciela Acuña Silguero, María Fernando Trespalacios de Rossi, Andrés Acuña Silguero, Marcos Acuña Torres, Ceferino Viadero Ríos, Abigaíl López, Gregoria Gutiérrez de Ibarra, Evangelina Villanueva de Pedroso, Delfín Pedroso Padilla, Adriana Gutiérrez Guzmán, Marcelina Revelo y Encarnación Gutiérrez Revelo. De éstos, los cuatro primeros conocieron a Josefina ya en casa de Jorge Dau en Mompós, sin que les conste de actos de reconocimiento por parte de Juan Dau.

Los testigos Viadero Ríos y Abigaíl López manifiestan que oyeron decir de la vida común llevada por Juan Dau y Vicenta Rojas y del nacimiento de Josefina, pero directamente no les consta nada.

Los demás declaran constarles que Juan y Vicenta hicieron vida marital de la cual nació Josefina, pero no recuerdan la época de iniciación de aquella vida, ni cuándo terminó ni siquiera el año en que nació Josefina.

Reproduce, finalmente, la parte conducente de lo depuesto por los testigos catalogados en el tercer grupo, que son: Aminta Villarreal Vides de Martínez, Rafael Dau Silguero, Manuel Miranda C., Rafael T. Jiménez, Santiago Ibarra Noriega, Agapito López Villanueva, Maximiliano Pérez Pedroso, Hermenegildo Rapalino Bonilla, Juan Martínez Covilla, Andrea Pedroso Noguera, Carmen Miranda de Castro, Miguel A. Lengua, Domingo Gutiérrez Rangel, Emilia Oliveros de Díaz y Luis Felipe Flórez Torres.

Los exponentes Jiménez, Pérez Pedroso, Martínez Covilla, Pedroso Noguera, Pedroso Padilla, Oliveros de Díaz y Flórez Torres dan cuenta de que Juan Dau y Vicenta Rojas hicieron vida común en Margarita de la cual nació Josefina, a quien áquel prodigaba las atenciones de hija, pero tampoco informan del tiempo en que se inició dicha vida, cuándo terminó ni cuándo nació Josefina.

Rafael Dau Silguero y Miranda C., deponen haber conocido a Josefina en casa de Jorge Dau en Mompós, donde la trataban como sobrina de éste o hija de Juan, pero no les consta que éste le diera el trato de hija. Solamente el segundo refiere que yendo un día con Carmen, hermana del declarante, y con Josefina de paseo se encontraron con Juan Dau a quien ésta saludó diciéndole papá, y él le dio dinero para sus gastos.

Santiago Ibarra Noriega expone que en el año de 1906 conoció viviendo a Juan Dau y Vicenta en la casa que era de Evangelina Villanueva de Pedroso y que Josefina nació antes de que se separaran pero no recuerda la fecha del nacimiento.

Hermenegildo Rapalino Bonilla declara que vio que Juan Dau y Vicenta hacían vida marital por los años de 1906 o 1907, porque comenzaron a los dos años de haber llegado el testigo a Margarita que fue en 1905; que no sabe cuánto duraron las relaciones; que de estas nació Josefina pero no sabe cuándo, que era público que Juan la sostenía lo mismo que a Vicenta.

Aminta Villarreal Vides de Martínez relata que yendo un día con Josefina se encontró con Juan Dau y luego de saludarla le dijo: "Papá deme dos pesos ($ 2.00)", y que Juan le dijo que era su hija y se la presentó como tal.

Carmen Miranda de Castaño narra que de los años de 1919 a 1935 que permaneció Josefina en casa de Jorge Dau, presenció que Juan Dau la consideraba su hija, y así la presentaba a todos sus parientes y relacionados y la atendía en sus gastos.

Agapito López Villanueva, que para el año de 1910 contaba siete años, dice que iba con frecuencia a la casa donde vivía Vicenta Rojas con su hija Josefina y encontraba al que llamaban el turco Juan Dau que a veces tenía a la niña en los brazos o en las piernas.

El médico Miguel A. Lengua declara que por los años de 1907 y siguientes le prestó sus servicios profesionales a Juan Dau y a una muchacha con quien parecía que hacía vida marital ilegítima; y que en varias ocasiones atendió a una niñita de nombre Josefina que dijo era hija suya.

De las declaraciones que forman el tercer grupo, prosigue el Tribunal, se llega al convencimiento de que entre Juan Dau y Vicenta Rojas Arias existieron relaciones sexuales viviendo por algún tiempo bajo un mismo techo; pero como la mayoría de los declarantes manifiestan no recordar la época en que comenzaron y terminaron tales relaciones, y los pocos que señalan fechas lo hacen en forma imprecisa, no es posible sacar las consecuencias jurídicas de que tratan los numerales 4º y 5º de la Ley 45 de 1936. Anota también que, al paso que la demanda afirma que las relaciones se iniciaron siendo Vicenta todavía menor de edad, el acta de nacimiento de ella expresa que tenía 26 años para 1906, en que comenzaron, según el libelo.

Halla que de las pruebas se desprende como época inicial y probable de las relaciones la de 1906, pero que no aparece debidamente establecido el tiempo que duraron.

La falta más notoria y grave es la de la fecha del nacimiento de la presunta hija de Juan Dau, pues en el acta traída al proceso aparece que María Josefina, hija de Vicenta, nació el 14 de diciembre de 1909, y que fue bautizada el día 19 de octubre del mismo año. Hay en esto también una contradicción con el libelo, que en el hecho 2º expresa que la demandante nació el 14 de diciembre de 1907.

Y prosigue el fallo: "Como se observa por todos los razonamientos anteriores y por las transcripciones de los apartes más importantes de los testimonios recibidos, no ha sido posible establecer, ni siquiera en forma probable, la fecha del nacimiento de Josefina, y, sin esta fecha que es fundamental para la presunción del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, no puede sostenerse jurídicamente que la actora haya 'nacido después de los ciento ochenta días, contados desde que empezaron las relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron' ".

Resume los razonamientos anteriores exponiendo que, si bien existieron relaciones sexuales estables y notorias por algún tiempo entre Juan Dau y Vicenta Rojas "pero sin saberse con exactitud las fechas precisas en que comenzaron y terminaron, ni tampoco el día del nacimiento de la presunta hija, no se puede configurar —por falta de la premisa sobre la cual descansa— la presunción de paternidad derivada de la época probable de la concepción, porque el legislador al determinar el límite máximo y mínimo del tiempo dentro del cual debía verificarse el nacimiento como resultado de las relaciones sexuales habidas entre el marido y su mujer, quiso que un asunto tan definitivo y trascendental como es la paternidad, no quedara sometido a simples pruebas, en la casi totalidad de los casos, menos fuerte que la presunción de derecho consagrados (sic) para tal efecto".

Agrega que los numerosos testimonios que explican las relaciones de marido y mujer que existieron entre Juan Dau y Vicenta Rojas constituyen si no la plena prueba, sí fuertes in-

dicios no suficientes para demostrar la presunción del numeral 4º "faltando como falta el día, mes y año en que debió acontecer el nacimiento de la actora".

Insiste en que, ignorándose la fecha exacta del nacimiento de la demandante, no es posible que se configure la presunción del numeral 4º y, por consiguiente, no se puede declarar que sea hija natural del finado Juan Dau.

En cuanto a la prueba de la posesión notoria advierte que solo la testigo Carmen Miranda de Castaño es la única que precisa que Juan Dau le dio a Josefina "el tratamiento de hija presentándola como tal, atendiéndola en sus gastos. Los demás declarantes aportados con tal objeto no pudieron señalar el término de los diez años, ni precisar tampoco fechas, pues solamente explicaron hechos ocasionales referentes al trato que Juan Dau le diera a la actora como padre".

Deduce que, siendo un solo testigo el que da fe de la posesión notoria, "no se cumplen las exigencias del artículo 399 del Código Civil".

Como razón complementaria anota que por no haberse identificado los declarantes Aminta Villarreal Vives de Martínez, Juan Martínez Covilla, Carmen Miranda de Castaño y Emilia Oliveros y en el supuesto de que sus exposiciones fueran suficientes para convencer al fallador de las pretensiones impetradas en el libelo, la falta de dicha formalidad hace que el sentenciador de segunda instancia no tenga la certeza de que el testimonio recogido corresponda realmente al de las personas a quienes les fue solicitado, "y esta duda, le resta responsabilidad a las declaraciones y como lógica consecuencia las deja sin valor probatorio".

Niega la demanda de reconvención porque "no ha existido malicia o temeridad que pueda imputarse a la actora en el hecho de la demanda de filiación natural impetrada", cuya improsperidad obedece simplemente a la falta de pruebas.

RECURSO DE CASACION

El apoderado de la actora impugnó la sentencia del Tribunal Superior con el recurso extraordinario de casación, que entra la Corte a resolver:

Dos cargos formula la demanda con base en la causal 1ª del artículo 530 del Código Judicial: El primero por violación indirecta de normas sustantivas a causa de errores de derecho en la estimación de pruebas, que expone en los apartes a), b) y g), y de errores de hecho, en los ordinales c), d), e) y f); el segundo lo sustenta en violación directa de normas sustantivas por interpretación errónea de ellas.

La primera censura la enuncia así: "Acuso la sentencia recurrida por la primera de las causales de que trata el artículo 520 del Código Judicial por violación de los artículos 4º de la Ley 45 de 1936, 1037, 1055, 1226, 1239, 1240, 1241, 1274, 1275, 1276, 1774, 1781 y 1220 Código Civil y 85 L. 153 de 1887, y 1º, y 4º L. 28 de 1932, a consecuencia de error de derecho o de error evidente de hecho en la apreciación de la demanda y de las pruebas que se determinarán en el cuerpo del cargo".

Como premisa de la demostración de la tacha, copia la parte fundamental de la motivación del fallo, arriba sintetizada, y continúa: "Las anteriores afirmaciones del sentenciador implican los siguientes errores":

a) De derecho en cuanto admite que la menor edad de Vicenta Rojas, al iniciar sus relaciones sexuales, y el nacimiento de Josefina Dau se pueden probar con la confesión contenida en los hechos 1º y 2º de la demanda, pues la confesión no es medio probatorio "del estado civil de las personas en los artículos 347 y 395 del Código Civil vigente en 1880, al nacer Vicenta Rojas Arias, ni en los artículos 22 de la Ley 57 de 1887, 18 y 19 de la Ley 92 de 1938, ni en parte alguna del Código Civil o de otra ley". Por tanto al aceptar una prueba no reconocida por la ley, el sentenciador incurrió en error de derecho violando estos preceptos y los artículos 593, 601 y 605 del Código Judicial. Y como las normas precitadas exigen para la demostración del estado civil, fuera de las actas del mismo, los medios que forman la supletoria, entre los cuales no figura la confesión, en cuanto el Tribunal acogió la contenida en los hechos 1º y 2º de la demanda como demostrativos de la menor edad de Vicenta Rojas cuando comenzó su vida marital con Juan Dau, y como prueba que contradice la partida de nacimiento de Josefina, cometió error de derecho con quebranto de los preceptos indicados.

b) Al apoyar en la partida de nacimiento de Vicenta Rojas el aserto de que ésta era mayor de edad en la época en que se unió en vida marital con Juan Dau, en contradicción con el hecho 1º de la demanda, comete error de derecho en la estimación de esa prueba por dos motivos:

1º El acta de bautismo de Vicenta Rojas (Fol. 28, C. 3º) reza que ésta nació en 1880. Para esta época regía el Código de 1873 conforme al cual sólo tenían el carácter de pruebas principales del estado civil las actas de origen notarial. Y para que sean admisibles las pruebas supletorias, en los términos del artículo 395 del Código Civil

y del 19 de la Ley 92 de 1938, es indispensable demostrar la falta de la principal, hecho que no se ha establecido. Por lo cual no puede admitirse como prueba del nacimiento de Vicenta Rojas la partida expedida por el Párroco de Santa Cruz de Mompós.

A la prueba del nacimiento de Vicenta Rojas se aplican los artículos 347 y 395 del Código Civil vigentes entonces, o los artículos 1º y 19 de la Ley 92 de 1938 que regían al producirse y estimarse la prueba. El acta de origen eclesiástico no podía admitirse como prueba porque no se ha demostrado la falta de la principal. Y como el sentenciador les dio pleno valor probatorio incurrió en error de derecho con violación de los referidos preceptos.

2º Cometió yerro de la misma clase el Tribunal, en cuanto aceptó la misma partida de bautismo como legalmente producida, puesto que fue acompañada al memorial de petición de pruebas con violación de lo preceptuado por el artículo 636 del Código Judicial que señala las oportunidades en que las partes pueden presentar los documentos públicos entre las cuales no figura la de solicitud de pruebas.

c) Afirmando el Tribunal que no se sabe en qué época comenzaron las relaciones sexuales, estables y notorias entre Juan Dau y Vicenta Rojas, cae en error evidente de hecho. En efecto, de los testimonios de Santiago Ibarra Noriega, Hermenegildo Rapalino Bonilla y Miguel A. Lengua, aceptados por el Tribunal como legalmente producidos, se desprende, sin lugar a dudas, que tales relaciones se iniciaron hacia fines de 1906, y se convirtieron en públicas y notorias a comienzos de 1907.

De los apartes atinentes de lo expuesto por estos testigos resulta: Ibarra Noriega afirma que en el año de 1906 conoció a Juan Dau y Vicenta Rojas viviendo en la casa que luego fue de Evangelina Villanueva de Pedroso; Rapalino Bonilla, relata que Dau hizo vida marital con Vicenta "por los años de mil novecientos seis o mil novecientos siete"; y Lengua refiere que por los años de mil novecientos siete y siguientes les prestó sus servicios médicos a Juan Dau y a una muchacha de apellido Rojas con quien hacía vida marital.

Agrega copia de lo depuesto sobre el particular por Luis Felipe Flórez, Juan Martínez Covilla y Domingo Gutiérrez Rangel. El primero y el tercero aunque manifiestan que conocieron a Dau viviendo en Margarita en 1905 o 1906 y que hizo vida común con Vicenta, ninguno expresa en qué año comenzó. El segundo dice que no recuerda.

Vuelve a reproducir el parágrafo de la sentencia en que el Tribunal estima que por no haberse identificado cuatro testigos, entre ellos Juan Martínez Covilla, su declaración resulta dudosa, y anota el impugnante: "Esta afirmación es notoriamente errada y contraria a la verdad procesal, comoquiera que los testigos que deponen sobre el hecho de que fue para fines de 1906 y comienzo de 1907 que se iniciaron las relaciones sexuales entre Juan Dau y Vicenta Rojas, fueron debidamente identificados a saber: Santiago Ibarra Noriega (Fol. 54, C. 2) pruebas de la parte actora. Hermenegildo Rapalino Bonilla (Fol. 158, mismo cuaderno). Miguel A. Lengua (Fol. 79 *ibídem*). Domingo Gutiérrez Rangel (Fol. 24, C. 6) y Luis Felipe Flórez Torres (Fol. 27, C. 6)". "Comete error evidente de hecho el Tribunal cuando afirma 'que' de los apartes más importantes de los testimonios recibidos no ha sido posible establecer ni siquiera en forma probable, la fecha de nacimiento de Josefina", que es fundamental para la presunción del numeral 4º de la Ley 45 de 1936, o sea, que el nacimiento se efectuó dentro de los términos que contempla tal precepto.

Santiago Ibarra Noriega, Hermenegildo Rapalino Bonilla, Luis Felipe Flórez Torres y Domingo Gutiérrez Rangel, quienes, dice el acusador, deponen "sobre el hecho de que, habiéndose iniciado hacia fines del año de 1906 y comienzos de 1907 las relaciones sexuales entre Juan Dau y Vicenta Rojas, de esa unión —y viviendo juntos— nació una niña a la que pusieron el nombre de Josefina".

Vuelve a transcribir el relato de estos testigos sobre el año en que Juan Dau comenzó a hacer vida marital con Vicenta Rojas, y sobre el hecho de que Josefina nació cuando todavía llevaban aquella vida.

Hace hincapié en que el testigo doctor Lengua informa que en varias ocasiones a petición de Dau le prestó sus servicios a una niñita de nombre Josefina, que éste le dijo era hija suya.

Con estos testimonios, prosigue el recurrente, se prueba que de 1906 en adelante Juan y Vicenta mantuvieron relaciones sexuales estables y notorias y que de éstas nació Josefina "la que de 1907 en adelante recibió los servicios facultativos del doctor Miguel A. Lengua, lo que indica sin lugar a dudas, que para ese mismo año había nacido"; y que está demostrada la época en que se iniciaron dichas relaciones (1906).

Añade que la evidencia surgida de los anteriores testimonios está reforzada con las declaraciones de Andrea Pedroza de Noguera, Luis Felipe Flórez Torres, Domingo Gutiérrez Rangel,

Adriana Gutiérrez Guzmán y Delfín Pedroso Padilla, quienes en los pasos copiados de sus testimonios exponen constarles que Juan Dau y Vicenta Rojas hicieron vida común y que durante ésta nació Josefina.

También transcribe las declaraciones de Inés Silguero de Dau, Aminta Villarreal de Vives, Graciela Acuña Silguero, Marco Acuña Torres, Rafael Dau Silguero y Carmen Miranda de Castaño, los cuales convienen en que conocieron a Josefina viviendo en casa de Jorge Dau de 1919 o 1920 hasta 1935. De estos deponentes el acusador destaca especialmente a Inés Silguero de Dau, esposa de Jorge Dau, quien afirma que Josefina llegó de doce años, y estuvo en casa de la testigo hasta 1935; y a Carmen Miranda de Castaño para la cual Josefina representaba doce años en 1919, cuando llegó a la casa de Jorge Dau en Mompós.

Continúa el impugnante: "De los testimonios anteriores surge ostensiblemente que Josefina Dau llegó a Mompós, a vivir en la casa de Inés Silguero de Dau en 1919". Anota que es manifiesta la contradicción de la partida al afirmar que Josefina fue bautizada el 19 de octubre de 1909 y que nació el 14 de diciembre de 1909; pero que también es evidente que sí fue bautizada en 1909, el 14 de diciembre, el nacimiento tuvo que ser anterior a ese año.

Finaliza el razonamiento así: "Habiéndose probado, como se ha visto, que las relaciones sexuales entre Juan Dau y Vicenta Rojas comenzaron a finales de 1906, que la niña nació después de iniciadas y viviendo juntos los nombrados, que fue llevada a Mompós en 1919 y que para ese año tenía doce años de edad, queda notoriamente aclarado el error de la partida que en copia se trajo a los autos: Josefina Dau Rojas nació el 14 de diciembre de 1907 y en todo caso después de ciento ochenta días de iniciadas las relaciones sexuales entre Juan Dau y Vicenta Rojas".

Para el recurrente es contrario a la evidencia que surge de las pruebas analizadas el aserto contenido en el fallo de que no fue posible establecer en forma siquiera probable la fecha del nacimiento de Josefina.

e) "Otros hechos evidentes que desconoció el Tribunal". Este enunciado lo desarrolla la demanda de casación, en resumen, así:

Además de las pruebas citadas, obran las que adelante transcribo que refuerzan las anteriores conclusiones, hasta llegar a la total evidencia de que sin lugar a dudas Josefina nació de las relaciones sexuales que Juan Dau y Vicenta Rojas iniciaron en 1906.

"Esas pruebas acreditan que Josefina llevaba, desde su nacimiento, el apellido Dau, que fue públicamente conocida así y que con ese apellido se casó en 1935, que vivió con ese apellido en casa de los esposos Dau Silguero desde 1919 hasta 1935, que éstos, sus hijos, parientes y amigos la trataron con toda consideración, como a sobrina de los esposos Dau-Silguero y prima de los hijos de éstos, y que fue reputada por el vecindario, como hija de Juan Dau, el que le dio el trato de tal. Es decir que se ha probado el nombre, el trato y la fama". Acepta que si bien estos elementos son los integrantes de la posesión notoria del estado civil, no se pueden tener en cuenta para este fin, por cuanto solamente un testigo precisó su duración de diez años, pero que no puede desconocerse que la fuerza de convicción de esas pruebas unida a las anteriores "permite concluir que está probado el supuesto de hecho previsto por el artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936. Afirmar otra cosa es contrariar la evidencia procesal y quebrantar el citado precepto al no aplicarlo al caso de autos".

Las pruebas desconocidas por el sentenciador son:

Para el nombre, las declaraciones de Micaela Amarís Zabaleta, Domingo Orlando Jiménez, Andrés Acuña Silguero, doctor Manuel Miranda, Santiago Ibarra Noriega y Carmela Tomás Villalobos, de cuyos apartes reproducidos, dice el recurrente, surge con meridiana claridad que siempre llevó Josefina el apellido Dau desde su nacimiento; que con ese nombre vivió en casa de Jorge Dau desde 1919 hasta 1935, y como Josefina Dau la identifica la demanda de reconvención.

Para la fama invoca los testimonios de Rafael T. Jiménez Z., Santiago Ibarra Noriega, Agapito López Villanueva, Maximiliano Pérez Pedroso, Hermenegildo Rapalino Bonilla, Juan Martínez Covilla, Ceferino Viadero Ríos, Andrea Pedroso de Noguera, Carmen Miranda de Pedroso, copiados en lo pertinente, los que dan fe de un hecho evidente: que era fama pública el que Josefina era hija de Juan Dau. Tratándose de probar la fama es de recibo legal que los testigos depongan de oídas "como lo autoriza el artículo 698 del Código Judicial". Por esta razón el censor considera que el Tribunal comete error de *derecho* al desechar los testigos del grupo segundo que explicaron saber algunos hechos de oídas.

A las anteriores probanzas considera el acusador de grande importancia agregar las declaraciones que acreditan que Josefina Dau vivió en casa de Jorge Dau e Inés Silguero desde 1919

hasta 1935 en que se casó con Natividad Alemán, y que éstos y sus hijos la trataban como sobrina y prima por ser hija de Juan Dau, y que así la presentaban a todos.

Las deposiciones al respecto son las de Micaela Amarís Zabaleta, Graciela Acuña, Santiago Ferreira Ribón, Domingo Orlando Jiménez, Rafael Dau Silguero, Rafael T. Jiménez, Santiago Ibarra Noriega, Andrea Pedroso de Noguera, Agapito López, Maximiliano Pérez Pedroso, Hermenegildo Rapalino Bonilla, Carmen Miranda, Blas Canedo, Carmela Tomás Villalobos, Luis Felipe Flórez T., Andrea Azula Silguero y Miguel A. Lengua.

Observa que el Tribunal acogió la exposición de Inés Silguero de Dau, según la cual Juan Dau no tuvo intervención alguna para que Josefina fuera acogida y sostenida en casa de la declarante y de su esposo Jorge Dau y que Juan se disgustaba porque le tratara de la paternidad de Josefina, y porque la tenían en la casa.

Observa que este testimonio está contradicho por todos los citados, principalmente por los de Dau Silguero, hijo de Inés Silguero de Dau, Carmen Miranda, sobrina, Pérez Pedroso y López, huésped de los esposos Dau Silguero, Rapalino Bonilla, los Acuña Silguero, sobrinos de doña Inés. "Todos estos testimonios declaran que los esposos Dau Silguero trataron siempre a Josefina como a su sobrina y así la presentaban a sus amistades, y que los hijos del nombrado matrimonio y los parientes de los Dau Silguero la trataron siempre como a tal". Lo cual no se compagina con lo depuesto por Inés Silguero de Dau.

Respecto del *trato* transcribe los pasos pertinentes de las exposiciones que hicieron los testigos Manuel Miranda C., Santiago Ibarra Noriega, Agapito López Villanueva, Maximiliano Pérez Pedroso, Hermenegildo Rapalino Bonilla, Andrea Pedroso Noguera, Gregoria Gutiérrez de Ibarra, Delfín Pedroso Padilla, Carmen Miranda de Castaño, Miguel A. Lengua, Domingo Gutiérrez Rangel, Luis Felipe Flórez T., Aminta Villarreal Vides de Martínez, Marco Acuña Torres, Juan Martínez Covilla, Marcelina Revelo, Adriana Gutiérrez Guzmán. No hace el recurrente comentario alguno a lo depuesto por estos declarantes.

f) "Comete el Tribunal error que contraría la evidencia procesal, cuando dice que 'con respecto a las relaciones sexuales' los testigos en su gran mayoría manifestaron no recordar las épocas en que comenzaron y terminaron tales relaciones... y solo se desprende como fecha más probable en que ellas se iniciaron, la de 1906 y en cambio ni siquiera en esa forma es posible señalar la de terminación de esas relaciones".

Insiste el acusador en que los testigos Ibarra Noriega, Rapalino Bonilla, Flórez Torres, Gutiérrez Rangel y Lengua manifiestan que las relaciones sexuales entre Juan Dau y Vicenta Rojas, que la sentencia acepta como notorias y estables, se iniciaron en 1906. Nuevamente copia lo que al respecto relatan estos declarantes, y remata el cargo en estos términos: "Es, pues, un hecho evidente que Josefina Dau nació de las relaciones sexuales que el propio Tribunal admite como notorias y estables entre Juan Dau y Vicenta Rojas. Negarlo es cometer notorio error de hecho.

"Ahora bien, si, como ya vimos, esas relaciones sexuales se iniciaron a finales de 1906 y Josefina Dau nació en diciembre de 1907, es evidente que este hecho ocurrió después de ciento ochenta días de iniciadas dichas relaciones. Y si, como se desprende de los transcritos testimonios, Josefina nació viviendo ellos juntos, antes de que se separaran... no viene al caso saber con exactitud cuál fue la fecha en que terminaron, pues que el nacimiento fue anterior a su terminación. Comete, pues, error evidente de hecho el Tribunal al hacer la afirmación transcrita".

g) En este punto el impugnante tacha la sentencia de haber incurrido en error de *derecho* en cuanto expone que, aún en el caso de que lo dicho por los principales testigos fuera suficiente para convencer al fallador de las pretensiones de la demanda, la circunstancia de haberse omitido en la respectiva diligencia la identificación de los testigos, quita certeza de que la declaración de Aminta Villarreal Vides de Martínez, Juan Martínez Covilla, Carmen Miranda de Castaño y Emilio Oliveros sea de las personas "a quienes le fue solicitada, y esa duda, les resta responsabilidad a las declaraciones, y como lógica consecuencia las deja sin valor probatorio".

Los artículos 683, 684, 686 y 687 del Código Judicial que fijan las formalidades del testimonio no exigen documento alguno de identificación, ni los artículos 693 y 704 del mismo le niegan valor a la declaración, porque no aparezcan en ella el documento de identificación del testigo.

Cometió, pues, error de derecho el Tribunal al desechar los siguientes testimonios, porque no hay constancia de que los deponentes presentaran documento de identidad al declarar en 1955: Alicia Amarís Zabaleta, Aminta Villarreal Vides de Martínez, Leticia Herrera Villarreal, María

Fernanda Trespalacios de Rossi, Andrés Acuña Silguero, Marco Acuña Torres, Juan Martínez Covilla, Abigaíl López, Evangelina Villanueva de Pedroso, Adriana Gutiérrez Guzmán, Marcelina Revelo, Encarnación Gutiérrez Viadero y Emilia Oliveros de Díaz.

Para el recurrente, la exposición de estos testigos refuerza en forma incontestable la evidencia surgida de los analizados en los literales anteriores en el sentido de admitir como hechos ostensibles los siguientes:

"1º Que Juan Dau Mebarak y Vicenta Rojas Arias hicieron vida marital desde finales de 1906, y tuvieron relaciones sexuales estables y notorias a partir de comienzos de 1907.

"2º Que Juan Dau raptó, 'se la sacó' de casa de sus padres a Vicenta Rojas.

"3º Que de esas relaciones nació Josefina Dau el 14 de diciembre de 1907, después de ciento ochenta días de iniciadas y antes de que Juan Dau y Rojas se separaran.

"4º Que Juan Dau tuvo y trató como a hija a Josefina, mientras su cónyuge lo permitió, y, luego, fue llevada a casa de Jorge Dau, hermano de Juan, donde vivió desde 1919 hasta 1935, con todas las consideraciones de sobrina de Jorge Dau y prima hermana de los hijos de éste, siendo presentada a parientes y amigos como hija de Juan Dau.

"Al desconocer el Tribunal esta evidencia procesal cometió error notorio de hecho".

Como secuela de los errores de hecho y de derecho demostrados en las letras a) a g) el Tribunal violó los artículos 4º de la Ley 45 de 1936 y 92 del Código Civil ya que están demostrados los hechos que, según el primero de los preceptos citados, configuran la declaración de paternidad natural, sin que sea de recibo el argumento del fallador de que no cabe aplicar la presunción del artículo 92 del Código Civil, dado que, establecido como está que las relaciones sexuales de los presuntos padres comenzaron a fines de 1906, que Josefina nació el 14 de diciembre de 1907, transcurrieron más de ciento ochenta días entre aquellos dos extremos, sin que sea necesario indagar si el nacimiento ocurrió dentro de los trescientos días siguientes al en que se separaron.

Cita un fallo de la Corte en que expone que probado cualquiera de los hechos por cuya virtud hay lugar a declarar judicialmente la paternidad, el actor no necesita probar más; y otro en los cuales dice que no es necesario que los testigos depongan sobre la fecha precisa en que comenzaron las relaciones sexuales; que basta que la época que ellos señalen al respecto preceda al nacimiento, "un lapso por lo menos igual al en que, conforme al Código Civil se presume que hubo de ocurrir la concepción".

Como consecuencia de no haberse declarado la paternidad natural de Juan Dau respecto de la actora, el sentenciador violó también los artículos 1037, 1226, 32, 1939, 1240, 1241, 1247 y 1275 del Código Civil, 85 de la Ley 153 de 1887, 20 y 23 de la Ley 45 de 1936 relacionados con la acción de petición de herencia y reforma del testamento.

SEGUNDO CARGO

Lo formula en estos términos: "Acuso la sentencia recurrida por la primera de las causales del artículo 519 (sic) del Código Judicial, violación de la ley sustantiva, por interpretación errónea de los artículos 92 del Código Civil y 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936".

Con el propósito de demostrarlo copia el paso de la sentencia en que el Tribunal expone que "si bien es cierto que entre Dau y la Rojas existieron por algún tiempo relaciones sexuales estables y notorias, pero sin saberse con exactitud las fechas precisas en que comenzaron y terminaron, ni tampoco el día del nacimiento de la presunta hija", no se puede considerar la presunción de paternidad derivada de la época probable de la concepción, conforme a lo preceptuado por el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Repite la doctrina jurisprudencial relativa a que no es necesario que los testigos expresen día preciso en que comenzaron las relaciones sino que basta que la época por ellos señalada a tal circunstancia anteceda al nacimiento un tiempo "por lo menos igual al en que, conforme al Código Civil se presume hubo de ocurrir la concepción".

El Tribunal admite que las relaciones comenzaron en 1906, pero echa de menos la prueba de la terminación de ellas, afirmando que la norma citada de la Ley 45 de 1936 exige la determinación de las dos fechas, iniciación y fin de dichas relaciones. El segundo extremo se requiere solamente cuando el hijo que pretende la paternidad natural ha nacido después de terminadas las relaciones, lo que no ocurre en el presente caso.

Aceptado por el Tribunal que las relaciones se iniciaron en 1906, y surgiendo de las pruebas analizadas en el cargo anterior la evidencia de que Josefina nació después de ciento ochenta días de comenzadas, cabe dar aplicación a los

artículos 92 del Código Civil, 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936 y todos los demás citados en la censura anterior reconociéndole a Josefina la calidad de hija natural y heredera legitimaria de Juan Dau, y ordenando le sea restituida "previa nueva partición, aquella porción hereditaria que según tales normas le corresponden".

Y como el Tribunal por haber interpretado erróneamente los artículos 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936 y 92 del Código Civil, no los aplicó, lo mismo que los demás preceptos, hubo violación directa de tales normas al no aplicarlas al caso sub judice.

SE CONSIDERA

Respecto de la edad de Vicenta Rojas, la demanda en el hecho primero expresa que cuando Juan Dau la llevó a principios de 1907 a vivir con él, todavía ella era menor de edad.

La sentencia acusada después de analizar la prueba testimonial y llegar a la conclusión de que, como los testigos no precisan fechas, no es posible sacar las consecuencias jurídicas que consagran los artículos 4º y 5º de la Ley 45 de 1936, añade que, estudiando las afirmaciones del libelo en cuanto al tiempo en que comenzaron las relaciones sexuales y a la fecha del nacimiento de Josefina "desde el punto de vista probatorio deben estimarse como confesiones de la parte actora, las cuales se hallan en contradicción con lo que sobre estos particulares informan las partidas respectivas, ya que la de bautismo de Vicenta indica el 21 de marzo de 1880 como día de su nacimiento, de modo que para el año de 1906 en que según la demanda comenzaron las relaciones, ya contaba 26 años. Dada la contradicción que encierra el acta de nacimiento de Josefina expedida por el Párroco de Mompós, puesto que reza que fue bautizada el 19 de octubre de 1909 y "que nació el día 14 de diciembre de mil novecientos nueve", aceptando con amplitud esta fecha, aparece "también en contradicción con la propia confesión contenida en el hecho segundo del libelo que expresa que la demandante nació el 14 de diciembre de 1907".

Generalmente los hechos que se enuncian en el libelo, cuando el demandado no los acepta, debe demostrarlos el actor por los medios consagrados en la tarifa legal. Puede ocurrir que en alguno o algunos de tales hechos se encierre una confesión en cuanto su contenido sea perjudicial a él y favorable al demandado que lo alega. Para que tal manifestación tenga el carácter de confesión, es indispensable, entre otros requisitos, "que la ley no exija para el caso otro medio de prueba". (Art. 605, C. J.).

El estado civil, conforme al artículo 347 del Código Civil se comprueba con las actas de registro del estado civil expedidas por los Notarios Públicos y los funcionarios encargados de llevar dicho registro. A falta de estas actas, que constituyen la prueba principal, cabe la supletoria de que trata el artículo 395 del mismo estatuto.

El artículo 22 de la Ley 57 de 1887 dispuso tener y admitir como "pruebas principales respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones de personas bautizadas o casadas o muertas en el seno de la iglesia católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales".

La Ley 92 de 1938, dio el encargo de llevar el registro del estado civil a los Notarios y a los Alcaldes en los municipios donde no haya aquel funcionario (artículo 1º). En consecuencia, le atribuyó el carácter exclusivo de pruebas principales del estado civil respecto de nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos, adopciones a las copias auténticas de las partidas expedidas por aquellos funcionarios (Arts. 1º y 18), y las actas de origen eclesiástico quedaron como pruebas supletorias (Art. 19).

Infiérese que la confesión no es medio ni siquiera supletorio para acreditar el estado civil, como lo tiene muy repetido la doctrina jurisprudencial. De suerte que el concepto de que las afirmaciones que hace la demanda sobre que Vicenta era menor de edad cuando se unió en vida marital con Juan Dau, y que Josefina nació el 14 de diciembre de 1907 deben "estimarse como confesiones", implica un error de derecho en cuanto tales afirmaciones no constituyen confesión ni ésta es medio para probar el estado civil de las personas. Pero para que el error de derecho tenga acogida en casación, es indispensable, según constante y mantenida doctrina, que el recurrente cite la norma o normas de valoración probatoria que el sentenciador haya infringido dándole a un medio alcance demostrativo que la ley no reconoce. El censor cita los Arts. 593, 601 y 605 del Código Judicial como directamente violados, pero, aunque, en su orden, disponen que toda decisión judicial debe fundarse en los hechos conducentes demostrados por alguno o algunos de los medios especificados en la ley; que la confesión es judicial o extrajudicial, y que para que ésta valga se requiere que la ley no exija para el caso otro medio de prueba, ninguno de ellos fija el valor probatorio de la

confesión. De otra parte, el yerro de derecho imputado al Tribunal, no tiene ninguna repercusión en la decisión del litigio, porque la sentencia no se funda en dicha confesión. Tal parece que lo que el sentenciador quiso expresar con el concepto equivocado de confesión que aquí se rectifica, es que los hechos expuestos en el libelo de que Vicenta era menor de edad, cuando se unió en vida marital con Juan Dau, y de que Josefina nació el 14 de diciembre de 1907, no se hallan acordes con las partidas de nacimiento traídas al juicio, pero sin que éste haya sido el motivo determinante y exclusivo de lo resuelto por el Tribunal.

En verdad, no podía éste acoger el acta de nacimiento de Vicenta Rojas de origen eclesiástico para determinar la edad que tenía cuando comenzó relaciones sexuales con Juan Dau, porque, habiendo nacido en 1880, la prueba principal al respecto era la expedida por el Notario o por el funcionario encargado entonces de llevar el registro civil. *Sabido es que las partidas de nacimiento de personas nacidas en el seno de la iglesia católica recibieron el carácter de principales por mandato del artículo 22 de la Ley 57 de 1887, pero solo las que se registraran a partir de la vigencia de esta Ley.*

Los asientos o partidas de los libros parroquiales de matrimonios, nacimientos y defunciones anteriores a aquella ley, y los posteriores al imperio de la Ley 92 de 1938, tienen únicamente el valor de prueba supletoria, conforme lo dispone el artículo 15 de la misma.

Por manera que, al darle el mérito de prueba al acta eclesiástica de nacimiento de Vicenta Rojas, cometió el Tribunal un error de derecho, pues siendo supletoria, no tenía acogida sino previa demostración de faltar la principal. Cabe, empero, aquí la misma observación anterior: el recurrente no cita como violados sino los artículos 347, que da a las actas que constan del registro del estado civil el carácter de prueba, el 295 que dispone llenar la falta de dichas actas con la prueba supletoria, el 1º y 19 de la Ley 92 de 1938, el primero de los cuales volvió el registro del estado civil a los Notarios y Alcaldes, y asignó a las actas de estado civil sentadas por los párrocos solamente el mérito de prueba supletoria, pero no menciona la norma que le da alcance demostrativo pleno a "las certificaciones de quienes lleven registro del estado civil de las personas, con inserción de las actas correspondientes".

A la censura fundada en que el acta de nacimiento de Vicenta Rojas no se presentó como lo dispone el artículo 636 del Código Judicial, esto es, en copia solicitada en el término probatorio y ordenada expedir por el Juez del conocimiento, se observa:

Las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil de las personas con inserción de las actas correspondientes, son documentos auténticos o públicos según lo consagra el artículo 632 del Código Judicial.

La copia de la partida fue presentada con el memorial de pruebas de la parte demandada sin objeción alguna de la recurrente.

En sentencia de casación de 24 de junio de 1954, en la cual se hace una historia de la evolución de la doctrina en relación con la aceptación de las escrituras públicas e instrumentos públicos o auténticos, en general, presentados no solo con la demanda, contestación de ella, memorial de excepciones, inspecciones oculares u otras diligencias (Art. 597 del C. J.) y en la forma establecida en el artículo 636 del Código Judicial, la Corte, teniendo en cuenta dos antecedentes en este sentido, acogió la doctrina de que todos los instrumentos públicos o auténticos pueden ser aducidos también con la petición de pruebas, con fundamento en que su aducción en la forma expresada satisface la exigencia del artículo 597 del Código Judicial que no es otra que la igualdad y lealtad de las partes en el proceso, conforme a la cual éstas "se mueven en un mismo plano de idénticas prerrogativas; ambas disponen por igual de los mismos medios de ataque y defensa y ninguna puede sorprender a la otra haciendo uso de recursos inusitados; en una palabra de una regla de equidad procesal. Por tanto, si la aducción directa de instrumentos auténticos en el término de prueba, con citación de la parte contraria y asentimiento de la misma, responde a estos motivos que no son otros que los que inspiran el artículo 597 no hay duda de que ello es justo, porque se trataría en último análisis de aplicar el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que consagra la regla de interpretación analógica, ya que a una misma situación de hecho, debe corresponder la misma situación de derecho". (T. 77, pág. 855).

Luego de considerar que los documentos auténticos presentados en el término de prueba no le quitan a la contraparte la oportunidad de contraprobar o de tacharlos de falsedad para destruir su autenticidad, agrega: "Desde el punto de vista de la autenticidad presunta, no puede hacer diferenciación entre la 'escritura pública' y 'el instrumento público' en general, porque ambos son extendidos o autorizados por el funcionario competente y están sujetos a la tacha de

falsedad y al derecho de contraprobar''. (Ibídem).

Infiérese que, siendo la certificación que contienen el acta de nacimiento de Vicenta Rojas, una prueba supletoria del estado civil, por mandato del artículo 15 de la Ley 92 de 1938, un documento auténtico incorporado al proceso con asentimiento de la actora, al apreciarlo el fallador no cometió error de derecho por no haberse allegado en la forma establecida por el artículo 636 del Código Judicial. Ha de observársele también al recurrente que tampoco cita el precepto de valoración de esta prueba para configurar el error de derecho.

En definitiva, la censura por los errores de derecho considerados no puede prosperar.

Para fijar el alcance de la tacha por errores de hecho en razón de los aspectos que expone el impugnante en los literales c), d), e) y f) de la demanda de casación, es conveniente destacar que el Tribunal encontró respecto de los hechos fundamentales de la demanda:

1º Que ''como fecha más probable'' de la iniciación de las relaciones sexuales entre Juan Dau y Vicenta Rojas se desprende de los autos la de 1906, sin que sea posible fijar la de su terminación.

2º Que por la contradicción protuberante que contiene la partida eclesiástica de nacimiento de Josefina, en cuanto reza que éste ocurrió el 14 de diciembre de 1909, y que fue bautizada el 19 de octubre de ese mismo año, tal documento no presta mérito probatorio.

3º Que de los testimonios recibidos ''no ha sido posible establecer siquiera en forma probable la fecha del nacimiento de Josefina'', sin la cual es imposible admitir la presunción del artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936.

Y a modo de resumen repite ''que si bien es cierto que entre los señores Juan Dau y Vicenta Rojas sí existieron relaciones sexuales de manera notoria y hasta estable por algún tiempo, pero sin saberse con exactitud las fechas precisas en que comenzaron y terminaron, ni tampoco el día del nacimiento de la presunta hija, 'no se puede configurar la presunción de paternidad' ''.

Siendo las actas de registro del estado civil la prueba principal de éste, en ellas debe constar el hecho constitutivo de cada estado y la circunstancia fundamental del día en que se efectúa, la cual es determinante en la concreción de los derechos y obligaciones que el estado respectivo origina. Así tratándose del nacimiento de una persona, el acta respectiva debía exponer, en los términos del artículo 351 del Código Civil: el día que tuvo lugar el nacimiento, el sexo y nombre del recién nacido, la madre, su estado, y los abuelos maternos. Hoy, por mandato del artículo 3º de la Ley 92 de 1938 dicha partida debe contener: el día y la hora en que tuvo lugar el nacimiento, el sexo, nombre y apellido del nacido y la calidad de legítimo o natural; si fuere natural, el nombre de la madre y de los abuelos maternos. Si por equivocación o por omisión falta una de estas anotaciones, que es fundamental en la determinación de los derechos que la ley otorga a la persona que reclama el estado civil originado del nacimiento, dedúcese que falta al respecto la prueba principal, la cual no podía llenarse sino con la partida corregida en la forma prescrita por el artículo 407 del Código Civil o mediante la prueba supletoria, esto es, con otros documentos auténticos o con declaraciones de testigos presenciales del nacimiento en la fecha en que acaeció.

Como elementos demostrativos tanto de las relaciones sexuales de Juan Dau y Vicenta Rojas se adujeron los testimonios a que se refiere el impugnante en los apartes c), d), e) y f), que el fallador tuvo en cuenta y de cuya falta de apreciación que configure error evidente de hecho no aparece la demostración por el censor.

En efecto, respecto de las relaciones el declarante Santiago Ibarra Noriega expone que en 1906 conoció a Juan Dau viviendo con Vicenta Rojas en la casa de Evangelina Villanueva de Pedroso; Hermenegildo Rapalino Bonilla coloca este mismo hecho ''por los años de 1906 o 1907'', y el médico Miguel A. Lengua manifiesta que le prestó sus servicios profesionales por los años de 1907 y siguientes a Juan Dau con quien hacía vida marital una muchacha de apellido Rojas. Evidentemente, como lo dice el Tribunal, esta prueba testimonial no permite deducir la fecha cierta en que Juan Dau y Vicenta comenzaron sus relaciones, pero sí cabía señalar como época en que vivían bajo un mismo techo el año de 1907 a la cual se refieren los dos últimos declarantes. Estrictamente no puede decirse que el fallador haya incurrido en error de hecho en cuanto no halló probada la fecha de iniciación de las relaciones sexuales. Y como la sentencia acepta ''como fecha más probable'' de la iniciación de éstas el año de 1906, que es favorable a la actora, tampoco cabe hablar del error de hecho alegado por el recurrente, consistente en no haber visto en los testimonios citados que tales relaciones se iniciaron hacia fines de 1906 y se hicieron públicas y notorias a prin-

cipios de 1907, porque la prueba testimonial al respecto citada por el impugnante solo da margen para afirmar que Dau y Vicenta hicieron vida marital de 1907 en adelante, sin saberse la fecha.

El Tribunal interpretando la prueba con criterio favorable a la demanda, y yendo más allá del planteamiento hecho en ella, señala como "fecha", mejor hubiera sido decir época, del comienzo de la vida marital el año de 1906, lo que lejos de constituir el error de que trata el cargo, configura el aserto del impugnante de que las relaciones comenzaron en 1906.

De todos los testigos que el recurrente cita en el punto d) para demostrar el error de hecho cometido por el Tribunal, al no ver en su dicho la afirmación de que Josefina nació ciento ochenta días después de que Dau y Vicenta principiaron sus relaciones sexuales, ninguno depone sobre tal fecha, porque todos manifiestan que no la recuerdan. Apenas se limita a decir un buen número de ellos que nació mientras aquéllos hacían vida marital.

El médico Miguel A. Lengua, que depuso haber prestado sus servicios a Juan Dau y Vicenta Rojas desde 1907; con relación a Josefina apenas declara que buscado por Juan Dau atendió a una niñita de nombre Josefina que dijo ser hija suya, pero no alude siquiera al año en que esto hizo para poder afirmar que fue en 1907.

Ante esta realidad procesal, no se puede afirmar que el sentenciador se haya equivocado, porque sostiene que de los testimonios recibidos no se puede establecer, siquiera en forma probable, la fecha del nacimiento de Josefina. Esta apreciación se halla conforme con lo que recoge la prueba testimonial al respecto.

Sería ilógico, por estar probado que Dau y Vicenta Rojas hicieron vida común notoria desde 1906, como dice el fallador, o desde 1907, según pretende el recurrente, concluir, por haber nacido Josefina dentro del tiempo en que llevaban sus relaciones sexuales, que el alumbramiento de la madre ocurrió ciento ochenta días después de principiadas aquellas relaciones, ignorándose, como se ignora en absoluto, la fecha del nacimiento.

Todo el conjunto de testimonios que da fe de que Josefina vivió en la casa de Jorge Dau e Inés Silguero de Dau desde el año de 1919 hasta 1935; que éstos, sus hijos y familiares la trataban y presentaban como hija de Juan Dau, si conducentes para acreditar uno de los elementos de la posesión notoria del estado civil, son ineficaces para establecer que Josefina nació dentro del término que señala el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y poder deducirse su filiación natural.

Que los testigos Inés Silguero de Dau y Carmen Miranda de Castaño digan en sus declaraciones que Josefina tenía doce años en 1919, cuando llegó a establecerse en casa de la primera, no se puede afirmar que en realidad tuviera tal edad, porque este hecho no está sujeto a la percepción directa de los sentidos del testigo, sino, a falta de documentos o declaraciones que fijen la época del nacimiento, al dictamen de peritos idóneos (Arts. 400 del C. C. y 705 del C. J.).

Por manera que iría contra la realidad procesal aceptar como hecho demostrado que si Josefina tenía doce años en 1919, su nacimiento ocurrió en 1907.

Si, conforme lo acepta el mismo recurrente, la posesión notoria de Josefina como hija natural de Juan Dau, no puede tenerse en consideración, porque solamente un testigo precisó la duración de esa causal por el término de diez años, mal puede relacionarse con la fecha del nacimiento de Josefina el que varios deponentes afirmen que ésta llevó el apellido Dau desde su nacimiento, que era de fama pública que era hija de Juan Dau, que la sostuvo mientras él vivió con Vicenta Rojas, y que en la casa de Jorge Dau la consideraron, trataron y presentaron como hija del mismo Juan.

Por lo mismo, no puede haber error de hecho porque el sentenciador no le dio acogida a esos testimonios para inferir que el nacimiento de la demandante se efectuó en la época comprendida por la presunción del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Lo expuesto permite concluir que, probadas las relaciones sexuales estables y notorias habidas entre Juan Dau y Vicenta Rojas desde 1906, pero no establecido por ninguno de los medios legales cuándo se efectuó el nacimiento de Josefina Dau como fruto de esas relaciones, era imposible hacer la declaración de filiación impetrada, ya que sin la demostración del segundo hecho es imposible determinar si la concepción se realizó dentro de esas relaciones, como lo exige el citado artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936. La fecha en que comenzaron las relaciones sexuales y la del nacimiento del hijo que se considera fruto de ellas, son dos extremos indispensables para el logro de la declaración de la paternidad natural.

Por lo mismo, el Tribunal no ha cometido los errores de hecho en la apreciación de la prueba testimonial que le imputa el acusador en los apartes c), d), e) y f) de la demanda.

Por lo que toca con la censura de error de derecho proveniente de que el fallador consideró que la falta de identificación de los principales testigos, les quita certeza a su dicho, y los deja sin valor probatorio, se advierte: esta observación, relacionada con los testimonios de Aminta Villarreal Vides de Martínez, Juan Martínez Covilla, Carmen Miranda de Castaño y Emilia Oliveros, la hace el Tribunal después de haberlos apreciado y haber encontrado que ninguno de ellos depone sobre la fecha del nacimiento de Josefina, cuya falta es la razón determinante de que la causal de relaciones sexuales no se haya configurado. La anotada falta de identificación de algunos testigos, la hace el sentenciador como argumento corroborante de lo anterior, no como sostén del fallo.

El error de derecho en la apreciación de una prueba requiere para su configuración en el recurso extraordinario que con él se hayan violado directamente norma o normas valorativas de dicha prueba desconociendo el alcance que estas le fijan, y que indirectamente hayan sido infringidos preceptos sustantivos de resonancia en el fallo. (Art. 520 del C. J.).

El acusador como normas de mérito probatorio solamente cita los artículos 683, 684, 686, 693 y 704 del Código Judicial que tratan de las formalidades que deben cumplirse para interrogar a los testigos; de la apreciación de las declaraciones de nudo hecho y de las referentes a hechos anteriores, coetáneos o posteriores en relación con las pruebas preconstituidas. Ninguno de estos fija el valor de la prueba testimonial. No se cumple así con la exigencia de señalar el precepto o preceptos de alcance probatorio que hayan sido directamente violados.

El artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936 al establecer las relaciones sexuales estables y notorias como causal de filiación natural contempla dos casos: 1º Cuando el hijo nace después de ciento ochenta días "contados desde que empezaron tales relaciones", y 2º Cuando el advenimiento ocurre "dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron".

El evento alegado en la demanda es el primero, pues como hechos causantes de la filiación natural de Josefina se exponen las relaciones sexuales estables y notorias entre Dau y la Rojas durante cuatro años a partir de 1907 y el nacimiento de Josefina el 14 de diciembre de 1907.

Aceptando el fallo acusado que la época más probable del establecimiento de las relaciones sexuales es el año de 1906 y que duraron por algún tiempo, bastaba la consideración de que no estando probada la fecha del nacimiento de Josefina, era imposible la aplicación del artículo 4º, ordinal 4º, citados en el primer supuesto, por no configurarse la presunción de haber sido concebida dentro de esas relaciones. Ningún objeto tenía el considerar si el alumbramiento de Vicenta había ocurrido después de terminadas las relaciones sexuales, pero no aparece claro que el sentenciador haya expresado que para la declaración de paternidad natural en razón del primer evento considerado en la causal 4ª, sea indispensable demostrar tanto la época como la finalización de las relaciones, amén de la fecha o época del nacimiento, sino que en términos generales se refirió a las dos situaciones. En el caso de que el Tribunal hubiera interpretado el artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 tantas veces nombrado en el sentido que acaba de expresarse, la violación directa de tal precepto por interpretación errónea, solo llevaría a la rectificación doctrinaria expuesta pero no a la casación de la sentencia, porque esa equivocación jurídica no conduciría a aplicar el primer supuesto de filiación natural, faltando, como falta, la prueba de la fecha del nacimiento de la demandante.

El segundo cargo tampoco puede prosperar.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y uno proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por Josefina Dau de Alemán contra Dive Bezil (o Pessil) de Dau.

Sin costas por no aparecer causadas.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESOLUCION DE CONTRATO

Base ineludible de la acción es la perfección del contrato.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, noviembre 2 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

1º La sociedad "Centrales Eléctricas de Nariño S. A." (Cedenar) e "Ingeniarco Limitada", por medio de contrato de obligaciones recíprocas convinieron en que ésta se comprometía con Centrales Eléctricas de Nariño a "elaborar los estudios y proyectos completos para una central hidroeléctrica...". Determinaron cuáles serían los estudios y proyectos, así: "Cálculo y diseño de la presa de captación, canal de conducción, cámara de carga, tubería de presión inclusive apoyos y anclajes, casa de máquinas, maquinaria, líneas de transmisión y redes de distribución para las siguientes poblaciones: Santiago, Colón, Sibundoy y San Francisco.

"....

"Además de lo enumerado, los estudios y diseños se extenderán a todas las obras especiales que la naturaleza del terreno o especiales circunstancias lo exijan. *Los contratistas* utilizarán como base del proyecto los levantamientos topográficos realizados por *Cedenar,* tomando como punto para utilización del salto, el más adecuado, a juicio de *Cedenar,* entre los dos por ella estudiados...".

En la cláusula segunda acordaron que "el plazo de entrega del proyecto completo, en la forma descrita, será de doce meses, contados a partir de la aprobación del presente contrato" y, en cuanto a "valor del proyecto en la forma descrita, será de veintiún mil pesos ($ 21.000), moneda corriente, los cuales serán pagados en la siguiente forma: diecisiete mil doscientos cincuenta y nueve pesos 51/100 ($ 17.259.51) moneda corriente, como reintegro de las sumas y materiales recibidos en el contrato de construcción de postes de concreto, el cual se liquidó con el saldo mencionado a cargo de los *contratistas* 'Ingeniarco Ltda.' y a favor de *Cedenar.* El saldo o la suma de tres mil setecientos cuarenta pesos 49/100 ($ 3.740.49) moneda corriente, se pagará en efectivo. El pago se efectuará en el momento en que el proyecto objeto del presente contrato sea aprobado por el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, o por la persona o entidad por él delegada".

Pactaron también que "el presente contrato no se considerará como cumplido mientras no se produzca la aprobación a que hace referencia la cláusula anterior".

La cláusula séptima dice textualmente: "El presente contrato requiere para su validez la aprobación de la Junta Directiva y el visto bueno del Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico".

2º Afirmando incumplimiento del contrato por Ingeniarco Limitada y ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Pasto, Centrales Eléctricas de Nariño S. A. (Cedenar), presentó demanda para que se declare resuelto el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el 23 de junio de 1958 entre las sociedades mencionadas y, "en consecuencia —dice la segunda petición—, condénase a la parte demandada a restituir, dentro del término de tres días siguientes a la ejecutoria del fallo que ponga fin a este juicio, la cantidad de diecisiete mil doscientos cincuenta y nueve pesos cincuenta y un centavos, moneda corriente ($ 17.259.51), cantidad recibida como anticipo del valor de los servicios pactados, pago que se hará a Centrales Eléctricas de Nariño S. A., representada por su Gerente, doctor Jorge Rosero Rivera"; se solicitó también condenación al pago de perjuicios ocasionados por el incumplimiento, según cuantía que se demuestre en

el juicio o con posterioridad, según lo preceptúa el artículo 553 del Código Judicial.

Como el Juzgado entendiera "que la parte demandante no ha cumplido con la obligación de hacer aprobar el contrato cuestionado como tampoco obtener el visto bueno del Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico", absolvió a la parte demandada. Motivó esto la apelación interpuesta por la parte actora y la sentencia del Tribunal que ahora estudia la Corte, recurrida en casación por "Ingeniarco Limitada" a quien, por revocación del fallo de primer grado, le fue adversa.

3º Esta declaró la primera petición de la demanda que impetró resolución del contrato. Dijo el Tribunal que la acción deducida en juicio "es inobjetable, ya que sólo un contrato válidamente celebrado y perfecto, con vida jurídica, puede ser resuelto...". Y agregó, después de reproducir el contenido del artículo 1609 del Código Civil, que "sólo puede pedir que se resuelva un contrato, por falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, el contratante que pruebe esa falta de cumplimiento, y que él ha cumplido o se ha allanado a cumplir las suyas".

Al estudiar las obligaciones recíprocas impuestas por el contrato, encuentra el Tribunal que la parte demandada no cumplió con las suyas, al contrario de la demandante que sí lo hizo. Dice sobre el particular:

"Las obligaciones de la parte demandada consistían: en elaborar y entregar, dentro de doce meses, contados a partir de la aprobación del contrato, a la firma demandante, 'los estudios y proyectos completos para una Central Hidroeléctrica, situada en el Valle de Sibundoy'; y constituir una fianza, por valor de $ 17.259.51, a fin de responder de sus obligaciones contractuales. De estas obligaciones, fue satisfecha la segunda, a juzgar por la nota de 2 de septiembre de 1958 (Fs. 4, cuaderno 2º), en la que el Gerente de la firma demandada le comunica al de la firma demandante, 'que la Compañía Aseguradora del Constructor S. A., nos ha asegurado en el cumplimiento del contrato para el estudio de la Central Hidroeléctrica del Valle de Sibundoy, por el valor estipulado en el contrato'. Pero la otra obligación, en cambio, dejó de cumplirse, lo que está probado, como ya se vio, con la nota de 2 de agosto de 1959, suscrita por el Gerente de la firma demandada, donde sin rodeos declara estar vencido el plazo para la entrega de los estudios referentes a la mentada central hidroeléctrica; y con lo declarado en posiciones por el Gerente de la misma empresa demandada.

"En cuanto a las obligaciones de la sociedad demandante, fueron estas: pagar a 'Ingeniarco Limitada', como retribución de sus servicios, la cantidad de $ 21.000, de la cual $ 17.259.51, constituían un reintegro, por igual valor, deducido a cargo de la firma demandada y a favor de 'Centrales Eléctricas S. A.', por concepto de un contrato anterior, mencionado en la cláusula 3ª del contrato; y cancelar el saldo de $ 3.740.49, en dinero efectivo, 'en el momento en que el proyecto' contratado recibiera la aprobación del Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, o de la persona o entidad por él delegada. Como es obvio, la obligación de cubrir aquel saldo dependía de la entrega de los estudios y proyectos que se comprometió a elaborar la firma demandada, pero como no fueron entregados, haciéndose por ende imposible su aprobación, la sociedad demandante quedó dispensada de cumplirla. Si esto es así, y si además se llenó el requisito de la aprobación del contrato estipulada en la cláusula 7ª, debe concluirse que la firma demandante sí cumplió las obligaciones que se impuso".

4º *La impugnación.*

La demanda del recurso presenta varios cargos, entre ellos, el error de derecho en la apreciación de pruebas. La sentencia acusada, dice el cargo, "al darle valor de documento auténtico al escrito o carta visible a fojas 5 del cuaderno 2º, que es una copia, no expedida, por quien la debía expedir, al tenor del artículo 632 del Código Judicial. Pues esta carta debió presentarse original, toda vez que reposa, o debe reposar, entre los papeles de la parte demandante, o autenticada, como verdadera copia, por quien la suscribió, por el Gerente del Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas; de modo que no habiéndose presentado así, el escrito no tiene más valor que un documento confeccionado por la misma parte actora. Es decir, no está demostrado que esta carta efectivamente se haya escrito por el mencionado Gerente, y que tenga su firma. Es de perogrullo que quien quiere demostrar la existencia de un documento que se posee, debe presentarlo, original, o en copia autenticada ante un juez. Si la parte demandante no quería hacer uso del original de tal carta, ha debido presentarla ante un juez, para que éste en vista de ella ordene expedir su copia, copia ésta que entonces sí tendría el valor de documento con mérito probatorio señalado en el Art. 645 del citado Código Judicial. Y como el Tribunal sentenciador en la sentencia acusada, al referido escrito o carta le da valor de copia

tomada del original, es claro, que en ello comete error de derecho con violación de esos artículos del Código Judicial; y como consecuencia de tal error de derecho, de darle al escrito un valor que probatoriamente no tiene, violó, de manera indirecta el artículo 1546 del Código Civil, por haberlo aplicado sin haber lugar a aplicarlo al caso debatido, siendo, entonces, casable la sentencia, por la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, como violatoria de la ley sustantiva indicada".

5º *La Corte considera.*

a) De la celebración de un contrato bilateral nacen obligaciones recíprocas e interdependientes para las partes. Cada una de ellas es acreedora y deudora de la otra, aunque las obligaciones no siempre deban cumplirse simultáneamente. Esta reciprocidad de derechos y obligaciones es fundamento de la acción resolutoria en el caso de que una de las partes deje de cumplir lo pactado, si la otra lo ha cumplido o se allana a cumplirlo, pudiéndose pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, sanciones destinadas a dotar a las obligaciones de calidad coercitiva. La acción resolutoria supone la perfección y validez del contrato que por su medio se pretende aniquilar. En cualesquiera de las dos hipótesis del artículo 1546 del Código Civil, la base ineludible es la perfección del convenio, de lo contrario, la acción es ilusoria.

Sucede que en el contrato que sirve de fundamento a la acción se dijo que éste "requiere para su validez la aprobación de la Junta Directiva y el visto bueno del Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico".

Para demostrar este extremo se adujo como prueba, que impugna el recurrente, la copia expedida por el secretario de Centrales Eléctricas de Nariño S. A., de una carta que se dice dirigida por el Gerente de dicho Instituto a Centrales Eléctricas. Si se tiene como documento privado, según lo entendió el Tribunal, por no llevar la firma del Gerente del Instituto, no puede aceptarse como prueba de que el contrato fuera ratificado con el visto bueno y, además, el Instituto no es parte en este juicio para que pudiera tener aplicación el artículo 645 del Código Judicial. Y, si la carta o documento proviene de autoridad pública, según lo afirma el recurrente, tampoco demostraría la validez del contrato, por cuanto, además de la falta de firma que de suyo sería suficiente para invalidarlo, no se adujo al juicio dotado de las formalidades previstas por el artículo 632 del Código Judicial.

El cargo es por tanto próspero y determina la infirmación de la sentencia acusada.

b) Al actuar la Corte como Tribunal de Instancia agrega que según la cláusula 7ª, el contrato, para su validez, debió someterse a la aprobación de la Junta Directiva de Centrales Eléctricas de Nariño S. A. No existe en el expediente prueba de que se hubiera cumplido con ese requisito. La imperfección del contrato resulta entonces de la falta de las dos aprobáciones a que las partes se sometieron en el pacto. No habiendo contrato, no puede existir acción resolutoria por falta de materia.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de fecha 16 de julio de 1962, proferida en el juicio ordinario de Centrales Eléctricas de Nariño S. A., contra Sociedad Ingeniarco Limitada, sobre resolución de un contrato y, en su lugar, *confirma* la del Juzgado Segundo Civil del Circuito de esa ciudad, de fecha once (11) de enero de mil novecientos sesenta y dos (1962).

Sin costas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INSPECCION OCULAR EXTRAJUDICIAL CON PERITOS

Su valor probatorio. — La ampliación de un dictamen pericial no se obtiene por medio de declaraciones de los expertos que en él intervienen. — Deberes de la Corte en el estudio del cargo por violación directa, interpretación errónea o aplicación indebida de la ley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, noviembre 2 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

Josefa Cuao, María Liberata Caro, Clara Igirio vda. de González y Tulio Mario Camacho demandaron por medio de apoderado ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Ciénaga a la Compañía Nacional de Electricidad, representada por su Gerente en Santa Marta, Pedro Pablo Bermúdez, y por su agente en Ciénaga, Alfredo Ruiz, para que se declarara:

"1º Que la compañía demandada es civilmente responsable y está obligada a indemnizar a cada uno de los actores 'no solo el valor de sus casas de habitación, sino también sus muebles y demás bienes destruidos por el incendio habido el 29 de abril del corriente año, por culpa debida al descuido de la empresa en mandar a reparar los postes de reunión de líneas conductoras, y el contador colocado en casa de la Caro que expedían chispas a menudo y de cuyos hechos fueron avisados por los vecinos a los empleados de la oficina en Ciénaga en varias ocasiones, sin prestar la debida atención.

"2º Como consecuencia de la anterior declaración la Compañía Colombiana de Electricidad debe a cada uno de los demandantes... el valor de sus casas de habitación y de sus haberes destruidos por el incendio, a justa tasación de peritos".

Los hechos fundamentales expuestos por el libelo son:

"El día 29 de abril último, como a las 9 a. m. después de salir del poste que contiene las cuerdas de la luz en las calles de la Acequia y del contador de luz colocado en la pared de la señorita María Liberata Caro, en la misma calle con callejón Neiva, una cantidad de chispas, de candela o electricidad, se produjo el incendio que destruyó las casas y haberes de mis mandantes, dejando las casas en cenizas y a sus dueños en completa miseria".

Lo acaecido ese día en las cuerdas salidas del poste y en el contador de María Liberata Caro venía sucediéndose, y repetidamente se había dado cuenta por los vecinos a la oficina de la Compañía, sin que se cumpliera la promesa del empleado de que se haría el arreglo correspondiente.

Lo primero que hicieron los empleados de la Compañía el día del incendio fue acudir al lugar de él y retirar el contador "sin procurar un estudio o examen en él, para deducir las posibles causas de los constantes lanzamientos de chispas de electricidad que de él salían".

Hubo negligencia y descuido por parte de los empleados de la compañía encargados de vigilar el servicio en acudir a examinar lo que ocurría.

"Por este incendio se convirtieron en cenizas las casas de los demandantes, las cuales estaban situadas en la ciudad de Ciénaga, en la calle de la Acequia, hoy calle 2ª, haciendo esquina con el callejón Neiva, carrera 14", de propiedad de los actores, a saber: la casa número 14-18 de Josefa Cuao; dos casas de María Liberata Caro, números 14-06 y 2-30, situadas en la esquina de la calle 2ª, con el callejón Neiva o carrera 14; la de Clara Igirio de González ubicada en la esquina de la calle 2ª o la Acequia con carrera 14 o callejón Neiva; y la de Tulio Mario Camacho "situada a continuación de la anterior", deslindadas las cinco casas como lo enuncia la demanda.

El apoderado de la compañía demandada contestó el traslado negando "los hechos y el derecho invocados".

El Juzgado desató el primer grado del litigio en sentencia de diez y nueve de abril de mil novecientos sesenta y uno, por la cual condenó a la Compañía Colombiana de Electricidad a pagar a "Josefa Cuao, María Liberata Caro, Clara Igirio viuda de González y Tulio Mario Camacho, el valor de los perjuicios causados a éstos por el incendio ocurrido en esta población de Ciénaga el día veintinueve (29) de abril de mil novecientos cincuenta y siete (1957) consistentes en la destrucción de casas, muebles y enseres.

"La liquidación de dichos perjuicios se hará por el procedimiento que indica el artículo 553 del Código Judicial".

El Tribunal Superior de Santa Marta, por apelación propuesta por la parte demandada, confirmó lo resuelto por el Juzgado mediante sentencia de veintidós de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

MOTIVACION DEL FALLO DEL TRIBUNAL

En primer término se ocupa del presupuesto de demanda en forma, en cuanto la *sub judice* fue corregida por los actores antes de decidirse la excepción de inepta demanda que tal dispuso, y de la existencia de sociedad que halló debidamente acreditada.

Luego analiza el elemento daño, consistente en la destrucción de las casas de Josefa Cuao, Clara Igirio viuda de González, Tulio Mario Camacho y de María Liberata Caro por el incendio ocurrido el 29 de abril de 1957 en Ciénaga en la calle 2ª y carrera 14, acera Sur.

Alude a las declaraciones que rindieron Federico Díaz, Juan B. Calderón y Ana Argote, quienes dan cuenta de que María Liberata Caro y Delfa Rodríguez les manifestaron que iban a avisar a la Compañía Colombiana de Electricidad que en el contador de la casa de la primera había un corto circuito para que mandaran arreglarlo. En seguida expone que Alcides Alvarez declara que el incendio se produjo por los alambres que estaban pendientes; Elías González, que "las líneas estaban peladas y botaban chispas"; César Reslem Fuentes, que "las líneas eléctricas estaban malas", y Teresa C. de Martínez, que "si hubieran arreglado esas líneas, el incendio no habría ocurrido".

Y concluye así el Tribunal: "Con las declaraciones anteriores se establece que a consecuencia del mencionado incendio, las casas de los demandantes fueron destruidas".

Sobre la relación de causalidad, afirma: "De los dictámenes periciales que aparecen en los autos se llega a la conclusión de que las mencionadas casas fueron incendiadas por electricidad contenida en los alambres eléctricos que tenía en las citadas calles la Compañía Colombiana de Electricidad".

Considera luego el concepto pericial rendido en la diligencia de inspección ocular practicada extrajuicio, en el cual los expertos exponen que encontraron "dos contadores en perfectas condiciones y las acometidas de los alambres totalmente sanas", y un tercero, "destruido por la acción del fuego y su acometida se quemó totalmente"; que el daño de este contador se debe a la acción del fuego, y que no se puede afirmar que el incendio de las casas se originara en dicho contador o en su acometida.

Trascribe luego el dictamen producido dentro del juicio, en el cual se dice que muchas veces cuando el voltaje se sube intempestivamente por deficiencias del transformador, repercute en el contador, que por defectos del fusible, no cumple su cometido, dándose en muchas ocasiones "la batalla de la corriente en el mismo contador y dando lugar a los cortos circuitos del aparato mencionado". Refiriéndose a la inspección ocular efectuada antes del juicio, observa que no se estableció si el contador que se encontró totalmente quemado, contenía o no fusible de control lo mismo que los demás. Anota que la compañía mantiene los contadores de los frentes de las casas sin protección alguna, lo cual permite apreciar el chisporroteo "de que hablan varios testigos y lo cual ocurrió localmente en el contador". Como hecho observado relatan que los alambres de alta corriente de los cuales la toman los contadores de las casas "presentan un aspecto vetusto y en su generalidad carecen de protección aislante" y que no han sido reemplazados por otros.

Repite el Tribunal que del dictamen extrajudicial se colige que la causa del incendio no dependió de "las líneas eléctricas de la compañía demandada, pero que el producido en el término probatorio y que no fue objetado observa que hay algo que dejó de examinarse como es el haber establecido si tanto el contador totalmente quemado como los dos hallados en buen estado estaban provistos o no del fusible de control".

Finalmente, con poca claridad expresa que en asuntos relacionados con actividades peligrosas, la carga de la prueba corresponde al demandado, aserto que tiene su alcance en la cita de la doctrina de la Corte conforme a la cual "a la víctima le basta demostrar los hechos que determinaron el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido; y será el deman-

dado quien deba comprobar que el accidente ocurrió por la imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño o por fuerza mayor o caso fortuito, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa, lleva envuelto el de la culpa en caso de accidente...".

Concluye que la compañía no ha demostrado ninguno de estos hechos exculpativos sino que más bien aparece que hubo abandono o descuido de su parte, dado que hay testigos que aseguran que algunos de los demandantes estuvieron en la oficina de la compañía dando a conocer los defectos que tenían el contador y algunas líneas eléctricas, sin que los empleados fueran a corregirlos; "y otros vieron chisporrotear las líneas eléctricas".

Inconforme el apoderado de la compañía demandada interpuso contra la decisión del Tribunal Superior el recurso extraordinario de casación que procede a resolver la Corte.

Tres cargos formula la demanda a la sentencia acusada: el primero, en razón de haber violado, por falta de aplicación, el artículo 1757 del Código Civil, por cuya consecuencia aplicó indebidamente los artículos 2341, 2342 y 2356 del mismo; el segundo, por error manifiesto de hecho, y el tercero, por error de derecho en la apreciación de algunas pruebas con infracción indirecta de los artículos 2341, 2342 y 2354 del mismo.

PRIMER CARGO

Lo expone así: "En primer término la sentencia ha violado el artículo 1757 del Código Civil, por falta de aplicación, a consecuencia del cual el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 2341, 2342 y 2356 del Código Civil".

Desarrolla el enunciado con razonamientos que expone en dos apartes así:

a) El Tribunal afirma que la compañía demandada es responsable del incendio de las casas de los actores, "sin base probatoria alguna" por cuanto considera que no era aplicable el artículo 1757 del Código Civil que dispone probar las obligaciones a su extinción al que alega aquellas o ésta.

Transcribe el paso de la sentencia en que dice: "Comúnmente se considera que el demandante es el que debe suministrar la prueba de los hechos del libelo de acuerdo con el artículo 1757 del Código Civil, pero en los asuntos relacionados con actividades peligrosas esa carga de la prueba se la echa al demandado, porque el hombre con su inteligencia ha conseguido que en ocasiones su obra sea superior a las mismas fuerzas y previsiones de él mismo, tal sucede en la creación de las máquinas y el ejercicio de la electricidad", cuyos efectos escapan a los mismos que se encargan de impulsarlas.

Sostener contra la regla general de que al actor incumbe probar los fundamentos de su demanda, "a la par que excluye toda posibilidad de defensa revierte en la más flagrante violación de la ley". Y en el supuesto de que el Tribunal haya querido decir que la prueba que correspondía aducir a la empresa demandada en razón de su actividad peligrosa, no se escapa "el que antes de demostrar uno de estos hechos, era menester que "la propia demandada (sic) demostrase la real intervención de la electricidad" en el incendio de las casas, que ha sido negado desde el principio.

La Corte ha dicho que el artículo 2356 del Código Civil consagra la presunción de culpa en favor de la víctima con relación al daño ocasionado por actividades peligrosas, pero que a ésta le corresponde demostrar el daño y la relación de causalidad entre éste y dicha actividad para que pueda configurarse la presunción.

El Tribunal al estudiar la relación de causalidad entre "la electricidad y el incendio suscitado", afirma que de los dictámenes periciales se concluye que las casas fueron incendiadas por la electricidad que contenían los alambres eléctricos que en las calles de Ciénaga tenía la compañía demandada.

Observa el recurrente que esta afirmación del Tribunal no toca con el examen de la prueba referida sino con la ubicación "del caso dentro de normas a cuyo imperio no debiera someterse. Porque está fuera de toda duda que no ha sido por cuestión probatoria que el Tribunal ha querido admitir dentro del artículo 2356 del Código Civil el suceso narrado en la demanda".

Al efecto transcribe el párrafo en que el sentenciador encuentra que en el dictamen pericial rendido extrajuicio se considera que la causa del incendio no dependió de las líneas eléctricas de la compañía demandada, pero que del concepto pericial rendido en el juicio y no objetado, se infiere que "hay algo que dejó de examinarse y que ello conduce a no poder determinar si en realidad esa causa provino de las líneas en cuestión".

En suma, halla el acusador que no obstante reconocer el Tribunal que la relación de causalidad no está probada, por prestar la empresa demandada el servicio de energía eléctrica, que se presume peligroso, debía demostrar también los hechos de la demanda y la intervención de cualquier elemento extraño.

Esta tesis no tiene respaldo en ningún texto legal.

La sentencia de la Corte citada por el fallador se refiere a un caso en que se estableció el daño y el nexo de causalidad, por cuanto el deceso de la víctima sobrevino por electrocución, según pruebas que obraban en el expediente.

En el caso aquí contemplado, no se puede presumir que la causa del incendio ha sido la actividad de la compañía, "porque un incendio puede suscitarse en razón de múltiples causas, sin que la sola comprobación del daño indique la intervención del llamado agente peligroso".

Concluye el impugnante este aspecto de la censura diciendo que la aplicación de una norma, faltando los requisitos indispensables para ello, significa hacerla producir efectos jurídicos cuyo gobierno no le pertenece. Por consiguiente, condenar a la compañía a resarcir perjuicios "con base en el hecho de que no existían pruebas del daño o de la relación de causalidad, o en que a la compañía correspondía probar los hechos" de la demanda o las circunstancias exculpatorias, implica una violación del sentenciador por aplicación indebida de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

b) El artículo 1757 del Código Civil también ha sido violado por falta de aplicación, porque la parte actora no ha demostrado su propiedad sobre la cosa dañada, condición indispensable para tener titulación con qué reclamar el daño acaecido en su patrimonio. No obstante esta carencia de titularidad, el Tribunal dio aplicación a los artículos 2341, 2342 y 2356, con flagrante violación de ellos.

En efecto, si la demandada fuera responsable del daño que se le atribuye, haría falta demostrar la existencia del daño causado a los demandantes porque, según el artículo 2342, *ibídem*, puede pedir la indemnización el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recibido el daño. Solo su titularidad de dueño o su condición de poseedor le dan el derecho de demandar la indemnización de perjuicios conforme al artículo últimamente citado y al 2341 del mismo estatuto.

El que reclama la indemnización del daño inferido a una cosa de su propiedad, además de éste, debe acreditar su condición de dueño para legitimar su acción.

La Corte ha dicho que la titularidad es un elemento integrante de la acción para obtener sentencia favorable.

El Tribunal, en consecuencia, incurrió en infracción del artículo 1757 la cual condujo a aplicar indebidamente los artículos 2341, 2342 y 2356 del mismo "para condenar a la compañía que represento a resarcir perjuicios a un título que se ha ignorado en el proceso".

LA CORTE CONSIDERA

En el estudio del cargo por infracción directa, interpretación errónea o aplicación indebida de las normas sustantivas citadas por el recurrente, la Corte debe considerar directamente la cuestión legal partiendo de la situación de hecho tal como la admitió o encontró el fallador, para examinar la discrepancia que haya entre dicha situación y las normas legales que las gobiernan, bien porque el fallo acusado contenga una decisión absolutamente contraria a aquellas, ya porque les atribuya una significación y alcance que no tienen, ora porque no sean las normas aplicables al caso.

En la síntesis que se hizo de la sentencia del Tribunal, queda visto que de los varios testimonios citados, aceptó que con ellos "se establece que a consecuencia del mencionado incendio, las casas de los demandantes fueron destruidas".

Y luego en el aparte que denomina "relación de causalidad", claramente expone: "De los dictámenes periciales que aparecen en los autos se llega a la conclusión de que las mencionadas casas fueron incendiadas por electricidad contenida en alambres eléctricos que tenía en las citadas calles la Compañía Colombiana de Electricidad".

El impugnante pretende demostrar su censura volviendo a considerar la prueba de los hechos, cuando dice que la compañía es considerada responsable del incendio de las casas sin base probatoria alguna, y que del concepto pericial producido en el juicio el Tribunal infiere que hay algo que dejó de examinarse y que ello conduce a no poder determinar si en realidad la causa del incendio fueron las líneas que conducían la corriente eléctrica, cuando esta observación la hacen los expertos que actuaron dentro del juicio al concepto extrajudicial, en razón de que la conclusión de éste se debió a que los peritos no examinaron si el contador quemado y los otros dos estaban o no provistos de fusibles de control. *Volver sobre estas cuestiones de hecho en la censura de violación directa no se aviene con la técnica del recurso extraordinario, ya que al respecto el artículo 520 del Código Judicial consagra la causal de infracción indirecta de la ley sustancial a causa de error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.*

Máxime si se tiene en cuenta que la sentencia aplica los artículos de carácter sustantivo que

el acusador estima violados, en razón de haber hallado demostrado el daño con la prueba testimonial aducida al proceso, y la relación de causalidad con los dos conceptos periciales.

En cuanto a que el fallador afirma que conforme al artículo 1757 del Código Civil la parte actora no estaba obligada a probar los hechos, se advierte que, si bien hubo cierta impropiedad en su expresión, el encontrarse tal concepto después de afirmar que estaban plenamente establecidos los elementos daño y relación de causalidad entre el incendio de las casas y la corriente eléctrica conducida por los alambres, mediante los cuales la compañía prestaba el servicio de energía eléctrica en el sector donde ocurrió el incendio, y la referencia que luego hace a la aplicación que la doctrina y la jurisprudencia le han dado al artículo 2356 del Código Civil en el sentido de que, tratándose de actividades peligrosas, dicha norma establece una presunción de culpa de la cual no puede liberarse sino con la demostración de que el daño se debió a imprudencia exclusiva de la víctima, fuerza mayor o caso fortuito o intervención de un elemento extraño, indican claramente que el fallador solamente interpretó el artículo citado con el alcance de que ante la prueba del daño y el hecho causante de él imputable a la compañía demandada, su exoneración de culpa exigía la prueba de haber intervenido alguno de los tres factores dichos. En este sentido *no puede decirse que haya habido una interpretación errónea del artículo 1757 del Código Civil. Ni en caso de que la hubiera habido, la infracción sería* motivo de casación porque, *siendo este artículo un precepto regulador de materia probatoria, su violación sería aducible en casación como consecuencia de un error de derecho. En este sentido se ha pronunciado la Corte. (T. 63, pág. 631. T. 81, pág. 473).*

El cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Dice la demanda: "En segundo lugar, el Tribunal ha incurrido en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos a consecuencia del cual indirectamente violó los artículos 2341 y 2356 del Código Civil".

Al respecto copia la diligencia de inspección ocular practicada el 4 de mayo de 1957, antes del juicio y sin intervención de los demandantes, el dictamen de los peritos que en ella intervinieron, según el cual el incendio no pudo ser causado por corto circuito en las líneas secundarias, porque se hallaban en buenas condiciones y a veinte metros de los predios incendiados; tampoco pudo producirse el incendio en la acometida de alguna de las casas porque las de dos de los contadores situados en ellas lo mismo que éstos se encontraban en perfectas condiciones. En cuanto al contador destruido por la acción del fuego, cuyos alambres de entrada y salida con sus conexiones estaban "perfectamente calcinados", pudo ser la causa del incendio de la casa que lo contenía para su servicio, pero no puede demostrarse por tal apreciación que el incendio de la casa se originara en dicho contador o su acometida; el daño del contador y demás accesorios de él pudo deberse a la acción del fuego que abrasó el sitio donde estaba colocado "proviniendo dicho fuego por cualquier causa ajena a la corriente eléctrica".

Y agrega el recurrente: "Si contra la prueba a que me refiero, el Tribunal ha dado por establecido que no se sabe si la electricidad ha sido el factor que ocasionó el incendio de las casas en cuestión, habrá incurrido en ostensible error de hecho como puede apreciarse con la sola lectura de la pieza antes transcrita".

Dice que pudiera objetarse que el sentenciador sí estudió el mérito de esa prueba pericial, ya que refiriéndose a ella expresa que no consideran los peritos que el incendio proviniera "de corrientes eléctricas de la Compañía Colombiana de Electricidad", y que la causa del incendio no dependió de tales corrientes.

A lo cual replica el mismo impugnante que el Tribunal erró de hecho, porque con ánimo de criticar la inspección ocular, no la tuvo en cuenta para el fallo con pretexto de que por otro medio no se estableció que la electricidad hubiera intervenido en el incendio, e ignorando una prueba, cuyo mérito resalta a todas luces, incurrió en error de hecho y violó de manera indirecta los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

También erró de hecho el Tribunal, prosigue el acusador, porque no tuvo en cuenta los testimonios de Alfonso Castillo Nigrinis y Néstor Freiter, quienes ratificaron en el proceso "las circunstancias que habían advertido en el acta de inspección ocular y peritazgo extrajudicial".

Transcribe los apartes de la declaración de Castillo Nigrinis, en que expresa que como perito llegó a la conclusión de que el incendio se produjo debido a la instalación interna de la casa y no a la externa, porque la parte de alambre que sale del poste estaba en perfectas condiciones; y que los contadores puestos en el exterior de la casa llevan un protector de madera que los aisla de cortos circuitos. De la exposición del

segundo, copia el paso en que afirma que los contadores por las bobinas, el amperaje y el amparo externo sí tienen protección; que la corriente que se produce en sentido inverso a la normal avanza hacia el poste, donde está el transformador fusible, pero nunca hacia el contador de la acometida en que se presenta el corto circuito.

Advierte el acusador que, de acuerdo con el testimonio de Freiter, el servicio prestado por la compañía, no tuvo ninguna relación con el incendio de las casas, porque su origen estuvo en la instalación interna, cuyo mantenimiento no corresponde a la compañía. "De igual manera Alfonso C. Nigrinis confirma sus aseveraciones periciales".

Insiste en que es palmario el error de hecho, ya que el Tribunal ignoró voluntariamente la inspección y el peritazgo ameritados, "lo mismo que los testimonios u ratificación de los peritos que en ella intervinieron", y finaliza: "En consecuencia, a través de este cargo, acuso a la sentencia del Tribunal de haber violado indirectamente las disposiciones sustantivas citadas en el referido fallo".

LA CORTE CONSIDERA

Uno de los eventos en que el sentenciador incurre en error de hecho es aquel en que, obrando una prueba demostrativa de un hecho, no la ve y, en consecuencia, da por no demostrado un hecho. Tal sería el imputado por el impugnante al Tribunal, y que hace consistir en que éste no vio la diligencia de inspección ocular extrajuicio donde obra el dictamen de los peritos que actuaron en ella, en el cual concluyen que el incendio de las casas de los demandantes y demás bienes de que da cuenta el expediente no tuvo su origen en las líneas exteriores conductoras de la corriente eléctrica con que presta los servicios de alumbrado y demás la compañía demandada.

Pero resulta que el fallador sí vio y apreció el dictamen pericial de que trata el cargo en forma que llega a la conclusión de que tanto de éste como del que se produjo dentro del juicio "las mencionadas casas fueron incendiadas por electricidad contenida en los alambres eléctricos que tenía en las citadas calles la Compañía Colombiana de Electricidad".

Y al respecto reproduce el concepto en todo lo fundamental hasta la conclusión de que el fuego provino de cualquier causa ajena a la corriente eléctrica, "demostrable con mejores elementos de juicio". Y aunque el Tribunal anota la deducción a que llegan estos peritos, observa también que "el examen de los contadores fue continuado por los peritos nombrados en el juicio cuyo dictamen no fue objetado..." del cual también transcribe el paso en que le anotan al rendido extrajuicio que no establecieron los expertos que actuaron en él si tanto el contador quemado como los dos encontrados en buen estado estaban o no provistos de fusible de control. Y observa también que los contadores colocados en los frentes de las casas "se mantienen a la intemperie y sin protección alguna", lo que permitía apreciar el chisporroteo de que dan cuenta varios testigos, y finalmente que las líneas de alta tensión que pasan por el sector donde ocurrió el incendio presentan un aspecto de vetustez y carecen de protección aislante.

En todo caso, el fallador sí tuvo en cuenta el concepto pericial rendido en la diligencia de inspección ocular efectuada antes de iniciarse el juicio, pero no lo aceptó, porque halló que los peritos no examinaron los contadores buenos y el quemado para determinar si estaban provistos o no de fusibles de control, y seguramente porque *la diligencia de inspección ocular con peritos o testigos actuarios llevada a término antes de juicio sin intervención de las personas contra las cuales quiera aducirse, solo tiene el valor de presunción más o menos grave según el concepto del Juez ante quien se aduzcan, como ocurre con toda prueba indiciaria.*

Como el Tribunal apreció en conjunto los dos peritazgos para llegar a la afirmación de que existía el nexo de causalidad entre el incendio y el servicio de energía eléctrica que prestaba la compañía demandada, el cargo por error de hecho debía comprender la totalidad del medio que tuvo en cuenta el sentenciador y no solamente una parte de él, con tanta mayor razón si no aceptando el dictamen extrajudicial por la falta anotada, se tiene que admitir que su conclusión la basó fundada o infundadamente en el recogido dentro del juicio, el cual no ha sido objeto de la censura.

En cuanto a la tacha de no haber apreciado los testimonios de Alfonso Castillo Nigrinis y Néstor Freiter, que fueron los peritos que intervinieron en la inspección ocular que se practicó antes del juicio, según lo anota la petición de la prueba, simplemente se les llamó para que dijeran "cuáles fueron las conclusiones a que llegaron como peritos en la diligencia" dicha. Y a repetir las que constan en el acta de inspección se limitan uno y otro. Por manera que como expertos que rindieron su dictamen, no podían ser llamados a declarar como testigos, pues no iban a deponer ni depusieron sobre hechos que hubieran visto o presenciado antes o en el acto de producirse el incendio, sino a repe-

tir las conclusiones que dieron después de haber examinado los elementos que se les pusieron de presente el día de la diligencia. La exposición de Castillo Nigrinis y Freiter no podía apreciarla el sentenciador como prueba testimonial, porque no lo es, ni tampoco como peritazgo, dado que éste no se produce en el juicio como aquella.

Por este aspecto el Tribunal no cometió error de hecho en no tener en cuenta un concepto pericial o las conclusiones a que llegaron los expertos en una diligencia extrajudicial, porque la ampliación y explicación de un dictamen pericial se produce en la forma prescrita en el artículo 719 del Código Judicial, no por medio de declaración de testigos.

De otra parte, el cargo en cuanto a la falta de apreciación del testimonio de los dos expertos, contra lo dispuesto en el artículo 531 del Código Judicial que ordena al recurrente citar "los textos legales que el recurrente estima infringidos", se limita a decir que el Tribunal violó "indirectamente las disposiciones sustantivas citadas en el referido fallo", lo que llevaría a la Corte a buscarlas y a hacer un estudio oficioso de ellas, procedimiento que no se compagina con la naturaleza del recurso de casación, en el cual el censor no solamente debe citar los preceptos que considere violados sino demostrar en qué ha consistido la infracción.

Carecen de fundamento las tachas por error de hecho.

TERCER CARGO

Lo formula por "error de derecho en la apreciación de varios testimonios" que carecen de fuerza para demostrar en el proceso que la electricidad hubiera ocasionado daño a la propiedad reclamada por los actores. La indebida valorización de esos testimonios dio lugar a la infracción indirecta de los artículos 2341, 2342 y 2356 del Código Civil.

La síntesis de las razones conque intenta demostrar la censura, es:

El artículo 698 del Código Judicial no da fuerza probatoria al dicho de un testigo de oídas sino cuando la declaración recae sobre hecho muy antiguo, o cuando se trata de probar la fama pública. La sentencia se refiere a los testimonios rendidos por Federico Díaz y Juan B. Calderón, a los cuales atribuye, siendo de puras oídas valor demostrativo de que Josefa Cuao fue a la oficina de la compañía a dar cuenta de un supuesto corto circuito en las líneas conductoras de energía eléctrica a su casa de habitación. Tan aparente es este error que los testigos se refieren al dicho de la interesada.

En cuanto al daño o perjuicio que alegan haber sufrido los actores, el Tribunal ha incurrido en error de derecho al dar por probado el daño con los testimonios de Alcides Alvarez, Elías González, Julio César Reslen Fuentes y Teresa O. Martínez, error que condujo a violar indirectamente los citados artículos 2341, 2342 y 2356 del Código Civil.

"En efecto, según el artículo 705 del Código Judicial, para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales han de intervenir peritos, cuyo dictamen se apreciará judicialmente. Esto excluye cualquier testimonio como prueba de ciertas circunstancias, tanto más al caso de un incendio, en cuyo foco suelen saltar chispas por múltiples causas sin que ello suponga que la electricidad pudo ocasionar el siniestro".

Para reclamar un perjuicio el interesado no solo debe haberlo sufrido sino que además debe comprobar la pertenencia de los objetos dañados.

El dominio de los bienes raíces ha de demostrarse por medio de títulos debidamente registrados (artículos 756 y 759 del Código Civil y concordantes).

Por tanto, para establecer el dominio de los bienes raíces no era admisible el testimonio de Clara Igirio de González, Josefa Cuao, Tulio Mario Camacho, Alcides Alvarez, Rosina Coronal, Alejandro Urieles Acosta y Teresa Olivares. Y concluye así el impugnante: "En tal virtud solicito a través de este cargo que esa honorable Corte case la sentencia del Tribunal por error de derecho en la apreciación de los testimonios ya citados e infracción de los artículos 2341, 2342 y 2356 del Código Civil en la forma expuesta".

SE CONSIDERA

La sentencia no atribuye a los testimonios de Federico Díaz y Juan Calderón haber depuesto que Josefa Cuao acudió a la oficina de la Compañía Colombiana de Electricidad a dar aviso de que en su casa había corto circuito o daño en el contador, sino que María Liberata Caro y Delfa Rodríguez le manifestaron que iban a dicha oficina con el objeto expresado. No existe, por tanto el error de hecho que en la estimación de estos testimonios atribuye el acusador a la sentencia.

De las declaraciones que dieron Alcides Alvarez, Elías González, Julio César Reslen Fuentes y Teresa O. Martínez, el Tribunal encuentra que establecen que "a consecuencia del men-

cionado incendio, las casas de los demandantes fueron destruidas", esto es, el daño causado por el incendio, que es un hecho perceptible por los sentidos y demostrable por el dicho de quienes lo han presenciado, no por el concepto de expertos dotados de conocimientos especiales. Fuera de esta falla fundamental, el cargo adolece del vacío consistente en no haber citado norma de valoración probatoria violada directamente con el supuesto error, sin la cual el cargo por error de derecho se queda en la mitad de la vía. El artículo 705 del Código Judicial citado por el impugnante trata del caso en que deben intervenir peritos y de cómo deben designarse, pero no menciona siquiera el alcance probatorio del medio a que se refiere.

Igual observación debe hacerse a la censura de que con testigos no puede probarse la propiedad de bienes raíces, ya que este aserto lo funda en los artículos 756 y 759 del Código Civil, que consagran el registro del título respectivo como medio de efectuar la tradición del dominio y otros derechos reales en bienes raíces, que es cuestión diferente del valor de plena prueba que tienen las escrituras públicas debidamente registradas respecto del derecho a que se refieren.

Los cargos por errores de derecho tampoco tienen fundamento alguno.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia de fecha veintidós de febrero de mil novecientos sesenta y dos, proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario seguido por Josefa Cuao, María Liberata Caro, Clara Igirio viuda de González y Tulio Mario Camacho contra la Compañía Nacional de Electricidad.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESPONSABILIDAD POR CULPA

Daños en las heredades vecinas generados por la ejecución de una obra nueva en suelo propio. Prescripción de la acción. — Daño futuro y daño inaparente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, noviembre 4 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

1º Mercedes, Inés, Leonor y Matilde Alvarez Ricaurte iniciaron juicio ordinario para que se declare que los demandados Hernando Galvis Espinosa, Elvira Peña viuda de Rodríguez, Fanny Rodríguez de Galvis y Jaime Rodríguez Peña, son civilmente responsables de los daños ocasionados a la casa de propiedad de las demandantes, situada en Bogotá en la carrera 20, número 73-15, por la construcción de un edificio efectuada por los demandados en suelo de propiedad de éstos, edificio distinguido con los números 20-24, 20-30, 20-32, 20-34, 20-36 y 20-38 de la calle 73. Estimaron el valor de los perjuicios en la suma de $ 25.000, "o la que se establezca dentro del presente juicio" y pidieron condenación en costas.

Los hechos principales de la demanda pueden condensarse así:

Las demandantes y los demandados son dueños de los inmuebles antes indicados. Con ocasión de la construcción referida, el inmueble de las demandantes sufrió graves daños, "pues se han presentado grietas en los muros, especialmente los que cierran el patio posterior de la casa y que se acentúan en la parte occidental, se han presentado movimientos especialmente en la parte occidental; el tramo de un piso ha sufrido asentamientos diferenciales e inclusive levantamientos de terreno en algunas zonas". Los demandados no pusieron la debida diligencia y cuidado al hacer la construcción y, las demandantes informaron oportunamente a los demandados de los daños que ocasionaba la construcción a medida que avanzaba. La casa de las actoras está construida con las precauciones técnicas correspondientes y antes de la construcción aludida se encontraba en perfecto estado.

La demanda se apoya en los artículos 2341, 2347, 2350, 2351, 2352, 2356 y concordantes del Código Civil y en el 734 y siguientes del Código Judicial.

La contestación del libelo afirmó que si los daños han ocurrido no es por causa de la construcción, porque ésta se hizo con cuidado y diligencia. Posteriormente, en el alegato de conclusión de primera instancia, se propuso la excepción de prescripción con fundamento en el artículo 1007 del Código Civil, y falta de legitimación en causa de la parte demandada.

La sentencia del Juzgado hizo las declaraciones solicitadas en el libelo, cuyos perjuicios fueron estimados en el juicio en la suma de siete mil pesos. Declaró no probadas las excepciones.

Abierta y tramitada la segunda instancia por virtud de apelación interpuesta por los demandados, el Tribunal de Bogotá, dictó sentencia revocatoria de la de primer grado y en su lugar declaró probada la excepción de prescripción de la acción, denegó las súplicas de la demanda y absolvió a los demandados de los cargos del libelo.

2º La sentencia del Tribunal principia por hacer referencia abstracta al origen o fuentes que sirvieron de fundamentos a "las normas reguladoras de las relaciones jurídicas que pueden surgir entre dos o más personas por el solo hecho de ser propietarios de predios contiguos" y afirma que para la efectividad de estos derechos "consagra acciones posesorias especiales las que, en suma, constituyen una limitación al dominio puesto que tienen por objeto impedir a los propietarios que ejecuten dentro de sus heredades lo que les venga en gana, buscando así el imperio de la normalidad en las relaciones de

vecindad y la convivencia general de los asociados''.

Para concretar este enunciado se refiere a los artículos 986 y 988 del Código Civil que consagran las acciones de ''denuncio de obra nueva'' y de ''obra ruinosa'' y afirma que ''conforme a la última norma en cita se otorga acción a quien teme que la ruina de un edificio le cause perjuicios para querellarse al Juez a fin de que se obligue a su dueño a 'derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación', o que se le haga las reparaciones necesarias; agregando que si el daño no fuere grave es bastante que el querellado 'rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga'. La notificación de la querella, según lo estatuye el artículo 990 *ibídem*, otorga a los vecinos derecho a ser indemnizados de todos los perjuicios por tal causa sufridos.

''Y los derechos y acciones así concedidos para los vecinos perjudicados por la obra nueva o por la ruinosa, se consagran también para los que lo sean de cualquier construcción puesto que, a términos del artículo 992 siguiente, 'las disposiciones precedentes se extenderán al peligro que se tema de *cualesquiera* construcciones...' ''.

De lo anterior infiere: ''Nuestro Código Civil, pues, no se contenta con establecer las acciones posesorias especiales cuyo objetivo es precaver el daño producible por construcciones en predios contiguos sino que, además, regla también la responsabilidad del dueño de la edificación perjudicial una vez que el daño se ha causado (artículos 988, 989, 990 y 1007)''.

Sostiene que el derecho a la indemnización no puede estar sometido a la notificación de la querella por ser contrario a la equidad; que si la construcción causa daños al vecino el perjuicio no puede quedar sin la debida reparación, ''puesto que entonces, con fundamento en el principio de derecho universal que prohibe dañar a otro, la responsabilidad civil puede hacerse efectiva...

''Así, pues, aquel a quien perjudique una edificación levantada en la heredad vecina tiene a su alcance las acciones previstas por los artículos 988 y 2350 antecitados: la primera es de prevención y a la vez de reparación, si el mal temido y notificado se produce; y la segunda exclusivamente de reparación del daño, con previa notificación o sin ella, pero a partir del momento en que se haya causado''.

Después de otras consideraciones más o menos atinentes al problema, y de recopilar citas de autores extranjeros principalmente, concluye el fallador que como las actoras sostienen que los daños causados en su residencia comenzaron a presentarse y ser advertidos desde cuando el edificio de los demandados apenas estaba en construcción, o sea en 1955, año en que también se terminó, y que como la demanda para obtener la reparación sólo quedó notificada el 11 de junio de 1957, la prescripción de la acción estaba cumplida. Este motivo llevó al Tribunal a declarar la excepción perentoria de prescripción de la acción.

3º *La demanda del recurso.* La acusación contra la sentencia del Tribunal se hace por la triple faz de la causal primera: infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea.

Hace el recurrente el estudio de la sentencia de instancia, ataca el criterio que la informa, la aplicación por el Tribunal de los artículos contenidos en el Título XIV del Libro Segundo del Código Civil al caso del litigio, especialmente del referente a la prescripción de la acción (1007), critica la incompleta transcripción de algunos de los autores citados por el fallador, ''desvertebrando su pensamiento global'', y concluye ''que la acción ordinaria incoada, nacida de obra ruinosa de construcción nueva consumada, se disciplina por el Título 34 del Libro Cuarto del Código Civil, en razón de un hecho cumplido, o sea, la terminación del edificio de los demandados —cosa inerte— y por las normas generales sobre prescripción provenientes de responsabilidad por delitos y culpas, totalmente diferentes a los interdictos posesorios —en su variación prohibitoria y suspensiva—, reglamentados por el Título 14 del Libro Segundo *ibídem*.

''El sentenciador cometió enojosa confusión en dos tipos jurídicos distintos, que acarrean responsabilidades diversas, reglamentadas en formas diferentes, y sometidas a prescripciones distintas. Como fruto de esa protuberante confusión, aplicó preceptos sustanciales a través del fallo impugnado, vg. el artículo 1007 del Código Civil, inaplicable al caso controvertido, omitiendo la aplicación de otras de obligada aplicación, llegando, por este escarpado sendero a la pronunciación de un fallo contraevidente a la luz del Derecho, infringiendo la ley sustantiva dentro de la causal primera del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil de conformidad con lo que he demostrado.

''La sentencia impugnada, quiebra los siguientes ordenamientos de la ley sustantiva:

''El artículo 1007 del Código Civil, por indebida aplicación al caso del pleito, no siendo

aplicable el precepto sobre prescripción de algunas acciones posesorias especiales, a quien demanda en juicio ordinario, para conseguir el resarcimiento de los perjuicios causados.

"Los artículos 2535 a 2545 *ibídem*, en particular, por idéntico concepto.

"Los artículos 986, 988, 992 y 1003 del Código Civil por aplicación indebida al litigio.

"Los artículos 2341, 2343, 2344, 2349, 2350, 2352, 2356, 2358 y 2359 del Código Civil, por falta de aplicación al pleito, siendo aplicables, y no haber decidido con fundamento en ellos, cual sí lo hizo el sentenciador de primer grado. Esto equivale a una infracción directa de la ley sustantiva".

4º *Consideraciones de la Corte.*

a) De los textos legales que integran el Título XIV del Libro Segundo del Código Civil, "de algunas acciones posesorias especiales", aparece que confieren acción al poseedor para pedir que se prohiba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión, tal el artículo 986, cuya segunda parte establece excepciones y determina que no se tendrá derecho de denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., con tal que en lo que pueda incomodarle se reduzcan a lo estrictamente necesario, y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior a costa del dueño de las obras. Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza de los caminos, cañerías, acequias, etc.

La misma ley define lo que ha de entenderse por obra nueva denunciable y a ese fin está destinado el artículo 987. Esta misma norma señala otra clase de obras denunciables, como las construcciones que se trata de sustentar en edificio ajeno, que no esté sujeto a tal servidumbre y toda obra voladiza que atraviesa el plano vertical de la línea divisoria de los predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él.

Las acciones posesorias a que se refieren los artículos 986 y 987 del Código Civil, están en función del temor por el daño futuro y autorizan a pedir que se prohiba la construcción de obras nuevas denunciables hechas en suelo o edificio de que no está en posesión el que verifica o construye las obras.

b) Son también denunciables las obras ruinosas. "El que tema que la ruina de un edificio vecino le depare perjuicio —dice el artículo 988—, tiene derecho de querellarse al Juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa.

"Si el daño que se teme del edificio no fuere grave, bastará que el querellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga".

Dentro del mismo ámbito del artículo anterior está el 992, al estatuir que las disposiciones precedentes se extenderán al peligro que se tema de cualesquiera construcciones; o de árboles mal arraigados, o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia.

Entre los artículos 986 y 987 y los artículos 988 y 992 hay un punto de contacto y una diferencia fundamental. Los dos primeros se refieren al daño futuro, al temor de la obra que se trate de construir, al peligro que la obra nueva pueda causar; sin embargo, con más claro contenido de acción posesoria, amparan al poseedor de la obra que se trate de construir en el suelo o edificio de que está en posesión. Las dos últimas normas citadas, prescinden de este concepto y protegen al poseedor de la ruina causada por un edificio vecino o del temor de cualesquiera construcciones, sin reparar en que ellas se hayan hecho en suelo o edificio del poseedor.

c) Ninguna de estas disposiciones que sirvieron de fundamento al fallador de mérito, se refieren al daño inaparente, al que no se podía temer por no existir entonces motivo para ello, como sucede cuando se ejecuta una obra nueva en suelo propio y que por fallas técnicas, como cálculos de resistencia, o por la falta de firmeza o estabilidad del piso, etc., generan daños en las heredades vecinas, sin que los dueños de éstas estuvieran en condiciones de prevenir lo que por no estar a su alcance, no podían temer. Lo cual significa que el damnificado está dotado de acción indemnizatoria, y es entonces cuando los principios generales de responsabilidad por culpa tienen aplicación.

En fallo de 10 de abril de 1961, según aparece de la transcripción hecha en la sentencia de la Corte de 5 de abril de 1962 (XCVIII, 341 ss.), al conocer del recurso de casación en juicio ordinario en que se propusieron como elementos de hecho para obtener condenación por los daños sufridos por la casa 13-70 de la calle 65 de Bogotá, consistentes esos daños en "agrieta-

miento profundo de paredes divisorias de piezas, vencimiento de muros importantes, desprendimiento de techos y cornisas y otras averías'' que se debieron ''única, directa y exclusivamente'' a la ''construcción de un edificio de varios pisos...'', *el Tribunal de Bogotá,* con distinto criterio al del fallo que se revisa, *dijo con acierto:* ''En tratándose de obras privadas efectuadas en el terreno mismo del dueño y que afecten propiedades contiguas, estima la Sala que justificada la presunción de culpa a que se refiere en la forma dicha el artículo 2356 del Código Civil, puesto que en la mayoría de los casos se trata de verdaderos abusos del derecho de propiedad que conducirían a un enriquecimiento sin causa por parte del constructor, quien por ahorrarse gastos adicionales en la prudente verificación de la obra, expone sin razón, a los vecinos a las contingencias de su actividad...''.

Entonces la Corte tuvo oportunidad de fijar el alcance del derecho del perjudicado por la obra nueva y de señalar la acción correspondiente, en los siguientes términos:

''3. Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes, de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil, es sin embargo por su naturaleza peligrosa: la comprobación del daño por lo común esclarece también su causa eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume en conformidad con el artículo 2356 del Código Civil, como para toda persona que se ocupe de una actividad peligrosa. De donde, salvo prueba de culpa exclusiva de la víctima, de intervención de elemento extraño, o de fuerza mayor, surgen las condiciones de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual o aquiliana, en que el sujeto al pago de la indemnización ha de ser, ante todo, el autor directo del daño''.

d) De modo que son las acciones posesorias especiales referidas en parte anterior de este pronunciamiento y las otras del Título XIV del Código Civil, cuya alusión no es necesario hacer ahora, las que prescriben según previsión del artículo 1007 ibídem, *y no las que nacen de la culpa inferida a las cosas o bienes ajenos.*

Lo dicho indica que los cargos son procedentes.

Se observa adicionalmente que, si el Tribunal, tuvo la acción como posesoria, el procedimiento para hacerla valer no era el ordinario, y que, tramitado el juicio en esta última forma, el resultado no debió ser el que le dio el fallador.

e) Al obrar la Corte como Tribunal de Instancia, en virtud del éxito de los cargos, encuentra que el Juzgado de primer grado procedió con acierto en la solución de la controversia, así en el estudio de las condiciones de la acción, como en el de los presupuestos procesales y en el de la prueba para fijar el monto de los perjuicios.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 29 de septiembre de 1962, proferida en el juicio ordinario de Mercedes Alvarez Ricaurte y otros contra Hernando Galvis Espinosa y otros, sobre pago de perjuicios y, en su lugar, *confirma* la del Juzgado Sexto Civil de esta ciudad, de fecha veintiuno (21) de junio de mil novecientos sesenta y uno (1961).

Sin costas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PARTICION EXTRAJUDICIAL

Medios legales de protección al adjudicatario del efecto ajeno. — Error de hecho. — No procede acusar simultáneamente por errores de hecho y de derecho en la estimación de unos mismos medios. — En qué consiste la identidad de una cosa corporal. — Diferencia entre el caso de que el error sobre la identidad específica del objeto verse únicamente sobre una porción de la masa partible y el caso en que tal clase de error recaiga sobre la totalidad de la misma.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, noviembre 5 de 1964.

(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 Distrito Judicial de Medellín, con fecha 17 de noviembre de 1961, en el juicio ordinario seguido por Celia Tamayo viuda de Posada frente a Ilduara Posada viuda de Tamayo.

I

ANTECEDENTES

En la sucesión de Belisario Posada, protocolizada en la Notaría Primera de Yarumal por medio de la escritura número 154 de 27 de febrero de 1958, les fue adjudicada en común a las señoras Celia Tamayo viuda de Posada e Ilduara Posada viuda de Tamayo, en las proporciones de $ 38.200 para la primera y $ 1.800 para la segunda, con relación a un avalúo de $ 40.000 asignado al globo total, una finca situada en el Municipio de Campamento, compuesta de dos lotes determinados así:

Lote a). Por el pie, el río Nechí, partiendo de la desembocadura del amagamiento llamado El Tesoro, se sigue río abajo a encontrar lindero con propiedad de Isaías Montoya, se sigue lindando con éste a encontrar lindero con propiedad de Ilduara Posada viuda de Tamayo, a salir al camino real, se sigue por el camino en dirección a Campamento a llegar al amagamiento El Tesoro, primer lindero.

Lote b). Partiendo del punto llamado Alto Grande, camino viejo de Anorí, se sigue lindando con terrenos de propiedad de los Riveras, Pedro Rivera y la sucesión de Evangelista, por la orilla de un monte para abajo y terminando el monte se sigue línea recta, buscando el filo mayor hasta el amagamiento llamado Los Builes, se sigue amagamiento arriba lindando con terrenos de propiedad de Himesio y Belisario Posada, hasta su nacimiento y continúa por una cañada seca lo más recto hasta salir al camino que de Campamento gira para Anorí, se sigue éste, por el camino viejo de Anorí, hasta el punto llamado Alto Grande primer lindero.

Luego, por medio de la escritura número 228 de 22 de marzo de 1958, de la misma Notaría de Yarumal, las nombradas Celia Tamayo viuda de Posada e Ilduara Posada viuda de Tamayo efectuaron la división material de la comunidad que, por razón de las referidas adjudicaciones, se había formado entre ellas sobre la finca constituida por los especificados lotes a) y b), los cuales en tal acto se adjudicaron así: a la primera o sea Celia, el lote a); y a la segunda o sea Ilduara, el lote b).

Y por la cláusula cuarta del mismo acto divisorio se dijo textualmente esto: "Que el camino de que se habla en estos linderos de ambos lotes es el camino anterior a la variante nueva que está actualmente en servicio entre el Municipio de Anorí y Campamento".

II

EL LITIGIO

Dados estos antecedentes, Celia Tamayo viuda de Posada trajo a juicio ordinario a Ilduara Posada viuda de Tamayo, en solicitud de las siguientes declaraciones principales:

1ª Que es absolutamente nulo, *"por haber existido error de hecho en la identidad de la cosa específica"*, el acto de partición extrajudicial contenido en la escritura número 228 de 22 de marzo de 1958, de la Notaría Primera del Circuito de Yarumal, en virtud del cual la demandante y la demandada pusieron fin a la comunidad que tenían en los atrás especificados lotes de terreno;

2ª Que, consecuencialmente, las cosas deben volver al estado que tenían antes de tal acto, regresando a la comunidad los bienes que la constituían, cuya restitución harán las otorgantes, respectivamente, con sus frutos naturales y civiles, así los percibidos como los que se hayan podido percibir con mediana inteligencia y actividad, a contar de la notificación de la demanda en adelante.

3ª Que se cancele la inscripción del registro de la escritura pública de división de la comunidad; y

4ª Que la opositora debe pagar las costas del juicio.

Subsidiariamente se impetra la rescisión del contrato contenido en la misma escritura número 228 de 22 de marzo de 1958, de la Notaría Primera de Yarumal, por lesión enorme sufrida por la comunera Celia Tamayo viuda de Posada, y se formulan otras súplicas en relación con esta materia.

Por *hechos* informativos de la *causa petendi*, además de los que se refirieron atrás como antecedentes del litigio, el libelo propone los siguientes:

Que las comuneras, al ponerle fin a la indivisión mediante la escritura número 228, lo hicieron "convencidas de que los dos lotes de terreno antes descritos formaban parte de la finca conocida con el nombre de 'Palmitas'" (2º);

Que fue intención de ambas la de que la demandada, quien tenía un predio de su exclusiva propiedad a linde con la finca de "Palmitas", quedara dueña del lote que formase un sólo cuerpo con el de su pertenencia (3º);

Que, con la división que expresa la sobredicha escritura número 228, advinieron las siguientes circunstancias, no tenidas en cuenta cuando se concertó la convención: conocimiento de que el lote b) no formaba parte de la finca de "Palmitas", como se expresó en el ordinal 1º de la diligencia de inventario de la sucesión de Belisario Posada, sino de la finca llamada "El Yerbal", que es distinta de aquélla; que la finca de "Palmitas" está ubicada al lado derecho del camino que va de Campamento a Anorí, y la de "El Yerbal" al lado izquierdo del mismo camino; que la aclaración de linderos contenida en la ya transcrita cláusula cuarta de la escritura número 228, "parece indicar que a la demandada se le otorgó derecho de dominio no solamente sobre el lote descrito en el literal b), sino también sobre parte de un lote de la finca llamada 'Palmitas', que fue el mismo que se quiso transmitir a la Posada, en lugar del primero, y que debió describirse así: 'Del alto de Palmitas, de allí se sigue por una cordillera, lindando con Víctor Aristizábal y Belisario Posada R. hasta el Alto llamado 'Morrón'; de allí se sigue a la izquierda por un filo a linde con el mismo Posada R., hasta el punto llamado 'La Quiebra' en el camino departamental que de Campamento gira para Anorí; siguiendo este camino a buscar el alto de Palmitas, punto de partida' "; y que el lote que se le adjudicó a la demandada no quedó formando un sólo globo con el bien de su exclusiva propiedad, como fue la intención de las partes (4º);

Que es manifiesto el error sobre la identidad de la cosa, cometido tanto en el ordinal 1º de la diligencia de inventario de la sucesión de Belisario Posada, como en la escritura de división, al haber expresado que el lote descrito en el literal b) hace parte de la finca de "Palmitas", en argumento de lo cual observa que en esta finca existe, según se dijo en el inventario y partición del juicio sucesorio, una casa de tapias y tejas de barro, rastrojeras y plantaciones de café, pues es finca de agricultura, en tanto que respecto del fundo "El Yerbal" se habla de una casa de habitación construida de material y cubierta de tejas de eternit, baño garrapaticida, potreros, etc., todo lo cual indica que está destinado exclusivamente a la ganadería (5º);

Que en la división amigable referida no hubo en las contratantes intención de adjudicar a la comunera Posada todo el lote que describe el literal b), pues creyeron que tal porción de terreno no hacía parte de la finca "El Yerbal", como en verdad ocurre, sino que lo que se le iba a dar era la porción últimamente especificada (6º);

Que, con la aclaración de linderos que se hizo en la dicha escritura número 228, "la demandada vino a adquirir derecho de dominio en un

lote de terreno que hace parte, éste sí, de la finca 'Palmitas', en lo cual se sufrió un error, porque esta porción no formaba parte de los lotes descritos en los literales a) y b) de la mencionada finca, sobre los cuales versaba la división, error este que vicia el consentimiento, haciendo que el acto sea absolutamente nulo, por falta de consentimiento, yerro que a la vez estructura la carencia de identidad de la cosa específica sobre que versó el acto" (7º), y

Que, en la división amigable de que trata la misma escritura, sufrió lesión enorme la demandante, porque, cuando ésta y la demandada tenían que adquirir en proporción a sus respectivos derechos de $ 38.200 y $ 1.800 sobre un valor de $ 40.000, la última resultó recibiendo el terreno del literal b) y el comprendido por la aclaración hecho en el mismo instrumento, que valían entonces el primero más de $ 7.000 y el segundo más de $ 8.000; y en cambio el derecho de la actora quedó reducido de su justo precio en proporción al valor del engaño, el cual sobrepasa los $ 12.000. El porcentaje de la lesión excede del seiscientos por ciento —600%— (8º).

En *derecho* se invocaron, entre otros textos, los artículos 746, 1405, 1502, 1510, 1740, 1741, 1946 y 1947 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936.

En su contestación, la demandada dijo atenerse, en su integridad, al enunciado de las escrituras citadas por la actora, cuya afirmación acerca de la intención que tuvieron las partes de que la demandada quedara dueña del lote que formase un solo cuerpo con el que la misma tenía a linde con la finca de "Palmitas", aceptó la contestante, quien rechazó los demás hechos del libelo, así como las razones en éste expuestas y propuso las excepciones de transacción, de cosa juzgada y la que llamó *genérica*.

Previa producción de pruebas de la parte actora, cerróse el primer grado del juicio con fallo del Juez del Circuito de Yarumal, por el que se declaró relativamente nulo el contrato contenido en la escritura número 228 de 22 de marzo de 1958, y se dispuso la consiguiente restitución de las partes al estado anterior.

Por apelación de la demandada, surtióse la segunda instancia, en la cual, a virtud de auto para mejor proveer, se practicó una inspección ocular con peritos. Luego, el Tribunal, por sentencia de 17 de noviembre de 1961, revocó la del inferior, para absolver a la demandada de los cargos que le fueron formulados.

Contra este pronunciamiento interpuso la actora el recurso de casación, a cuyo despacho se procede.

III

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Los motivos que se muestran como fundamentalmente determinantes de la decisión, cabe reseñarlos así:

Que, según las constancias procesales, la confusión que pueda presentarse en cuanto a las fincas de "Palmitas" y "El Yerbal", proviene de los inventarios y partición en el juicio de sucesión de Belisario Posada, y no de quienes formaban la comunidad que finalizó con la escritura número 228 de 22 de marzo de 1958;

Que "en la diligencia de inspección ocular llevada a efecto por el Tribunal (Fls. 67 a 70. Cdo. Princ.), se identificaron perfectamente los lotes descritos en las hijuelas números 2 y 5, con los que fueron materia de la partición extrajudicial, y en relación con los que fueron inventariados en la sucesión de Belisario Posada, y con los antiguos títulos por los cuales adquirió el causante, y resultaron ser exactamente los mismos".

Que "igual identificación se obtiene mediante el dictamen pericial rendido por los señores: doctor Manuel T. Múnera y Victoriano Echeverri V., que obra a folios 71 a 75 vuelto de este cuaderno. Luego no hay error en la identidad del objeto o materia de la partición; y por este aspecto no puede prosperar la acción propuesta".

Que "si hubo error en la partición en el juicio de sucesión es esa la que debe atacarse y con intervención de todos los que en ella intervinieron, pero no ha de servir de causal para tratar de anular la que consta celebrada entre ambas partes litigantes, y que reúne todos los requisitos legales".

Que entre los hechos 4º, 6º y 7º que expresa la demanda existe una franca contradicción, de que resulta: "a) Que la actora sabía perfectamente qué comprendía el lote del literal b), y qué lo del literal a). b) Sabía perfectamente que el lote descrito en el numeral cuarto (hecho 4º) no había entrado en la partición en la sucesión de su esposo Belisario Posada, y c) Que quiso transmitirlo a la demandada en vez del descrito en el literal b), todo a pleno conocimiento; de donde no puede alegar error por carencia de identidad de la cosa específica sobre que versó el acto".

Que, con la aclaración de linderos que consta en la cláusula cuarta de la escritura número 228, se adjudicó un bien ajeno, "pues de acuerdo con las identificaciones realizadas por el Tribunal, el lote comprendido dentro de los caminos números 1 y 2, no fue incluido en la parti-

ción ni en los inventarios principales en la sucesión de Belisario Posada, y no entró a comunidad a título singular creada por las hijuelas números 2 y 5''; pero que ''el haberse adjudicado bienes ajenos en una partición puede dar lugar a una demanda de reivindicación, propuesta por el verdadero dueño o sea la sucesión de Belisario Posada, pero no a la nulidad, cuyas causales están determinadas taxativamente por el artículo 1405 del Código Civil, y entre ellas no se puede contar el hecho de que se trata'';

Que hay duda sobre el verdadero interés jurídico de la actora, quien recibió el lote a) ''Palmitas'' y en la actualidad aparece como su titular, y en cambio quiso, según sus propias palabras en el escrito de demanda, ''no dar a la comunera demandada el lote del literal b), sino el descrito por ella en el hecho 4º, a su vez conocedora de que no era de la comunidad sino de la sucesión de Belisario Posada, de suerte que si alguien puede reclamar, lo sería la demandada... Por eso la acción de nulidad relativa fundada en la especie de vicio de consentimiento consistente en error sobre la identidad específica de la cosa, según el artículo 1510, no aparece demostrada, en forma tal que el juzgador pueda deducir que hubo ese error en el consentimiento de uno de los contratantes''.

Finalmente, por lo que hace a la súplica subsidiaria sobre rescisión, por causa de lesión, del convenio divisorio, contenido en la escritura número 228, afirma el sentenciador no aparecer demostrado que la actora haya sido perjudicada en más de la mitad de su cuota. Porque, fuera de que, en lo que se le adjudicó a la demandada, quedó incluida una porción que no es de la comunidad, sobre la cual puede establecer acción reivindicatoria el verdadero dueño, resulta que ''los diversos dictámenes periciales practicados al respecto, ni son completos ni bien fundamentados. Así se observa que el perito Ovidio Aristizábal a folios 68 vuelto y 69 del cuaderno número 2 da valores sobre el lote del literal b) y el del hecho 4º de la demanda, pero nada dice respecto al que correspondió a la actora. El perito Darío Gutiérrez (Fls. 71 vto., Cdo. Nº 2) expresa: 'En cuanto al justo precio del lote descrito en el literal b) de la escritura número 228 de 22 de marzo de 1958, en el día en que se otorgó este instrumento con la aclaración a que se refiere la cláusula 4ª del mismo título me abstengo de determinarlo, ya que fui llamado como conocedor de la región y no como perito avaluador'. Y el perito Gilberto Aristizábal (Fl. 79 a 81 vto., Cdo. Nº 2), dice: 'El lote 'a' en finca 'Palmitas' y que es el que dije está sin inventariar (o sea el lote descrito en el hecho 4º de la demanda), sin las mejoras vale $ 10.000 y el lote b) en la finca 'El Yerbal' (o sea el del literal b), vale ocho mil pesos ($ 8.000), y no da valor alguno sobre el adjudicado a la actora. Luego no hay la prueba legal suficiente para poder apreciar si se presentó o no rescisión por lesión enorme de acuerdo con la ley (Art. 1405, inc. 2º, 1406, 1407, 1408, 1409 y 1410 del C. Civil), ya que la acción la tiene el partícipe que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota''.

IV

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Se impugna la sentencia del Tribunal, a base de tres cargos relativos a la causal primera de casación, cuyo planteamiento se ofrece así:

Primer cargo.

Está formulado por error de hecho en la interpretación de las escrituras números 228 de 22 de marzo de 1958, 154 de 27 de febrero de 1958, 738 de 3 de diciembre de 1914 y 93 de 18 de marzo de 1927, todas de la Notaría Primera del Circuito de Yarumal, que llevó al sentenciador a violar los artículos 1510, 1741 y 1746 del Código Civil, por falta de aplicación al caso del litigio.

El acusador, comenzando por referirse a las adjudicaciones sobre el inmueble formado de los lotes a) y b), situado en el paraje de ''Palmitas'', hechas a Celia Tamayo de Posada e Ilduara Posada de Tamayo, bajo las hijuelas números dos y cinco, respectivamente, en la sucesión de Belisario Posada, protocolizada por la escritura número 154 de 27 de febrero de 1958, afirma que el inmueble así adjudicado se identifica por los mismos linderos expresados en el hecho 1º de la demanda, base del presente juicio.

Se remite, luego, a la escritura número 228 de 22 de marzo de 1958, por la cual aquellas adjudicatarias dividieron la comunidad, asignando a Celia el lote a) y a Ilduara el lote b), y agrega que sólo los linderos de este último vienen a identificarse con los que al mismo se le asignaron en la hijuela número dos, pues, con el sentenciador de primera instancia, estima que, ''a través de las citas que sobre propiedad de los lotes en mención se hacen en la hijuela número 2 y del texto de las escrituras 93 de marzo 18 de 1927 y 738 de 3 de diciembre de 1914, 'se aprecia que el determinado con la letra a) es el que hace referencia al numeral 5 de la hijuela per-

teneciente a Belisario Posada R., en la sucesión de Rafael Posada, cuyos linderos son bien diferentes al respectivo bien de la escritura número 154; y que el lote de la letra b) sí coincide para identificarse plenamente con el lote descrito bajo el mismo literal en el acto de permuta de que da cuenta el título enunciado en segundo término (la escritura Nº 738)' ''. En seguida observa que, según los títulos examinados, ambos lotes están ubicados en el paraje de ''Palmitas'', de la jurisdicción del Municipio de Campamento.

Pasa a ocuparse de la diligencia de inspección ocular con peritos (parece referirse a la surtida en la primera instancia), para sostener que tales medios demuestran: que, en relación con los inmuebles de que tratan los hechos y la parte petitoria de la demanda, se identificaron los a que se refieren las hijuelas atribuidas a Celia e Ilduara en la sucesión de Belisario Posada, el de la hijuela que se formó a éste en la sucesión de Rafael Posada y el detallado en la escritura número 228, del cual el lote a) corresponde a la finca ''Palmitas'' y el b) a la finca ''El Yerbal'', siendo estos dos lotes los mismos aludidos en las hijuelas números dos y cinco de la sucesión de Belisario Posada; que el lote resultante de la aclaración hecha en la cláusula cuarta de la escritura número 228 está incluido en el del literal a); que las fincas de ''Palmitas'' y ''El Yerbal'' son distintas; que hubo error al inventariarse, en la sucesión de Belisario Posada, el lote b) de que habla la escritura número 228, como perteneciente a la finca ''Palmitas'', ya que no se especificaron bien los linderos, y de hecho quedó excluido del inventario en mención; que el lote a que alude la cláusula cuarta de la escritura número 228 no incluyó ninguno otro distinto a los determinados con las letras a) y b), ni fue tenido en cuenta en la diligencia principal de inventario de la sucesión de Belisario Posada, y que el lote excluido hace parte del descrito en la demanda de inventarios adicionales de la misma sucesión.

De todo lo cual, el impugnante dice sacar con evidencia las siguientes deducciones:

Que, a pesar de que la división material establecida en la escritura número 228 da la sensación de referirse a los mismos bienes que a Celia e Ilduara les fueron adjudicados en común, en la sucesión de Belisario Posada, sin embargo sucede que el lote a) asignado a la demandante no se identifica con el que fue objeto de adjudicación en dicha causa mortuoria, pues a los linderos que al mismo lote se le pusieron en la escritura número 228 se les agregó: ''...este amagamiento abajo, hasta la desembocadura del río Nechí primer lindero'', es decir ''que con tal agregación quedó la duda sobre qué mayor o menor extensión vino a comprender la nueva línea, a diferencia de lo ocurrido con el lote b) adjudicado a Ilduara Posada viuda de Tamayo, el que sí se identifica con el mismo lote b) de las hijuelas 2 y 5. Además, en estas hijuelas, cuando se hace alusión a la procedencia del dominio que tuvo el causante Belisario Posada, se observa que el lote b) es el mismo a que se refiere el contrato de permuta celebrado entre Rafael y Belisario Posada, por la escritura número 738, visible a folios 47 y 48 del cuaderno de pruebas de la demandante-recurrente, pero que el lote a) sólo viene a coincidir con la parte inicial o primera del lote descrito en la escritura número 93, esto es, la hijuela de Belisario Posada en la sucesión de Rafael Posada, parte que empieza así: Por el pie el río Nechí partiendo de la desembocadura del amagamiento llamado 'El Tesoro', río abajo...''; y

Que no hay duda de que la cláusula cuarta de la escritura número 228, al expresar que ''el camino de que se habla en estos linderos de ambos lotes *es el camino anterior* a la variante nueva que está actualmente en servicio entre el Municipio de Anorí y Campamento'', hace comprender una extensión de terreno no prevista en la diligencia de inventarios de la sucesión de Belisario Posada, ni comprendida dentro de los linderos del lote b) adjudicado en la misma escritura a la demandada, como así se desprende también de los testimonios de Pedro Luis Sánchez, Roberto Piedrahíta, Samuel Aristizábal y Javier López Alvarez, quienes dicen que los lotes a) y b) ''han pertenecido siempre, en su orden, a las fincas 'Palmitas' y 'El Yerbal' '', ocurriendo que, en virtud de la referida cláusula cuarta, se destinó para la Posada viuda de Tamayo otra extensión que hace parte del lote de ''Palmitas'', no incluida inicialmente en el lote b) y distinguida por el especial alindamiento que se les propuso a los testigos y que es el mismo indicado en el ordinal 4º de los hechos de la demanda.

Agrega, luego, que los peritos de la primera instancia, Ovidio Aristizábal y Gilberto Aristizábal, están acordes en conceptuar que a la demandada le fue adjudicado en la división amigable, por obra de la susodicha cláusula cuarta de la escritura número 228, la extensión últimamente señalada por los testigos, estando los lotes a) y b) adscritos a las fincas de ''Palmitas'' y ''El Yerbal''; y que los peritos asignan al lote b) y al adicional que resulta de la referida cláusula cuarta, para el día del otorgamiento de la

escritura número 228, "los precios de $ 10.000 para el primero y de $ 14.000 para el segundo (el perito Ovidio Aristizábal); de $ 8.500 y $ 4.000 en el mismo orden (el perito Darío Gutiérrez); y de $ 8.000 que, sin discriminación le asigna el perito Gilberto Aristizábal, pues dice éste que fue el lote a) el que quedó fuera de inventarios".

Toda la argumentación anterior culmina, para el recurrente, con las siguientes conclusiones:

Que el Tribunal, "por falta de interpretación precisa y adecuada" de los instrumentos citados en el cargo, incurrió en evidente error de hecho, pues, sin tener en cuenta que lo que las partes quisieron, en la escritura número 228, fue liquidar la comunidad que entre ellas se había constituido en la partición de herencia de Belisario Posada, por razón de las cuotas que en ésta se les adjudicaron sobre los referidos lotes a) y b), y sin considerar, de otro lado, "que tales cuotas estaban radicadas en lotes bien determinados", llegó a sostener que el error en que se incurriera en la división amigable de la escritura número 228, al adjudicarse bienes distintos de los que constituyeron la comunidad, se deriva de la mortuoria de Belisario Posada, sin que pueda alegarse como causa del cometido por las partes en la referida división amigable;

Que "de acuerdo con lo anterior, es cosa evidente: que a la demandante Celia Tamayo viuda de Posada se adjudicó el lote a) que en verdad no es el mismo a que aluden las escrituras números 154 y 93; y a la demandada Ilduara Posada viuda de Tamayo se le adjudicó el lote b), que, en virtud de la cláusula cuarta de la escritura 228, quedó aumentado en una extensión territorial no perteneciente a la comunidad. Es decir, se adjudicaron o traditaron bienes distintos de aquellos constitutivos de la comunidad que se iba a dividir", siendo ostensible que "la creencia que tuvieron las partes de dividirse determinados bienes de la comunidad no correspondió a la realidad, y que esa creencia sí fue la determinante del contrato", por lo que no queda duda de la conducencia de la acción incoada, a la luz del artículo 1510 del Código Civil, que consagra la nulidad por error que vicia el consentimiento, entre otros casos "como el de este proceso, cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata"; y

Que el error de hecho así analizado en este cargo, llevó al sentenciador a infringir los ya citados artículos 1510, 1741 y 1746 del Código Civil, porque no aplicó el primero, habiéndose demostrado el error en cuanto a la identidad específica de los inmuebles objeto de división, ni el segundo que sanciona con nulidad relativa el error de tal naturaleza, ni el tercero, porque habiéndose debido declarar la dicha nulidad, absolvió en cambio a la demandada y dejó de decretar las restituciones ordenadas en este precepto.

Segundo cargo.

Se encuentra propuesto por *error de hecho,* consistente en la equivocada apreciación de la diligencia de inspección ocular que se practicó en la primera instancia, como también del dictamen de los peritos que en ella intervinieron, error que —se dice— resulta evidente del análisis de los mismos medios hecho por el impugnante en el precedente capítulo de la censura y que llevó al sentenciador a "desconocer todas las conclusiones y circunstancias determinantes del error en cuanto a la identidad específica de los inmuebles que fueron objeto del contrato de partición contenido en la escritura número 228 tantas veces citada". Lo cual "implica la violación de las disposiciones sustantivas referentes al valor probatorio de la inspección ocular y del dictamen pericial, como de las disposiciones sustantivas del Código Civil, ya citadas en la parte final del cargo primero anterior".

Tercer cargo.

Viene formulado también por *error de hecho,* que se hace consistir en la falta de apreciación de los testimonios de Pedro Luis Sánchez, Roberto Piedrahíta, Samuel Aristizábal y Javier López Alvarez, rendidos en la primera instancia, que, según la censura, concurren, conforme a lo dicho en el desarrollo del primer cargo, a reforzar la plena demostración del error acerca de la identidad específica de los inmuebles objeto de la consabida división convencional. Por ello, "el Tribunal violó todos los artículos del Código Judicial que valoran la prueba testimonial, como también los artículos del Código Civil ya referidos en la parte final del primer cargo...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El minucioso trasunto que del libelo acusatorio queda hecho, muestra su ineptitud.

Porque, *siendo el error de hecho una falla del entendimiento sobre la objetividad de la prueba, quiere decir que si ésta se aprehende por el sentenciador, tal como se ostenta en el proceso, sin hacerle decir lo que ella no expresa y, por lo tanto, sin sacar de la misma conclusiones de hecho positivamente contrarias a lo que su texto reza, no hay lugar al yerro de esta especie.*

2. En el caso, es notorio que el Tribunal entendió las escrituras a que se refiere la acusación, en conformidad al enunciado de las mismas y, por lo tanto, sin incurrir en error de hecho en su interpretación, la que confirman las pruebas de inspección ocular y pericial surtidas, a base de auto para mejor proveer, en la segunda instancia, pruebas éstas cuya apreciación no ha sido atacada por el recurrente y que convencieron a aquél de la identificación perfecta de los lotes descritos en las hijuelas números 2 y 5 formadas a la demandante y a la demandada en la sucesión de Belisario Posada R., "con los que fueron materia de la partición extrajudicial, y en relación con los que fueron inventariados en la sucesión de Belisario Posada, y con los antiguos títulos por los cuales adquirió el causante, y resultaron ser exactamente los mismos". Encontró también que "con la aclaración de linderos que consta en la cláusula cuarta de la escritura número 228, tantas veces citada, se adjudicó un bien ajeno, es verdad; pues, de acuerdo con las identificaciones realizadas por el Tribunal, el lote comprendido dentro de los caminos números 1 y 2, no fue incluido en la partición ni en los inventarios principales en la sucesión de Belisario Posada, y no entró a comunidad a título singular creada por las hijuelas números 2 y 5", de todo lo cual dedujo que ello podría dar lugar a una demanda de reivindicación propuesta por el verdadero dueño de tal bien, pero no a la nulidad de la partición y que, entonces, de las partícipes que intervinieron en la división amigable de la escritura número 228, la que podría reclamar sería la demandada, a quien cupo, dentro del lote b), la porción que no era de la comunidad sino de la sucesión de Belisario Posada.

3. Lo discurrido hasta aquí repercute, en lo pertinente, sobre los cargos segundo y tercero del libelo, porque, aparte la impropiedad conque se encuentran propuestos —pues en su formulación se acusa simultáneamente por errores de hecho y de derecho en la estimación de unos mismos medios, no se precisa en qué consisten los errores de hecho, ni se puntualizan los preceptos probatorios a que se pensara aludir, como tampoco las normas sustanciales que se suponen violadas, de las que apenas se hace una indicación por referencia a las que se citaron en el primer cargo, nada de lo cual es de recibo en casación—, si otra fuese, con arreglo a la técnica, la forma de las acusaciones, aún así lo dicho anteriormente sería bastante para rechazarlas, porque el Tribunal, para dar por identificados los predios con relación a las escrituras de que se trata, no se fundó en la inspección y peritaje surtidos en la primera instancia, sino en los practicados por ante el mismo Tribunal en la segunda, sin que, como ya se dijo, la estimación que el sentenciador hiciera de estas pruebas, hubiera sido atacada por el recurrente; y porque, si hubiera que ir al examen de los testimonios por cuya supuesta falta de apreciación aparece formulada la última de las tachas, se encontraría que ellos no hacen sino acreditar la acertada inteligencia que dio el sentenciador a las escrituras públicas respectivas en lo tocante con la identidad específica de los inmuebles que fueron objeto de la división amigable.

4. No acreditó, pues, el recurrente, que el fallador, por haber incurrido en apreciación errónea o en falta de apreciación de las pruebas aludidas, hubiera dejado de tener por demostrado el error que —se pretende— padecieran las otorgantes de la escritura de división número 228, sobre la identidad específica de los terrenos objeto de aquella.

5. No siendo inoportuno recordar aquí que la identidad de una cosa corporal, como objeto del conocimiento, consiste en que ésta sea físicamente, en el espacio, el mismo ente aprehendido por la inteligencia, sin consideración a sus cualidades, ni a los motivos determinantes del acto cognoscitivo. Es decir: que el objeto en lo externo y su imagen en el entendimiento sean uno. Y en el caso del juicio no está en absoluto demostrado que las interesadas que pactaron la división en referencia, hubieran entendido partirse extensiones territoriales distintas de las comprendidas en aquel acto y determinadas físicamente por los límites allí mismo indicados.

6. Pero, en la hipótesis de que los cargos hubieran resultado fundados, todavía así la acusación sería improcedente, porque la sentencia se sostiene en la atinada consideración de que, si entre los lotes que fueron objeto de la partición de que se trata, se incluyó una porción ajena, ello no sería motivo de nulidad de tal acto.

Ciertamente el artículo 1405 del Código Civil, en su primera parte, enseña que "las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos". Pero, no es menos cierto que, para un caso como el que aquí se contempla, así se debiese la inclusión de la porción ajena a error de los contratantes sobre la identidad específica del objeto, la regulación legal deja de lado la acción de nulidad, para conceder otros medios de protección al adjudicatario del efecto ajeno, como son: la acción de saneamiento que otorga el artículo 1402 al partícipe que sea molestado en la posesión del

objeto que le cupo en la partición o que haya sufrido evicción de él, y la de rescisión por causa de lesión, concedida en la segunda parte del artículo 1405, al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota, sin olvidar la determinación del artículo 1406 acerca de que el haber omitido involuntariamente algunos objetos no será motivo para rescindir la partición, la que en tal caso podrá ser complementada después, dividiéndolos entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos.

Distinto sería el fenómeno cuando el error de los contratantes recayese sobre la identidad específica del total de la masa partible, pues entonces el resultado sería el de no haber habido partición, por no haber entendido ni querido las partes dividirse las cosas que aparentemente fueron materia del acto.

Se rechazan, 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 diez y siete (17) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ESCRITURAS PUBLICAS

Autonomía de la voluntad. — Voluntad declarada y voluntad real. — Prueba de esta última entre las partes. — Simulación y nulidad como fenómenos jurídicos con individualidad propia. — Impugnar de nulidad simplemente por simulación no es postular definidamente pretensión ninguna.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, noviembre 5 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Entabló demanda ordinaria Manuel Antonio Rojas Quevedo contra Juan de Dios Durán Trujillo con estas súplicas:

"1ª Declarar que los contratos contenidos en las escrituras números 145 y 146, de 19 de enero de 1957, de la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá D. E., son nulos, de nulidad absoluta, por falta de capacidad para consentir en la que aparece como vendedora señora Carmen Trujillo de Rojas, por hallarse, cuando aparece ejecutando esos contratos, privada de las facultades mentales indispensables para contratar y obligarse.

"2ª Declarar como consecuencia de la anterior, que los bienes que fueron materia de las declaraciones contenidas en las citadas escrituras y relacionados en el hecho primero de esta demanda, pertenecen a la sociedad conyugal formada por el matrimonio que ligaba a Carmen Trujillo y Manuel Antonio Rojas Quevedo cuando esas escrituras se hicieron, ya que no salieron de su patrimonio por esos actos, y hoy corresponden a la sociedad conyugal dicha, disuelta con la muerte de la esposa e ilíquida, y a la sucesión de la que aparece como vendedora Carmen Trujillo de Rojas.

"3ª Condenar al demandado Juan de Dios Durán Trujillo a restituir o entregar a la sucesión de Carmen Trujillo de Rojas cuyo juicio mortuorio cursa en el Juzgado 9º Civil del Circuito de Bogotá y a la sociedad conyugal ilíquida que surgió con la muerte de dicha señora, representada tanto la sucesión como la sociedad conyugal por mi mandante Manuel Antonio Rojas Quevedo, restitución o entrega que debe efectuarse tan pronto como quede ejecutoriada la sentencia que le ponga fin al juicio.

"4ª Condenar al demandado Juan de Dios Durán Trujillo a pagar a la sociedad conyugal y sucesión dichas, representadas por mi mandante Manuel Antonio Rojas Quevedo, los frutos naturales y civiles de los inmuebles objeto de los contratos cuya nulidad demando, y no solamente los percibidos, sino los que mi mandante hubiera podido percibir teniéndolos en su poder, desde la muerte de doña Carmen Trujillo de Rojas.

"5ª Hacer la correspondiente condenación en costas.

"*Primeras peticiones subsidiarias.* En caso de que no fuere posible la declaración primera principal, pido se haga la siguiente como subsidiaria:

"Que son nulos por ser simulados, por falta de causa, porque no hubo intención de transferir el dominio por medio de venta, ni hubo precio ni pago de él, ni intención de comprar realmente por parte del demandado, los contratos de que tratan las escrituras citadas en el hecho primero de esta demanda; y

"Que, como consecuencia, se hagan las declaraciones impetradas como principales en los numerales 2º, 3º, 4º y 5º

"*Segundas peticiones subsidiarias.* Si por las circunstancias del pleito no pudieren hacerse ni la declaración primera pedida como principal ni las subsidiarias anteriores, pido entonces lo siguiente, en subsidio de lo anterior:

"1º Que se decrete la rescisión por lesión enorme de los contratos contenidos en las escrituras números 145 y 146 de que trata el hecho primero de esta demanda.

"2º Que se declare que el comprador podrá a su arbitrio consentir en la rescisión o completar el justo precio de los bienes anotados, con deducción de una décima parte, dentro del término prudencial que le sea señalado en la sentencia, bajo pena de considerar consumada la rescisión.

"3º Que en caso de no completar el justo precio, se declare que los bienes especificados en las escrituras de que trata el hecho primero de esta demanda, pertenecen a la sociedad conyugal formada con el matrimonio de Manuel Antonio Rojas Quevedo y Carmen Trujillo, sociedad disuelta pero ilíquida, y a la sucesión de dicha señora, y se le condene a la restitución en la forma solicitada en las peticiones principales de esta demanda, previa la deducción de lo que se demuestre pagó, libres los bienes de toda limitación o gravamen que se les haya impuesto por el demandado.

"4º Que se hagan en contra del demandado las condenaciones marcadas con los numerales 4º y 5º pedidas como principales".

El demandado se opuso, y con fallo inhibitorio de 14 de agosto de 1962 el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá feneció el pleito en primera instancia. Mientras que el Tribunal Superior, en 11 de diciembre de 1963, para cerrar la alzada del demandante revocó la decisión del Juez e hizo este pronunciamiento:

"Niéganse las declaraciones pedidas en la demanda, y en consecuencia, se absuelve al demandado de los cargos que se le formularon en ella".

Y es la oportunidad de que la Corte resuelva sobre el recurso de casación interpuesto y sustentado por el actor.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal examina las súplicas, y sobre la primera principal halla que no se produjo prueba alguna de la incapacidad para consentir a que alude. Enseguida expone:

"Como primera petición, subsidiaria de la anterior, presenta la demanda, la de que se declare 'que son nulos por ser simulados, por falta de causa, porque no hubo intención de transferir el dominio por medio de venta, ni hubo precio ni pago de él, ni intención de comprar realmente, por parte del demandado, los contratos de que tratan las escrituras citadas en el hecho primero de esta demanda'.

"Los términos equívocos en que se concreta la acción que aquí se deduce, como si la de nulidad y la de prevalencia por simulación, fueran una misma cosa, no permite conocer exactamente, cuál de estas dos acciones es la que se propone.

"Acto nulo es aquel 'a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes', como lo expresa el artículo 1740 del Código Civil. En su forma de constitución, el acto se revela entonces como ajustado estrictamente a la norma, pero con vicios intrínsecos de conformación que requieren declararse, para quitarle la aparente realidad jurídica que en sí ofrecen. Como en el caso de la venta hecha por un menor, o en la que una de las partes obró determinada por la violencia o el dolo.

"La simulación, en cambio, es un caso de divergencia consciente entre la declaración que se hace y la verdadera intención que se oculta. Las partes pues están plenamente de acuerdo sobre lo que en realidad quieren hacer, ellas no se engañan recíprocamente, y es en virtud de esa voluntad común, que el acto realmente querido, viene a quedar disimulado por el ficticio que se hace aparecer.

"De otro lado, en la simulación el acto aparente debe ser contemporáneo del oculto; con lo cual se la distingue de la revocación y de la resiliación. En éstas, las partes que han querido y realizado un determinado acto, se entienden en seguida para cambiarlo o modificarlo en sus efectos. En la simulación se supone, al contrario, que el primer acto, o sea, el público u ostensible en el instrumento, carece, en el espíritu de las partes, y desde el momento mismo en que lo ejecutan, de todo valor.

"Finalmente, el acto modificador o secreto, no debe ser anunciado por el público u ostensible; éste no debe revelar que disimula o encubre un acto oculto; por ello, dicen los expositores, la simulación sólo puede producirse a través de ese medio técnico denominado acuerdo simulatorio, en que se concreta la divergencia intencional entre lo que se declara y lo que en realidad se quiere.

"Por lo tanto, siendo la simulación, coexistencia de dos actos, el público o declarado y el secreto u oculto, la acción conque se ejercita debe precisamente dirigirse a obtener la *prevalencia* del segundo sobre el primero, vale tanto como decir, de la verdad sobre la mentira. Dis-

tintamente a como ocurre con la acción de *nulidad,* en donde sólo se enjuicia la realidad o eficacia jurídica del acto que —*individualizado e independientemente*— revela el contenido mismo de la declaración o acuerdo, por la forma misma defectuosa como concurrieron o dejaron de cumplirse alguno o algunos de los requisitos, que son esenciales para su conformación.

"Ahora bien. En el caso que se considera, todos los fundamentos de hecho con que se respalda la acción, aluden directamente a la de nulidad, por falta de causa, de intención de transferir el dominio, y de precio para la venta. Pero resulta que para acreditar esos hechos, apenas si obran en el expediente las posiciones que dentro del término probatorio de la primera instancia absolvió el demandado, en las que éste niega la falta de causa y de intención de transferir el dominio de parte de la tradente, y sólo acepta la falta de precio, por cuanto en definitiva se trataba de una donación con que la aparente vendedora aseguraba a sus hijos la herencia que se proponía dejarles, y no de un contrato de compraventa. Es decir, que las posiciones, antes que enjuiciar la venta, para reconocer, independientemente de cualquiera otra convención, su invalidez o ineficacia, la presenta como un acto de simple disimulo, para encubrir, particularmente al esposo, la donación que realmente buscaba realizar. Por ello, por no aparecer acreditada la ausencia de requisitos esenciales para la validez de la venta, no cabe la declaración de nulidad".

Y cuanto a la segunda petición subsidiaria expresa el sentenciador que no hay en autos ningún elemento probatorio sobre el justo precio de los bienes a tiempo del contrato como extremo básico para calcular la lesión de ultramitad.

LA ACUSACION

Estima el recurrente que en forma equivocada se tomó "como causa del fallo materia de esta demanda" la petición de prevalencia; comenta el fenómeno simulatorio, y afirma la necesidad de que el "acto o contrato oculto" se demuestre plenamente por quien lo proponga.

"En otra forma —agrega— es romper un ordenamiento jurídico contrariando nuestra tradición y ordenamiento legal, dándole paso a simples teorías o suposiciones sin que se pase del campo de las probabilidades que jamás pueden servir de base a un pronunciamiento serio y respetable. Y para llegar al reconocimiento de un acto o contrato oculto, no pueden quemarse situaciones o escalones que son necesarios, como son el reconocimiento de que el acto o contrato presentado es nulo por falta de requisitos que le son esenciales, y la postulación oportuna y demostración plena de la existencia del acto oculto, con la consiguiente confrontación y examen, para concluir que jurídicamente ese acto oculto reúne los requisitos legales para su validez".

Toma pasos de la sentencia, en especial el ya transcrito, referente a que las posiciones no contemplan la validez o eficacia de la compraventa en sí misma, sino que la presentan como acto de simple disimulo para encubrir donación, y añade:

"Este pasaje de la parte motiva del fallo, no enjuicia la venta como dice, pero sí la argumentación que peca contra la evidencia. En efecto, ¿qué hace el fallador con el precio y demás requisitos del contrato de venta? ¿No está todo ese andamiaje en falso y en contra de la realidad de lo que aparece demostrado? No hubo precio ni intención de vender ni de adquirir a ese título, y sin embargo dice que no aparece acreditada la ausencia de requisitos indispensables para su validez. ¿Dónde quedan entonces los artículos que cito como violados directamente, o sea: el 740 del Código Civil, que habla de la facultad e intención de transferir y adquirir el dominio?, se entiende por medio del contrato impugnado; el 1494 *ibídem* que trata del *concurso real* de las voluntades en los contratos; 1502, allí, que señala los requisitos esenciales de los contratos, entre ellos el consentimiento, y de una causa real y lícita; 1524, que trata de la causa de los contratos; 1740 y 1741, todos del mismo Código, que señalan como causa de la nulidad absoluta de los contratos la falta de alguno o algunos de los requisitos que la ley prescribe para su validez, y cuando se omiten esos requisitos; el 1746 del mismo Código, que señala los efectos de la nulidad; 2º de la Ley 50 de 1936, que ordena declarar la nulidad por el Juez, aún de oficio; y en forma indirecta los artículos 1781 C. C., 18 y 20 de la Ley 45 de 1936, que regulan los derechos del cónyuge que sobreviva.

"En cuanto a la prevalencia por simulación dice que no puede declararla porque no se propuso en la demanda. Tampoco la propuso el demandado agrego yo.

"Encastillado el fallador de segunda instancia en su teoría incompleta y erróneamente aplicada sobre simulación prevalencia y que es la única simulación que acepta según parece, incurrió en

error de derecho al apreciar las pruebas presentadas al juicio, como voy a demostrarlo con la mayor claridad y concisión posibles''.

Alude el recurrente a historias clínicas para deducir las graves dolencias que afectaban a Carmen Trujillo de Rojas, entre otras, parálisis de la lengua; a que las escrituras de venta no fueron firmadas por la misma, no obstante el hecho de que sabía firmar, lo que indica el estado de su salud; y a que si eso no prueba ''la ausencia absoluta de voluntad de la vendedora en tales circunstancias'', sí da idea de cómo el hijo comprador ilusionara a la enferma en el sentido de que le arreglaría la sucesión, ''cosa de uso corriente entre la gente sin ilustración''.

La censura entra a considerar que el Tribunal ''deduce de los subterfugios del demandado una donación, sin prueba alguna que la justifique, pretendiendo invertir tanto la obligación de postulación o petición de validez, como la prueba''. Arguye en el sentido de que la donación entre vivos no se presume sino en los casos expresamente previstos en las leyes (1450 C. C.); que las de bienes raíces deben constar por escritura pública, como ''requisito que no puede suplirse con un acto diferente''; y que la de este pleito sería nula, ''si por los medios legales se hubiera demostrado su existencia''. Y el resumen de su pensamiento es a saber:

''En el caso en estudio, la venta como venta no puede subsistir, porque darle eficacia como lo hace la sentencia del Tribunal, es violar de manera directa los artículos que anoto como violados; y no se puede, ni jurídicamente, ni en conciencia, ni de acuerdo con nuestras normas civiles escritas, darle vida legal a un acto que no se ha demostrado, y que de haberse demostrado estaría afectado de nulidad en el excedente de $ 2.000''.

Por lo demás, parece considerar que el Tribunal declara donación por prevalencia, cuando se limitó a fallo absolutorio.

Tales son, en compendio, las razones para sustentar la impugnación enunciada así:

''Acuso la sentencia del Tribunal por la primera de las causales de casación que contempla el artículo 520 del Código Judicial, por falta total de apreciación de las pruebas presentadas en juicio, y por haber incurrido el fallador en error de derecho al no apreciarlas en su valor conforme a derecho, lo que lo llevó a violar, por falta de aplicación, en infracción directa, los artículos 740, 1494, 1502, 1524, 1740, 1741, 1746 del Código Civil; 2º de la Ley 50 de 1936; y por violación indirecta los artículos 1781 del Código Civil, 18 y 20 de la Ley 45 de 1936 al dejar el fallo del Tribunal en imposibilidad de aplicarlos en el juicio de sucesión de la aparente vendedora''.

SE CONSIDERA

1. Dentro de los principios que reconocen la autonomía de la voluntad sin menoscabo del orden público y las buenas costumbres, el verdadero querer de las partes marca el contenido de la contratación.

El instrumento notarial que recibe la voluntad declarada, produce la apariencia externa del negoció, y por virtud del registro público se convierte en sólida base de sustentación para la buena fe de terceras personas: nada que pueda contradecir el contenido de la escritura pública les afecta.

Pero si no concuerda la voluntad declarada con la voluntad real de los contratantes, las partes o quienes ocupen su lugar jurídico, en sus relaciones recíprocas son admitidas a probar contra la escritura por medios especiales previstos en el ordenamiento con valor demostrativo equiparable:

a) La confesión judicial, porque es concluyente relevo de prueba para el adversario en juicio;

b) Las contraescrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, que producen efecto entre las partes, pero no contra terceros conforme al artículo 1766 del Código Civil;

c) Un principio de prueba literal completado para plenitud demostrativa por testigos, porque se suple así la necesidad de un escrito para los actos jurídicos cuyo objeto valga más de quinientos pesos, según los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887.

2. En principio, el acta notarial rige para las partes del mismo modo que para los terceros de buena fe. Pero como a la vez el mérito de la escritura no se extiende a probar la veracidad de los contratantes (1759), aún sobre la base de que las declaraciones instrumentales sólo a las partes perjudican, es permitido por el derecho que se descubra en juicio la verdadera voluntad conque el negocio fue ejecutado. O sea que prevalezca lo real y verdadero frente a la apariencia fingida.

3. Entonces, si la escritura pública demuestra que fue celebrado el contrato de compraventa con determinación de cosa y precio, ambos recibidos; si aparecen satisfechas además las solemnidades ad substantiam, *y si la pretensión*

de nulidad se propone ante la justicia por simulación, no cabe duda alguna de que la súplica del libelo adolece de oscuridad, puesto que si se afirma que no hubo precio y faltó así la causa de la obligación del vendedor como elemento esencial del contrato, se olvida allí mismo la aseveración de que fue simulada la compraventa, y por lo mismo querida apenas como gesto para ocultar la voluntad real de no hacer contrato alguno, si la simulación es absoluta; o de cubrir contrato diferente, si la simulación es relativa. Mientras que en la nulidad el verdadero querer de las partes se encamina directamente a celebrar determinado contrato, pero el propósito común es frustrado por defectos de forma o de fondo.

De manera que impugnar de nulidad simplemente por simulación del contrato, no conduce a construir definidamente pretensión ninguna. Por lo que es de recibo en general la interpretación del libelo, de preferencia a través de la causa petendi, *puesto que en los hechos habrá de sustentarse la pretensión deducida en juicio.*

Si a lo largo del proceso y en concreto también ya a la altura del recurso extraordinario, se manifiesta la intención del actor en el sentido de que el invocado propósito simulador no tuvo por objeto ocultar donación de la vendedora, sino escuetamente que no hubo precio en la compraventa, cuando la escritura pública respectiva muestra todo lo contrario, su alegación fundamental queda huérfana de prueba, ya que al mismo tiempo rechaza lo que el comprador Durán Trujillo reconoce en pro de acto simulado relativamente a disfrazar liberalidad de la vendedora Carmen Trujillo de Rojas.

4. De esta suerte, la insistente pretensión de invalidez absoluta por falta de precio como elemento esencial de las compraventas que constan en las escrituras 145 y 146 de 19 de enero de 1957, ambas de la Notaría 1ª de Bogotá, viene a integrar la causa para pedir verdaderamente deducida en este juicio. Y como permanecen en pie aquellas declaraciones hechas ante el Notario Primero, por no ser pretendida la prevalencia de acto oculto ninguno y quedar sin prueba la nulidad absoluta propuesta, el recurso no encuentra prosperidad.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 11 de diciembre de 1963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente litigio de Manuel Antonio Rojas Quevedo contra Juan de Dios Durán Trujillo.

No aparecen costas causadas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DESLINDE

Su objeto y fines. — Supone litigio entre quienes se reconocen dominio sobre los predios limítrofes. — La cuestión de mejoras. — En casación no incide el disentimiento del recurrente cuanto a la crítica de los medios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, noviembre 5 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Demandó Ismael Díaz el deslinde y amojonamiento de su predio *La Floresta* o *Hueco Hondo* con el de propiedad de José Ignacio Guerrero conocido con el nombre de *Pará* o *Alto de Piedras,* ambos inmuebles en jurisdicción de la ciudad de Pasto.

El Juez 2º Civil de aquel Circuito practicó la demarcación con fecha 1º de febrero de 1957. Inconforme con el deslinde Emérita Díaz Botina, quien sucedió en el dominio del actor sobre el fundo *La Floresta,* introdujo demanda de oposición a la que el Juez del conocimiento le dio el trámite ordinario establecido por la ley. El propietario del predio *Pará* o *Alto de Piedras* no sólo contradijo sino que formuló libelo de reconvención para reivindicar la zona en disputa.

El fallo de 10 de agosto de 1961 con que feneció el primer grado procesal, dijo en su parte resolutiva:

"a) La línea divisoria entre los predios denominados *Pará* o *Alto de Piedras* y *Floresta* o *Hueco Hondo,* situados en la sección de Chachaguí, en jurisdicción de este Municipio, es la trazada por este mismo Despacho en diligencia que terminó el 1º de febrero de 1957, llevada a cabo en el juicio de deslinde y amojonamiento de los citados predios, y que a la letra quedó configurada así: 'La línea divisoria entre el fundo *La Floresta* o *Hueco Hondo* y el fundo *Pará* es la que partiendo del mojón abierto en el *Alto de Piedras* indicado por los testigos sigue en línea recta al primer hueco profundo donde nace la quebrada *Palmas,* de allí en línea recta siguiendo aguas abajo la quebrada *Palmas* hasta donde termina la propiedad del señor Ismael Díaz, hoy de propiedad de la señorita Emérida Díaz Botina'.

"b) Decláranse improcedentes las súplicas subsidiarias a que se refiere el escrito de demanda de 12 de febrero de 1957.

"c) A la vez, declárase también improcedente la demanda de reconvención formulada por el doctor José Ignacio Guerrero P. en libelo de 31 de julio de 1959, de que se ha dado cuenta; lo mismo que la excepción de prescripción adquisitiva de dominio instaurada dentro de ella por la demandada Emérita Díaz Botina.

"d) Inscríbase el presente fallo en el libro primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, previa cancelación del registro de la demanda.

"Costas a cargo de la demandante".

Con fallo plenamente confirmatorio de 13 de noviembre de 1963 cerró el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto la segunda instancia a que recurrió Emérita Díaz Botina. Y ahora se resuelve el recurso de casación que la misma parte introdujo en oportunidad.

LA SENTENCIA ACUSADA

"Como puede deducirse de los antecedentes procesales que se acaban de relatar —expresa el sentenciador— Ismael Díaz demandó en juicio especial de deslinde y amojonamiento a José Ignacio Guerrero P., para que la justicia señale la línea divisoria, debidamente amojonada, entre los fundos *Floresta* o *Hueco Hondo,* propiedad del demandante, y *Pará* o *Alto de Piedras,* propiedad del demandado.

"Esa línea divisoria la trazó el Juzgado en diligencia de 1º de febrero de 1957; pero como

con ella no se conformó el demandante, porque se consideró lesionado en sus derechos, propuso con base legal suficiente —artículo 870 del Código Judicial— juicio ordinario para que en éste se invalidara esa línea divisoria, y, en su lugar, se trazara la que él indica en su libelo de demanda.

"Por tanto, en este juicio ordinario, única y exclusivamente se debe definir si esa línea fue bien o mal trazada, para tomar en consecuencia las determinaciones a que hubiere lugar.

"Para conseguir tal finalidad, es absolutamente indispensable acudir a los medios probatorios aducidos por las partes, tanto en el juicio especial de deslinde, como en el ordinario, que es una secuela de aquel.

"Esos elementos de prueba consisten en títulos escriturarios, inspecciones oculares, conceptos periciales, documentos de distinta índole y declaraciones de testigos; pruebas éstas que deben ser analizadas, comparadas y pesadas, para tratar de esclarecer y señalar la verdadera línea divisoria entre los fundos colindantes tantas veces mencionados, cuyos títulos, en realidad de verdad, no son suficientemente claros".

Examina el Tribunal cada uno de los títulos correspondientes a *La Floresta* y *Pará*, y cuanto a la diligencia de remate de este último fundo por José Ignacio Guerrero el día 12 de marzo de 1950, lo encuentra determinado "exactamente" por los mismos límites del título anterior, cosa que por lo demás salta a la vista al efectuar la comparación. Y comenta:

"Los títulos anteriormente aludidos, son los aportados por las partes. Y los linderos que el Tribunal ha subrayado, indican la línea divisoria que separa los fundos *Floresta* o *Hueco Hondo* y *Pará* o *Alto de Piedras*. Pero como esos linderos no son suficientemente claros y precisos, sobre todo tratando de constatarlos y ubicarlos en la realidad del terreno, en el expediente han surgido elementos de prueba tendientes a esclarecer el verdadero y real lindero que separa a tales inmuebles, fundamentados especialmente en ciertos puntos de referencia que son comunes, o por lo menos suficientemente notorios en tales títulos.

"Esos puntos de referencia, de excepcional importancia para la exacta ubicación del lindero, son: 'el viejo camino que conduce a Sánchez', 'el primer hueco hondo que da nacimiento a la quebrada *Las Palmas*', y, de modo especial, el promontorio, cerro o elevación denominado *Alto de Piedras*. Y se dice que el *Alto de Piedras* tiene excepcional importancia como punto de referencia, porque precisamente de él hablan, o a él se refieren los títulos de ambas partes.

"Esos puntos de referencia, a lo largo del juicio —tanto del especial, como del ordinario— se han logrado establecer y localizar con la prueba técnica, pericial, de las personas que como tales han intervenido en el proceso".

El Tribunal analiza las varias peritaciones que se produjeron a lo largo del proceso, y encuentra que "tienen concordancia y armonía con los linderos que aparecen en los títulos escriturarios aducidos por una y otra de las partes litigantes y con varios de los testimonios... de los cuales por su calidad y precisión y por los hechos sobre los cuales declaran, y en los que tuvieron oportunidad de intervenir, es conveniente reproducir los siguientes: ...". Es lo que hace el sentenciador con las declaraciones de Jesús Pinto, Segundo López, Carlos López, Modesto López, José Vargas, Remigio Bolaños, Pablo Ruiz del Campo, Tomás de la Espriella, Clodomiro López y Guillermo Calvache. "Concordantes con los testimonios antes reproducidos, que se adujeron en el juicio especial de deslinde —continúa el Tribunal— son los testimonios de los señores Enrique López M., Medardo Bolaños, Israel López, José Euclides Pinta, Daniel Bolaños, Juan Andrade, Wersino Gaviria, Azael Sinza, que se adujeron en el juicio ordinario, y que corren a folios 40, 41 y ss. del cuaderno número 9".

Contempla con cuidado los demás elementos de juicio, expresa los motivos de su propia convicción, y remata así:

"En fuerza de las consideraciones ya expuestas, y como una lógica deducción, el Tribunal estima que la línea divisoria de los fundos *Floresta* o *Hueco Hondo* y *Pará* o *Alto de Piedras*, es la misma que señaló el Juzgado en el juicio especial de deslinde, el 1º de febrero de 1957, la misma que se aceptó por el Juzgado en el juicio ordinario surgido como consecuencia de la oposición de una de las partes".

LA IMPUGNACION

El libelo invoca la causal 1ª "por errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos, al valorar equivocadamente algunas de las pruebas aportadas al debate, y en particular el acta de remate de fecha 10 de marzo de 1950", lo que llevó indirectamente a violar "las siguientes disposiciones sustantivas: artículos 669, 762, 778, 900, 2512, 2518, 2522, 2531 del Código Civil y artículo 1º de la Ley 50 de 1936".

Considera el recurrente que el acta de remate aludida, "aunque constituye un verdadero título de propiedad, contiene unos linderos que

inducen a error, crean confusión y que el Tribunal ha debido rechazar y no tenerlos como verdaderos". Y presenta su opinión así:

"Estoy convencido de que la referida acta de remate entroniza elementos nuevos, en relación con los linderos del predio *Pará,* que no tienen fundamento alguno en sus antecedentes y en la misma realidad, siendo evidente que se apartan de los linderos del anterior título, la escritura pública 219 de 31 de mayo de 1905, otorgada en la Notaría 2ª de Pasto, y del de más atrás, la 399 de 29 de octubre de 1906, también de la Notaría 2ª, en aquella parte que contiene la hijuela en que el señor Manuel Narváez C. se adjudica el terreno *Pará* para pagarse sus honorarios como partidor de la hacienda Bermúdez. En ninguno de estos dos títulos se señalan mojones ni se habla del segundo picacho, puntos de referencia que sí aparecen en el acta de remate y que el Tribunal ha dado por verdaderos. El mojón A) y el mojón B) y demás mojones fueron fijados arbitrariamente en la demarcación del lote de gastos en la partición llevada a efecto en el juicio de sucesión de Rubén F. Guerrero. Lo mismo puede decirse del segundo picacho. Entonces, si es verdad, como nosotros lo creemos —dice el recurrente—, que estos puntos de referencia no gozaban de antecedentes serios en los linderos de los títulos anteriores del predio *Pará* o *Alto de Piedras,* el Tribunal ha debido rechazarlos, no aceptarlos sin beneficio de inventario, en suma, no apreciarlos como prueba".

En desarrollo de estas apreciaciones el recurrente alega que "el Tribunal incurrió también en error evidente de hecho de todas aquellas pruebas que se nutren e inspiran en los linderos de la susodicha acta de remate". Alude a los dictámenes periciales y a los testimonios citados por el sentenciador, para proponer enseguida el criterio de si los límites no eran "suficientemente claros y precisos", el Tribunal "ha debido auxiliarse de la posesión que, sobre una parte del terreno, aparentemente situado dentro de los límites del fundo *Pará,* ha venido ejerciendo la demandada Emérita Díaz Botina, para fijar la línea divisoria".

"El Tribunal sin lugar a dudas —agrega el libelo— por haber estimado como verdaderos los linderos del fundo *Pará* contenidos en el acta de remate, dejó de apreciar la copiosa prueba de la posesión sobre una porción de terreno, ejercida por Emérita Díaz Botina, prueba a la que paso a referirme a continuación.

"De una parte los testimonios de Néstor Botina, Rubén Botina, Jorge Almeida y Gerardo Almeida, recibidos en el juicio especial de deslinde, y los de Alcides Rosero y Manuel Arévalo, recibidos en el ordinario de oposición al deslinde, fueron menospreciados por el Tribunal. De otra parte, no se tuvo en cuenta la confesión del demandado manifiesta en la demanda de reconvención promovida por el mismo. Tanto los testimonios como la confesión aludida, no dejan lugar a duda acerca de la posesión ejercida por la demandante sobre la parte de terreno que se halla en disputa.

"En la demanda de reconvención se indica con precisión cuál es la porción de terreno poseído. Estos linderos han debido servir al Tribunal para fijar la auténtica raya divisoria si hubiera dictado sentencia conforme a las aspiraciones de la parte actora".

CONSIDERACIONES

1. El juicio de deslinde presupone que las partes se reconocen recíprocamente el dominio sobre los respectivos predios limítrofes, o al menos la titularidad de "otro derecho real principal". El actor debe acompañar a su demanda el "correspondiente título y las demás pruebas en que se funde su derecho"; está en la necesidad de dirigirla contra los dueños de los predios colindantes; y el Juez previene a las partes que lleven a la práctica de la diligencia de deslinde "sus correspondientes títulos". (900 C. C., 862 y ss., C. J.).

Como cuestión preliminar cabe entonces discutir el dominio, precisamente porque el proceso ha de surtirse entre propietarios. Si el derecho del demandante no es de dominio, debe citarse a quienes tienen derechos reales principales en el mismo fundo; y de la demanda se da traslado por tres días a cada uno de los dueños de los predios con los cuales ha de hacerse la demarcación. Pero todo ello pone en claro que el deslinde en sí, por su objeto y fines, no controvierte otra cosa que la línea concreta y definida de separación sobre el terreno de los predios adyacentes. El Juez se encuentra llamado a garantizar la paz y seguridad de los dueños colindantes por medio de la línea que señala dónde termina el señorío de cada uno y empieza el de los demás. Por eso la ley le ordena dejar "a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea, si ninguna de ellas se opone", o como es obvio, cuando no triunfa la oposición.

2. Antes de estar fijados los linderos, es incierta la situación posesoria de quien reconoce dominio sobre el predio contiguo cuya línea divisoria ignora. Puede pues alguien, aún sin perder la buena fe, resultar como invasor de ajenas

heredades a tiempo de la determinación de las lindes sobre el terreno. Habrá de resolverse entonces acerca del derecho a indemnización por mejoras, pero no sobre el suelo porque allí queda a descubierto la inexistencia de ánimo posesorio. Sólo surge la relación de tenencia: el ánimo no era excluyente del ajeno señorío que el deslinde patentiza. Y cuando la actuación judicial delimitadora se inicia precisamente a impulso de quien mantuvo en su poder parcelas situadas por fuera de su linde —que es la postura de la parte recurrente— se esfuerza aún más la razón que impide encontrarle ánimo posesorio eficaz.

3. El Tribunal de Pasto no se atuvo fragmentariamente a ninguno de los medios allegados al juicio, como parecería entenderlo el censor. Antes bien, es notorio que formó su convicción por el examen detenido y completo de las pruebas todas que ingresaron al proceso: titulaciones de las partes; dictámenes periciales y declaraciones de numerosos testigos, a que se une la diligencia misma en que el Juez del conocimiento por percepción directa, además de las pruebas hasta entonces producidas, marcó sobre el terreno la línea limítrofe que ha prevalecido en ambos grados del juicio de oposición.

En circunstancias tales no encuentra ningún asidero el cargo por manifiesto error de hecho en el ámbito probatorio. *El disentimiento del recurrente cuanto a la crítica de los medios sería propio de alegatos de instancia. Mas no incide en casación, como recurso incapaz que es de suprimir la autonomía discrecional del sentenciador al formar su propio convencimiento en materias de hecho que admiten varias opiniones.*

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 noviembre de 1963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este proceso de Emérita Díaz Botina contra José Ignacio Guerrero.

No aparecen costas causadas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD DE REMATE. — PRUEBA TRASLADADA

Valor probatorio de la aducción al juicio ordinario, en forma original o en copia, del Ejecutivo cuya nulidad se litiga. — Causal 6ª de casación. — Juicio ordinario. — Para admitir la demanda no es necesario que vaya acompañada de prueba alguna preconstituida. — Nulidad de juicio ejecutivo prevista en el inciso 2º del artículo 457 del Código Judicial. — Cesión de créditos y cesión de derecho litigiosos. — Relación entre cedente y cesionario, entre éstos y el deudor cedido y entre aquéllos y terceras personas. — Gananciales. — Pueden tener la calidad de muebles o inmuebles. — Cargos subsidiarios en casación. — Errores de hecho y de derecho formulados al tiempo respecto de una misma prueba. — Los artículos 1757 y 1758 del Código Civil, no dan base al recurso de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, noviembre 5 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Julián Uribe Cadavid).

Juicio ordinario de Isabel Ayala v. de Arcila contra Jesús María Toro Osorio.

I

ANTECEDENTES

En libelo presentado ante el Juez del Circuito Civil del Fresno, con fecha veintisiete (27) de enero de mil novecientos sesenta y dos (1962), Isabel Ayala v. de Arcila pide que, con citación de Jesús María Toro Osorio, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es *nulo* el remate verificado el diecinueve (19) de abril de mil novecientos sesenta (1960), en el cual se adjudicaron a don Jesús María Toro Osorio, por la suma de $ 25.000, los gananciales que a la señora Isabel Ayala v. de Arcila corresponden como cónyuge sobreviviente en la sucesión del señor Luis Felipe Arcila, y el auto aprobatorio del mismo, de fecha veinte (20) de los mismos mes y año.

"Segunda. Que, como consecuencia de la nulidad, no han salido del patrimonio de la señora Isabel Ayala v. de Arcila los bienes a que se refiere el remate, los cuales deben ser restituidos a ésta en el término que la sentencia señale".

Pide, además, que se ordene la cancelación de la inscripción del remate y la condenación en costas.

Como sustentación de las súplicas impetradas hace un recuento pormenorizado de todos los trámites del juicio ejecutivo cuya nulidad del remate solicita, para dejar expuestos los hechos en los cuales pretende arraigar los vicios de nulidad de que, según afirma, adolece el remate. De entre esa enumeración de hechos es conveniente destacar los siguientes:

Que Jesús María Toro Osorio no fue reconocido por el Juzgado como cesionario del crédito que consta en la letra de cambio con que se adelantó la tercería;

Que la ejecutada, señora Isabel Ayala v. de Arcila, no fue notificada legalmente de la cesión del crédito en referencia;

Que legalmente el crédito no ha salido del patrimonio del señor Jaime Gómez Rúa;

Que no siendo legalmente dueño el señor Jesús María Toro Osorio del crédito con que inició la tercería, éste no podía rematar por cuenta de ese crédito bienes de propiedad de la ejecutada;

Que la liquidación de los tres créditos a cargo de la ejecutada señora Isabel Ayala v. de Arcila se verificó con el siguiente resultado: a) Crédito del cuaderno número 1, $ 2.618; b) Crédito del cuaderno número 2, $ 15.060; c) Crédito del cuaderno número 3 (tercería), $ 17.550. Valor total de la liquidación $ 35.964.80;

Que no hay constancia fuera de la afirmación secretarial, de que el aviso fuera publicado en otros lugares, como lo ordena el Código Judicial;

Que habiéndose señalado para el remate el día diez y nueve (19) de abril de 1960, el aviso de remate se fijó en la Secretaría del Juzgado el treinta (30) de marzo anterior;

Que Toro Osorio, como único postor, ofreció, "por cuenta de los créditos", la suma de $ 25.200 por los bienes embargados, habiendo procedido el Juzgado a hacerle la adjudicación en la suma indicada; pero que de acuerdo con la liquidación del Juzgado, los dos créditos "que legalmente entraron al patrimonio de Toro Osorio", solo tenían un valor de $ 17.678.

Que Toro Osorio no podía rematar legalmente por el total de la liquidación de los tres créditos, puesto que sólo era dueño de dos de ellos, ya que el otro no había salido legalmente del patrimonio de Gómez Rúa.

Antes de entrar a resolver sobre la admisibilidad de la demanda, el Juez del Fresno, a solicitud del demandante, dispuso que "por la Secretaría alléguese a esta solicitud el expediente materia de la revisión".

Se surtió el traslado de la demanda, previa su admisión por el Juzgado, y la parte opositora, en escrito de 20 de febrero de 1962 la respondió diciendo: "Me opongo a que se hagan las declaraciones contenidas en el libelo de la demanda, y solicito que se prueben los hechos. Solicito se condene en costas a la parte actora. Renuncio el resto del término del traslado".

Agotado el trámite de primera instancia, por providencia de treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos sesenta y dos (1962), el Juzgado del conocimiento decidió el pleito acogiendo todas las súplicas de la demanda, lo que hizo en seis ordinales que componen la parte resolutiva del fallo, a saber:

"1º Es nulo el remate verificado el diez y nueve (19) de abril de mil novecientos sesenta (1960), en el cual se adjudicaron al señor Jesús María Toro Osorio, por la suma de veinticinco mil doscientos pesos ($ 25.200), los gananciales que a la señora Isabel Ayala v. de Arcila corresponden como cónyuge sobreviviente en la sucesión del señor Luis Felipe Arcila, y asimismo es nulo el auto aprobatorio del mismo, de fecha veinte (20) de los citados mes y año, dentro del juicio ejecutivo que adelantó el señor Jesús María Toro Osorio (cesionario de Alfonso Toro Osorio), contra la señora Isabel Ayala v. de Arcila, radicado en el Juzgado Civil del Circuito del Fresno bajo los números 3057 y 3066 del Tomo VII del Libro respectivo.

"2º Como consecuencia de la nulidad que aquí se decreta, declárase que no han salido del patrimonio de la señora Isabel Ayala v. de Arcila los bienes a que se refiere el remate, o sean 'los derechos que a la señora Isabel Ayala v. de Arcila corresponden por concepto de gananciales en la sucesión de Luis Felipe Arcila'.

"3º Ordénase como consecuencia, al señor Jesús María Toro Osorio a restituir a la señora Isabel Ayala v. de Arcila en el término de diez días, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, todos los bienes a que se refiere el remate y de los cuales se hizo mención en la parte motiva de este proveído.

"4º Asimismo como consecuencia del fallo, ordénase al Registrador de II. PP. y PP. del Fresno, que procede a cancelar el registro del remate mencionado, y el que hubo de verificarse con fecha veintiocho (28) de abril de mil novecientos sesenta (1960) en el Libro 2º, Tomo 1º, folio 36, partida 70.

"5º Condénase al señor Jesús María Toro Osorio a pagar todas las costas del presente juicio.

"6º Ordénase la cancelación de la demanda que dio origen al presente juicio, lo cual debe cumplir el Registrador de II. PP. del Circuito del Fresno".

Por apelación interpuesta por el opositor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dictó sentencia con fecha ocho (8) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1963) en la cual dispuso:

"Confírmanse los ordinales 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia que se revisa.

"Revócase el ordinal 3º de la parte resolutiva de dicha sentencia.

"Sin costas por no haberse causado".

II

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

Entre los fundamentos básicos de la sentencia del Tribunal conviene destacar los siguientes:

"A propósito de este cuaderno número 2, el Juzgado hizo la acumulación de esta ejecución de don Jesús María a la ejecución de don Alfonso Toro, por auto de 10 de julio del 59, cuando en éste se había dictado sentencia de pregón y remate, y en aquélla aún no se habían embargado bienes. Y no obstante esto, la ejecución de don Jesús María quedó paralizada, no se adelantó, no se embargaron bienes, no se citó para sentencia, ni se dictó sentencia ordenando seguir adelante la ejecución, contraviniendo el artículo 412 del Código Judicial que dispone que cuando se acumulen dos o más pleitos, se suspende el

curso del que está más próximo a su terminación, hasta que los otros se hallen en el mismo estado. Sólo se volvió a hablar de este juicio en la sentencia de graduación de créditos, dictada no en el incidente de tercería como era lo mandado, sino en el juicio ejecutivo que promovió Alfonso Toro.

"Respecto del crédito conque se promovió la tercería endosado al cobro por José Mandonado al doctor... tampoco fue cedido al demandado por endoso, sino por medio del memorial que corre al folio 13 del cuaderno número 3 que, aunque no fue debidamente autenticado, fue presentado al juicio con poder de don Jesús María Toro por su abogado. El hecho de que el poder no haya sido diligenciado no le quita la personería adjetiva, pues lo que la constituye es el poder, no el auto que la reconoce. Además el señor Toro, presentó ante este despacho el memorial que corre al folio 33 del juicio ordinario ratificando lo actuado.

"No hay, pues, falla en los presupuestos procesales para decidir en el fondo del negocio.

"c) Y en cuanto a que fueron traídos originales los juicios ejecutivos que se revisan, no es esa la forma de allegarlos sino en copia; pero ello no viola el principio de contradicción y de publicidad necesario en toda prueba. Esos juicios son documentos públicoss traídos originales con verdadera autenticidad.

"Conviene notar que en el cuaderno número 2 del juicio ordinario, por auto de 21 de marzo de 1962 se ordenó tener dichos juicios como prueba, sin reclamo alguno".

Al referirse a las nulidades denunciadas por la parte actora, en la tramitación del juicio ejecutivo y sus tercerías, dentro de las cuales se produjo el remate de cuya nulidad se trata, dice el Tribunal:

"En cuanto a deficiencias en el procedimiento o falta de las formalidades prescritas para hacer el remate (Art. 451, ord. 2º, C. Judicial), se observa que los derechos de la cónyuge estaban o están vinculados en fincas raíces, como aparece del certificado que obra al folio 3 del juicio ordinario y, por tanto, sus gananciales son bienes inmuebles. En consecuencia, los carteles que se publicaron tenían que durar fijados veinte días (Art. 1037, C. Judicial), pero no permanecieron sino desde el 31 de marzo al 18 de abril, pues el 19 se hizo el remate. Es decir, a lo sumo duraron fijados 19 días. Y esto es causal de nulidad, al tenor del artículo 451, ordinal 2º del Código Judicial, porque es la omisión de garantías para el ejecutado a fin de atraer el mayor número de postores a la subasta. En este caso en el cartel de remate, ni siquiera se anunciaron al público los bienes en que estaban radicados los gananciales.

"Por otra parte, la letra de cambio por $ 13.500 aceptada por la viuda de Arcila a favor de José Maldonado, fue cedida informalmente a Jaime Gómez R., pues habiendo sido endosada al cobro al doctor... no se le puso endoso de devolución, sino que se hizo la 'cesión del crédito o derecho litigioso representado en el crédito, intereses y gastos en favor de Jaime Gómez R.' en memorial del folio 5 de la tercería; pero el Juzgado por auto de 9 de septiembre de 1959 del mismo cuaderno lo aceptó como cesionario. Este a su vez en memorial del folio 13 dirigido al Juzgado cede a don Jesús María Toro el interés que tiene en la susodicha letra, pero ese memorial no fue debidamente autenticado, pues fue presentado ante el Juzgado Municipal del Fresno, que no es competente. Por tanto dicho crédito legalmente pertenece a don Jaime Gómez R., según aparece de autos, pues el en que fue reconocido como cesionario, se encuentra vigente.

"En la sentencia de prelación de créditos de 16 de noviembre de 1959 (F. 23, ejecutivo de Alfonso Toro) el Juzgado reconoció el crédito de $ 13.500, fue en favor del señor Jaime Gómez R., fue a él a quien se le mandó pagar y a cuyo favor se liquidó con las costas y el crédito, providencia que quedó vigente, pues don Jesús María Toro no fue reconocido como cesionario, ni podía serlo, pues el memorial en que se le hizo la cesión no fue presentado personalmente al Juzgado del conocimiento.

"Y como el valor de ese crédito que montó a la suma de $ 17.500 compensó el valor del remate, ello afecta uno de los elementos esenciales de ese acto jurídico, como es el precio de compra de los gananciales de la viuda de Arcila.

"Además el juicio ejecutivo de don Jesús María quedó a medias, no se embargaron bienes, no se citó para sentencia y no se falló ordenando llevar adelante la ejecución. Y aun cuando en la sentencia de prelación de créditos se reconoció el valor de esas letras y se ordenó pagarlas, ello no suple las omisiones anotadas.

"De autos no aparece que al demandado le hubieran entregado bienes por virtud del remate, ni la demanda hizo afirmación alguna a ese respecto, por lo cual en este particular la sentencia debe reformarse".

Del recurso de casación interpuesto por el demandado corresponde ocuparse a la Corte en esa oportunidad.

III

LA ACUSACION

En tres capítulos concreta el recurrente su censura contra la sentencia de segunda instancia. En el primero anuncia un cargo por la causal sexta; y en los otros dos, procede con apoyo en la causal primera. La Corte entra a estudiarlos en su mismo orden.

Primer cargo.

"Acuso el fallo recurrido —dice el demandante en el recurso— por la causal sexta de casación consagrada en el artículo 520 del Código Judicial, es decir, por haberse incurrido en las causales 1ª y 3ª del artículo 448 del Código Judicial".

Para fundamentar el cargo expone el recurrente que es principio constitucional el de que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio con el lleno de las formalidades legales; y que a la Corte Suprema le corresponde la guarda de la Constitución y de las leyes y el exigir su cumplimiento. Afirma que el legislador ha sido celoso defensor de los derechos individuales y de las garantías sociales y por ello consagró esta causal de casación "para impedir los abusos y las arbitrariedades de los funcionarios del Organo Jurisdiccional del Poder Público".

Dice que "en este proceso hay cosas tan aberrantes que nadie se explica ni podría explicarse. Actos procesales ejecutados por un Juez en forma arbitraria, en forma oficiosa dentro de un proceso civil, hasta el punto que podríamos afirmar que la parte actora no necesitaba de abogado ni de gestión alguna para que su proceso civil siguiera adelante".

"Se presenta —continúa el demandante— una demanda de revisión de un juicio ejecutivo con base en lo dispuesto por el artículo 457 del Código Judicial y con el libelo de demanda nada aparece sobre la existencia de dicho juicio. Ni una sola copia, ni una sola certificación. Nada que indique que realmente existe. No se cumple la ley, porque es elemental que para que la facultad procesal aparezca, lo menos que puede exigir formalmente el juzgador es la prueba de la existencia del juicio y de la calidad de parte en él de quien presenta la demanda. Pero esta exigencia no tenía para que hacerse en el presente caso, tal vez porque el Juez sabía de la existencia del juicio y creyó que su conocimiento era prueba más que suficiente en este caso.

"Fue así como sin más ni más ordenó con un auto de cúmplase, visible al folio 7 del cuaderno principal, que por la Secretaría de su Despacho se allegara a la demanda el expediente materia de la revisión".

Considera el recurrente este acto como verdaderamente insólito y dictatorial; y pregunta si "tiene alguna validez este acto jurídico jurisdiccional; si podía producir efectos jurídicos de alguna naturaleza; si quedaba legalmente incorporado al juicio el juicio ejecutivo que arbitrariamente se allegó a los autos". Y él mismo dice: "Se responde que absolutamente no".

Para corroborar la respuesta que formula, el impugnante expresa: "Porque para que un auto jurídico jurisdiccional valga, es necesario, como en toda clase de actos jurídicos, la capacidad del funcionario del cual dimana y el cumplimiento de las formalidades que la ley exige para su validez. Ni una ni otra existen en este caso. El funcionario, o sea, el señor Juez del Circuito del Fresno no tenía capacidad legal, no gozaba de facultades para ordenar la incorporación del juicio ejecutivo de Alfonso Toro Osorio (cesionario de Jesús María Toro Osorio), contra Isabel Ayala v. de Arcila porque no existe disposición legal alguna que lo autorice para ello y es bien sabido que los jueces o los funcionarios públicos en general sólo pueden ejercer las facultades de que legalmente están investidos y que cuando se salen de ellas sus actos son arbitrarios, no producen efectos jurídicos de ninguna clase, los cuales deben considerarse nulos o inexistentes y por lo mismo ineficaces para los fines para los cuales se ha dictado".

Agrega que si desde el punto de vista jurídico dicho acto es nulo, también lo es desde el punto de vista formal "por cuanto siendo la primera providencia que se dictaba en el juicio ha debido ordenar su notificación y no de cualquiera naturaleza sino personal... Esa formalidad era esencial. Su no cumplimiento conlleva la nulidad de lo actuado, lo que tanto quiere decir que también por este aspecto la llevada del expediente ejecutivo a este juicio ordinario es nula de nulidad absoluta". Y manifiesta que esa nulidad es inallanable porque la violación de las disposiciones de orden público no puede ser subsanada y "porque la jurisdicción del Juez en este caso no es prorrogable sino improrrogable".

Para el recurrente, "al no poder ser allegado al juicio el expediente ejecutivo la demanda no podía aceptarse porque no estando probada la existencia de él, no era viable esa acción de revisión. La aceptación de esa demanda es otro acto procesal de ningún valor por faltarle los requisitos esenciales para su validez. El silencio de la parte no convalida la actuación porque ese recurso tendía simplemente a que las peticiones

de la parte actora le fueren negadas por falta de cumplimiento de los presupuestos procesales esenciales a la litis. La parte demandada no estaba obligada a corregir los errores del litigante temerario".

Finalmente dice "que el caso de la nulidad es más que evidente. Que el señor Juez usurpó jurisdicción; que ejecutó un acto verdaderamente insólito; que conculcó los derechos de don Jesús María Toro Osorio, sin hacérselo saber, puesto que acumuló un juicio ejecutivo en el cual él tiene créditos por cobrar todavía a un juicio ordinario que se tramita en forma diferente, colocándolo en la imposibilidad de hacer efectivos sus derechos".

SE CONSIDERA

El motivo sexto de casación tiene lugar cuando en el trámite del juicio se ha incurrido en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 448 del Código Judicial: incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de personería, y falta de citación o emplazamiento en forma legal de las personas que han debido ser citadas al juicio. Según esto, no hay lugar a casación en otros casos en que se hubiere incurrido en nulidad, de acuerdo con otras disposiciones legales; ni lo hay tampoco cuando en el trámite de los juicios se ha incurrido en alguna informalidad o irregularidad que no trasciende a la categoría de nulidad procedimental.

Las causales invocadas por el demandante, fueron la 1ª y la 3ª del citado artículo 448 del Código Judicial. Ni una ni otra aparecen establecidas en la demanda de casación, ni hay en el proceso elemento alguno que denote su existencia.

En cuanto a la primera, no se ha demostrado que el Juez careciera de competencia y jurisdicción para avocar el conocimiento del juicio y para fallar la controversia. Por el contrario, tanto por la naturaleza del negocio, como por la calidad de las personas que actúan como partes, y por razón del lugar en donde debía ventilarse el juicio, el Juez competente era el del Circuito del Fresno, y, por ende, correspondía al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, su conocimiento en la segunda instancia.

No obstante lo anterior, la parte recurrente impugna la sentencia imputándole al Juez falta de competencia y jurisdicción, por razones que en nada desvirtúan los poderes y facultades que aquél tenía para decidir la controversia. La primera de tales razones, como se ha visto antes, la hace consistir en que, en forma insólita, arbitraria y dictatorial, según lo afirma, ordenó allegar al expediente de nulidad del remate, el juicio ejecutivo original de Alfonso Toro Osorio (cesionario de Jesús María Toro Osorio) contra la hoy demandante Isabel Ayala v. de Arcila. En cuanto a la segunda razón, la basa en que el Juez no podía, no tenía jurisdicción para admitir la demanda, desprovista de la prueba preexistente sobre la existencia del juicio de cuya nulidad se trataba, ya que la agregación del juicio ejecutivo, en la forma como se hizo, no puede producir jurídicamente ese resultado.

Por lo que hace al primer razonamiento cabe decir que ese proceder judicial no implica incompetencia de jurisdicción, porque los factores que determinan los poderes del Juez no dependen del auto señalado como insólito, arbitrario y dictatorial; y porque aún en el supuesto de que esa providencia prejudicial dictada por el Juez, a petición de parte, fuera ilegal, ello configuraría ninguna causal de nulidad procesal del juicio, pues que no está señalada dentro de las establecidas por la ley; y sabido es que las causales de nulidad son taxativas.

Ya ha dicho la Corte: "Una cosa es que la resolución de un Juez o Tribunal sea equivocada, por exceso o por defecto, y otra que carezca de la jurisdicción y competencia para decidir el negocio". (Cas. de septiembre 5 de 1955. T. LXXXI, Nos. 2157/58, 121).

La segunda razón enunciada por el impugnante, es también improcedente e inocua porque ninguna disposición legal procesal manda que para admitir una demanda en juicio ordinario, así sea la de revisión de la sentencia de excepciones o la de pregón y remate, o la de nulidad del juicio ejecutivo, sea preciso que el libelo vaya acompañado de prueba alguna preconstituida. Hay varios casos en nuestro Código de Procedimiento Civil, para los cuales se exige que la demanda vaya acompañada de pruebas, así, entre otros, los relativos a capellanías, expropiaciones, deslinde y amojonamiento, juicios posesorios, etc.; pero se trata en tales casos de disposiciones especiales que sólo tienen aplicación en el señalado por la ley, y que no pueden aplicarse a otros distintos o por vía general, y mucho menos a los procedimientos del juicio ordinario con relación al cual la ley procesal ha señalado y determinado todas las formalidades correspondientes, y fijado un amplio término probatorio, dentro del cual deben aportarse todas las pruebas necesarias y oportunas para la debida conclusión del negocio, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 207 y 597 del mismo Código de Procedimiento.

De modo que, en el caso presente, no aparece que se haya incurrido en la causal primera del

artículo 448 del Código Judicial y, por ende, no se configura el motivo de casación invocado.

En cuanto a la causal tercera del mismo artículo 448, la afirmación que hace la parte recurrente está desvirtuada en el mismo proceso, por cuanto allí aparece que al demandado señor Jesús María Toro Osorio se le hizo oportunamente la notificación personal del auto admisorio de la demanda y, por el término legal, del cual hizo uso, se le confirió el traslado correspondiente. Además, desde entonces, ha venido interviniendo en el juicio, por medio de su apoderado judicial, sin hacer reclamo alguno.

Afirma el impugnante que la primera providencia dictada en este juicio, y que no fue notificada como lo expresa el artículo 312 del Código Judicial, fue aquella por medio de la cual se ordenó allegar al juicio el proceso ejecutivo de cuya nulidad se trata, providencia que —según el recurrente— debió notificarse a su cliente en forma personal; pero que como así no se hizo, el juicio adolece de nulidad por falta de citación o emplazamiento.

Ya se ha dicho que la providencia mencionada fue solo una determinación prejudicial que no había por qué ser notificada, ya que con ella no se daba el primer impulso procesal al juicio que iniciaba la demandante Ayala v. de Arcila, ni tal disposición implicaba gravamen alguno irreparable a cargo de las partes, ni específicamente para la parte demandada.

La primera providencia que dio impulso al presente juicio fue el auto admisorio de la demanda y ella fue debidamente notificada a la parte opositora. Por ello no puede hablarse de falta de citación o emplazamiento, pues el juicio no se adelantó a espaldas del demandado sino con su citación personal, y con su intervención.

Finalmente, es bueno recordar que "no puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad". (Art. 450 C. J., in fine).

En el caso de autos, no solamente se citó y compareció al juicio el señor Toro Osorio, demandado, sino que intervino en él, en ambas instancias, desde su iniciación y sin reclamación alguna, en la debida oportunidad, y por lo cual tampoco por este extremo del numeral tercero del artículo 448 del Código Judicial, se configura la causal sexta de casación.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Segundo cargo.

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial se acusa el fallo "por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, proveniente de aplicación indebida e interpretación errónea de ella".

Se violaron, afirma el recurrente, los artículos 33 de la Ley 57 de 1887, 655, 668, 1625, 1960, 1961, 1962 y 1969 del Código Civil; 457, 1038, 1039, 1040, 1041, 1042, 1043, 1044, 1045 y 1046 del Código Judicial.

Con el propósito de exponer el concepto de la violación que alega, dice el impugnante:

"Lo primero que se debe estudiar es si la señora Isabel Ayala v. de Arcila tenía personería sustantiva para iniciar esta acción. En mi sentir ni ella podía impugnar el remate a término de la facultad conferida en el artículo 457 del Código Judicial ni ella tenía personería sustantiva para alegar la inexistencia de la cesión del crédito del señor Gómez Rúa al señor Jesús María Toro Osorio.

"La disposición a que aludo consagra el derecho del actor y determina cuál es la persona que puede intentar el juicio ordinario de revisión para obtener la declaratoria de nulidad. Es una disposición sustantiva porque a pesar de estar en el Código Judicial crea derechos y otorga facultades. De su propio tenor se desprende que sólo quien no ha sido legalmente emplazado o notificado en el juicio o quien no estuvo legalmente representado puede incoar esa acción. Es el desarrollo del principio constitucional consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional según el cual nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio verificado ante el Tribunal competente y previo el cumplimiento de las formalidades legales. Es apenas lógico que quien sufra un agravio judicial tenga acción legal para que no se le conculquen sus derechos. Pero sólo él, nadie más que él. Es un derecho intuitu personae, otorgado precisamente al litigante que se encuentre en las condiciones anteriormente expresadas".

Trascribe a continuación varias doctrinas de la Corte, relacionadas con los presupuestos procesales y con las condiciones de la acción, y agrega enseguida:

"Niego el valor de las supuestas pruebas aportadas al juicio por la parte actora en virtud de las razones expuestas en el cargo anterior y de las que expondré en el subsiguiente cargo al fallo recurrido. Pero aceptando, en vía de argumentación su validez —y solo por este aspecto la su-

pongo o acepto— encontramos lo siguiente: Que doña Isabel estuvo legalmente notificada de todos los actos procesales del juicio ejecutivo; que a ella se le intimaron los mandamientos ejecutivos; que pudo ejercer las acciones de tacha de los instrumentos que sirvieron de título ejecutivo; que tuvo oportunidad procesal para presentar excepciones; que pudo apelar de la sentencia de pregón y remate; que pudo objetar la liquidación de créditos; que pudo oponerse en el remate o subasta para que no se aceptara la postura del señor Jesús María Toro Osorio con base en los créditos; que pudo reclamar del auto aprobatorio de ese remate y que el juicio se siguió estando siempre ella enterada de los actos procesales.

"La situación que acabo de exponer la coloca fuera de los casos expresamente determinados en el artículo 457 del Código Judicial porque ella sí estuvo legalmente notificada o emplazada y porque si no nombró apoderado fue porque no quiso hacerlo".

Dice que reconocerle esa facultad es violar directamente la ley sustantiva consagrada en ese artículo y también los artículos 205 y 227 del Código Judicial "que determinan la calidad de demandante y las condiciones que debe reunir para iniciar una acción".

Recalcando sobre el mismo tema apunta: "No se podía trabar litis alguna entre doña Isabel Ayala de Arcila y don Jesús María Toro Osorio porque ella no tenía capacidad jurídica para demandarlo por las causas anotadas en el libelo de demanda, ni él podía ser parte en este proceso como demandado por esa misma razón. Se trabó una relación procesal inoperante e inidónea para el fin propuesto que era la (sic) de la nulidad impetrada, la cual ha debido negarse para no violar la ley en la forma que acabo de exponer, para no desconocer el principio de los presupuestos procesales".

Avanzando en el desenvolvimiento del cargo, el demandante expresa:

"Dice el honorable Tribunal en su injurídico razonamiento que don Jesús María Toro Osorio no era titular del crédito que le había cedido el señor Gómez Rúa porque en su opinión la cesión no se había perfeccionado. Grave equivocación en la interpretación de la ley. La cesión de créditos es un contrato que se perfecciona con la entrega del título cuando ésta es posible, es decir, cuando aún no está obrando en juicio para su cobranza. Cuando no hay título o cuando ya está en juicio la cesión se perfecciona produciendo el título en el primer caso y en el segundo presentando ante el Juez de la causa el correspondiente escrito de cesión. El reconocimiento es un acto procesal posterior, que en nada incide sobre el contrato de cesión celebrado entre el cedente y el cesionario. Es un formalismo procesal y no un requisito fundamental que en parte alguna exige la ley para la validez de la cesión. La exigencia del reconocimiento es una ocurrencia del Tribunal que no se encuentra establecida en la ley. Por eso ha dicho la Corte en repetidas doctrinas que es indispensable que el cesionario se presente al juicio a pedir que se le tenga como parte en su calidad de subrogatario del derecho litigioso del cedente, *o por lo menos que presente el título de cesión y pida al Juez que se le notifique a la contraparte que él ha adquirido ese derecho porque mientras esto no suceda no sale para aquellos del poder del cedente el derecho litigioso*".

Afirma a continuación que el señor Gómez Rúa presentó un escrito haciendo cesión de su crédito y de su interés en el juicio al señor Toro Osorio; y que éste por medio de su apoderado pidió que se le reconociera como cesionario y se notificara la cesión al deudor cedido. Que ni el señor Gómez Rúa puede considerarse como dueño de lo que ya dispuso, ni el señor Toro Osorio puede dejar de considerarse titular de lo que ya adquirió, aun cuando el cesionario no haya sido reconocido expresamente, porque este reconocimiento —repite— es una cuestión de simple formalismo procesal y no cuestión de fondo relativa al contrato de cesión. Además, agrega, que no debe olvidarse que la aceptación de la cesión puede ser expresa o tácita, y que la tácita "consiste en darse por enterado de ella en el curso del litigio y no hacer manifestación alguna de rechazo o de no aceptación".

Concluye esta parte de su exposición diciendo que la señora Isabel Ayala v. de Arcila carece de facultad para impugnar la validez de la cesión hecha por Gómez Rúa a Toro Osorio y que "ella aceptó tácitamente", porque no tiene ningún interés jurídico en el contrato de cesión.

Viniendo a otro aspecto del cargo formulado expresa el recurrente:

"Esa interpretación equivocada de la Ley llevó al sentenciador a considerar que el pago del precio del remate no se había verificado en su totalidad y que por consiguiente no ha debido aprobarse de conformidad con el artículo 1048 del Código Judicial. Pero esto no es así porque habiéndose presentado oportunamente el escrito de cesión y habiéndose verificado la liquidación del crédito con la presencia de doña Isabel en el juicio ejecutivo porque no hubo oposición al-

guna de su parte, el pago quedó legalmente efectuado. Declarar la nulidad del remate por esa causa constituye violación directa de la ley sustantiva porque el pago fue legalmente verificado y al entregar don Jesús María Toro Osorio al señor Gómez Rúa el valor del crédito se subrogó en los derechos que al cedente le correspondían".

Al referirse a la falta de requisitos previos para el remate de bienes que sirven también de fundamento al Tribunal para decretar la nulidad del remate, dice el impugnante:

"El sentenciador considera que los gananciales son bienes raíces por haber en el juicio de liquidación de la sociedad conyugal bienes inmuebles. Creo que es la primera vez que a un juzgador se le ocurra tan peregrina tesis. Los gananciales nunca son bienes raíces, son bienes muebles, son derechos personales de los socios, cualquiera que sea la clase de bienes que posea la sociedad conyugal. La Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre el particular lo siguiente: 'En tesis general, las acciones o derechos en sucesiones ilíquidas deben reputarse como muebles y no están por consiguiente sometidas a las restricciones que establece la ley para la enajenación de bienes inmuebles de personas incapaces, dada la incertidumbre respecto a la clase de bienes que en definitiva deban ser adjudicados (casación 28 de junio de 1929 XXXVI. 556)".

Cita a continuación otras sentencias de la Corte, conforme a las cuales el adquirente de derechos sucesorales o de gananciales de cónyuge no se hace dueño de cuerpo cierto, sino que solo obtiene "la aptitud, la personería, como cesionario del vendedor, para hacer efectivos los derechos que a éste le puedan corresponder"; y que la enajenación de derechos en una herencia o sociedad conyugal ilíquida, no es venta de cuerpo cierto, de tal suerte que "el cesionario adquirirá la propiedad singular y corporal siempre que en la partición se le adjudique total o parcialmente el cuerpo cierto de que se trata".

"De las doctrinas de la Corte se desprende —dice el recurrente —que los gananciales así como los derechos hereditarios son bienes muebles, son derechos sobre una universalidad que no pueden confundirse con los bienes de ésta. La sociedad conyugal es una ficción legal, es una creación del legislador que se supone existir durante todo el tiempo del matrimonio y que sólo tiene plena realidad o concreción en el momento de su disolución. Como en toda sociedad los cónyuges sólo tienen en ella el derecho social, su calidad de socios que es un derecho esencialmente personal y mueble sin que a nadie se le pueda ocurrir que sea bien raíz y por lo mismo sujeto a las reglas que norman el traspaso de los bienes raíces".

Afirma que el remate de acciones de una sociedad, como el remate de los gananciales, de un cónyuge se anuncia en la forma ordenada para los bienes muebles, con lo cual se cumplen las disposiciones legales, y con relación a lo dicho por el sentenciador expone lo siguiente:

"Cuando el sentenciador considera que son bienes raíces los gananciales —consideración que se hace con base en un certificado secretarial de que en los inventarios de la sucesión de Luis Felipe Arcila hay bienes raíces— incurre en violación directa de la ley sustantiva por interpretación errónea de la misma al considerar que los derechos en una sociedad son bienes inmuebles y al declarar nulo el remate por no haberse hecho las publicaciones referentes a la subasta en la forma ordenada para los bienes raíces incurre también en violación directa de la ley sustantiva por aplicación indebida de la misma. Estas disposiciones están citadas al formular este cargo".

SE CONSIDERA

El artículo 457 del Código Judicial señala la posición jurídica en que debe estar colocada la persona que pretende accionar en juicio sobre nulidad producida en otro en que ya se ha dictado sentencia. Conforme a tal disposición son tres los casos al respecto: falta de citación o emplazamiento, falta de la debida representación en el juicio, o falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes. Las dos primeras corresponden a las causales de nulidad señaladas en los ordinales 2º y 3º del artículo 448 del Código Judicial, y la tercera, a la indicada en el ordinal 2º del artículo 451 ibídem.

De modo que quien no fue legítimamente citado o emplazado, y quien no estuvo legalmente representado en el juicio, están legitimados para demandar, mediante acción de juicio ordinario, la nulidad del proceso en que hayan ocurrido tales causales.

Pero tratándose del juicio ejecutivo, y el del remate de bienes que tiene lugar dentro de él, a más de los casos mencionados en el artículo 457, en su inciso 2º se faculta a quien fue lesionado o perjudicado con la subasta, para demandar la nulidad del remate, en juicio separado, si no se cumplieron las formalidades prescritas para hacer la venta judicial de los bienes sujetos a la traba ejecutiva, esto es, cuando se han pretermitido ritualidades de las indicadas en los artículos 1037 a 1048 del Código Judicial.

El artículo 457 confiere el derecho a demandar la nulidad del juicio ejecutivo o del remate que haya tenido lugar en él, a quien no ha intervenido en el proceso por no haber sido citado o emplazado; o no estuvo legítimamente representado; o, finalmente, a quien fue lesionado o perjudicado con un remate de bienes cuyas formalidades previas no se cumplieron legalmente.

En el juicio cuya nulidad demanda la señora Isabel Ayala v. de Arcila, ésta actuó como parte en calidad de ejecutada, y se le notificaron legalmente, en forma personal, los mandamientos de pago que obran en el juicio. Por otra parte, estuvo en capacidad jurídica para defender sus derechos, nombrando o designando el apoderado correspondiente y proponiendo los medios de defensa que considerara oponibles a las pretensiones del ejecutante y de los terceristas.

Contemplado el caso desde este punto de vista, es evidente que la señora Ayala v. de Arcila no podía pretender la acción de nulidad del Ejecutivo que le instauró Jesús María Toro Osorio y que culminó con el remate de los bienes embargados y con la aprobación de la subasta. Mas no puede negársele a dicha señora la capacidad sustantiva o legitimación para demandar la nulidad del remate de bienes llevado a cabo en dicho procedimiento ejecutivo, con fundamento en lo dispuesto por el ordinal 2º del artículo 451 del Código Judicial, en relación con el inciso segundo del artículo 457 *ibídem*, que permite ventilar esta clase de nulidades en juicio ordinario cuando ya ha tenido lugar la aprobación del remate.

La demandante Ayala v. de Arcila estaba legitimada en causa para accionar en el juicio ordinario de nulidad del remate, no solo por haber sido dueña de los bienes que fueron subastados, sino por haber intervenido en el juicio ejecutivo, en calidad de parte demandada o ejecutada. Y el juicio debía referirlo, como lo hizo, hacia Jesús María Toro Osorio, porque éste a más de haber sido parte ejecutante en el Ejecutivo, fue también el rematante y adjudicatario de los bienes embargados, debiendo, por tanto, adelantarse el juicio ordinario de nulidad, con su citación y audiencia.

El recurrente, al tratar de establecer que la sentencia viola directamente el artículo 457 del Código Judicial, se detuvo a considerar únicamente los casos contemplados en el inciso primero de ese canon legal, sin parar mientes en la segunda parte que se relaciona con el artículo 451 del mismo estatuto procedimental. En consecuencia, por el aspecto estudiado no aparece que el Tribunal haya violado la ley sustancial por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

En cuanto a la afirmación que hace el Tribunal de que el crédito cedido por Jaime Gómez Rúa al rematante y ejecutante Toro Osorio permanecía en cabeza de aquél, a pesar de la cesión, por no haber sido notificada ésta a la ejecutada; y que no podía habérsele aceptado ese crédito como parte del precio del remate, cabe observar lo siguiente:

En materia de cesión de créditos y en lo referente a la cesión de derechos litigiosos, es preciso distinguir las relaciones que por la cesión nacen entre cedente y cesionario, de un lado; entre éstos y el deudor cedido, de otro; y, por último, entre aquéllos y terceras personas.

Por lo que hace a las relaciones entre cedente y cesionario, se entiende que la cesión produce efecto desde el mismo momento en que ha tenido lugar el acto o contrato por virtud del cual se verifica ese fenómeno jurídico y una vez que se efectúa la entrega del título, de acuerdo con lo mandado por la ley. El acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario hace que la cesión produzca entre ellos plenos efectos, cuando se han cumplido las exigencias del artículo 33 de la Ley 57 de 1887.

Otra cosa ocurre en cuanto a las relaciones entre cedente y cesionario respecto del deudor cedido, o de terceros. Con referencia a éstos, se entiende que permanece el crédito en cabeza del cedente, para todos los efectos legales, mientras no tenga lugar la notificación al deudor, o no intervenga la aceptación de la cesión por parte de éste.

En tanto no se produzca la notificación de la cesión al deudor cedido, o éste no haya aceptado la cesión, puede pagar en manos del cedente, y por virtud de la notificación puede proponer al cesionario todas las excepciones o medios de extinción de la deuda, como los hubiera podido oponer directamente al cedente, ya hubieran tenido estas excepciones origen anterior a la cesión o después de ella, pero antes de la notificación.

Lo que se dice en relación con la cesión de créditos vale para la de derechos litigiosos puesto que allí también se exige la notificación para los fines del artículo 1971 del Código Civil, esto es para determinar el derecho de retracto y para señalar desde cuándo se deberán al cesionario los intereses correspondientes.

En el caso presente, no hay duda alguna de que el crédito litigioso cedido por Jaime Gómez Rúa a Jesús María Toro Osorio se había radicado en cabeza del último, y de que, por consiguiente,

Toro Osorio tenía derecho a que le fuera pagado, como en efecto se le pagó con los bienes embargados, al permitírsele rematar por cuenta de sus créditos, incluido en éstos el cedido por Gómez Rúa. No puede considerarse, como lo hace el Tribunal, que Toro Osorio no fuera dueño del crédito y que éste permanecía en cabeza del cedente, pues oportunamente, antes del remate de los bienes, se había perfeccionado la cesión entre cedente y cesionario y se había comunicado al Juez que conocía del juicio en que operaba el crédito cedido.

Por otra parte, al adjudicar a Toro Osorio el bien rematado por él, por cuenta de los créditos, el Juez obraba a nombre de la parte ejecutada; estaba pagando en su representación y efectuaba un pago válido, por lo cual el remate no puede considerarse nulo desde tal punto de vista, ya que de conformidad con la ley, Toro Osorio era dueño del crédito litigioso que le fue cedido por Gómez Rúa, no obstante que el Juez no hubiera dictado, al tiempo del remate, auto de reconocimiento de la subrogación, ni se hubiera verificado la notificación a la parte ejecutada, pues lo primero no constituye un trámite sustancial ni su omisión acarrea nulidad; y en cuanto a lo segundo, su omisión sólo podría producir el efecto de que la parte ejecutada y deudora del crédito cedido, hubiera podido ejercitar, no obstante el remate de los bienes, el derecho de retracto; mas de ello no podía llegarse hasta pretender la anulación del remate de los bienes, pues la omisión de la notificación de la cesión no constituye un trámite sustancial ni su omisión acarrea nulidad.

Téngase en cuenta, además, que implícitamente sí fue reconocido Toro Osorio como cesionario y dueño del crédito que como tercerista venía cobrando Gómez Rúa, pues en la sentencia de aprobación del remate el Juez dijo: "Tanto el crédito principal, como las tercerías pertenecen al rematante Toro Osorio y los créditos con sus intereses y costas según liquidación hecha, ascienden a la suma de treinta y cinco mil novecientos sesenta y cuatro pesos con ochenta centavos, moneda corriente, por lo cual debe considerarse cubierto el valor total del remate, quedando por cubrir a favor del ejecutante Jesús María Toro Osorio y en contra de la ejecutada Isabel Ayala v. de Arcila, la suma de diez mil setecientos sesenta y cuatro pesos con ochenta centavos, moneda corriente".

Si, como consecuencia de lo anteriormente expuesto, debe concluirse que el Tribunal no estuvo acertado en la interpretación de las normas sustanciales que rigen la cesión de créditos y de derechos litigiosos, el cargo por tal concepto no puede llevar, en el caso presente, a un quebrantamiento de la sentencia, porque existen otros fundamentos legales que la sostienen y que no han sido impugnados con éxito por el recurrente. Así lo ha resuelto reiteradamente la Corte.

Bajo este mismo capítulo el impugnante ataca la sentencia, por no haber considerado el fallador, como lo pretende el recurrente que los gananciales de cónyuge, materia de la subasta, fueran bienes muebles, sino que los haya considerado como inmuebles. Afirma que este modo de interpretar la ley llevó al fallador a violar los artículos 655 y 668 del Código Civil, entre otros.

El Tribunal en la sentencia censurada declara que el remate fue nulo por cuanto no se anunció al público con una antelación de veinte días, por lo menos, como lo manda el artículo 1037 del Código Judicial, cuando se trata de inmuebles, pues el cartel se fijó el 31 de marzo y el remate se verificó el 19 de abril siguiente; es decir que el anuncio apenas se hizo con una anterioridad de diez y nueve días a la subasta.

Parte el recurrente de la base de que los gananciales conyugales tienen la calidad de bienes muebles y de que, entonces, el anuncio de su remate debe darse apenas con diez días de anterioridad.

No puede sostenerse como tesis absoluta la de que los gananciales conyugales tengan la calidad de bienes muebles, pues tratándose de derechos radicados en una comunidad universal, que es lo que constituye en realidad la masa de bienes de una sociedad conyugal disuelta e ilíquida, esos derechos de gananciales serán muebles si los bienes son muebles, pero serán inmuebles si el acervo de bienes está constituido por inmuebles, o por bienes muebles e inmuebles.

En el caso de este litigio se sabe que la sociedad conyugal ilíquida de los esposos Arcila-Ayala, cuyos gananciales pertenecientes a la cónyuge supérstite fueron rematados, estaba constituida o integrada por bienes inmuebles como lo testifica el certificado judicial que obra en el juicio. De manera que se trataba de derechos inmuebles por estar radicados en una comunidad de bienes raíces y, por consiguiente, su remate no podía llevarse a cabo válidamente sin darse el anuncio al público con antelación de veinte días, por lo menos, de conformidad con lo ordenado por el artículo 1037 del Código Judicial. Y como no se cumplió estrictamente con este deber legal; y como la omisión de éste constituye nulidad al tenor del artículo 451, ordinal 2º del Código Judicial, no puede considerarse la sentencia

como violatoria de las disposiciones legales que el impugnante tiene como infringidas.

De lo expuesto aparece la improsperidad del cargo, y, por lo tanto se rechaza.

Tercer cargo.

Se acusa el fallo por "violación indirecta de la ley sustantiva consagrada en los artículos 33 de la Ley 57 de 1887, 665, 668, 625, 1960, 1961, 1962, 1969 del Código Civil; 457, 593, 597 del Código Judicial por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

Refiere el recurrente, como fundamento del cargo que plantea, que el Juzgado "violando la ley y la Constitución Nacional incorporó al proceso ordinario el juicio ejecutivo de cuya revisión se trata, sin que el Juez tuviera facultad legal alguna para hacer este proveimiento y sin que el Secretario del Juzgado hubiera adquirido facultad para tomar del Juzgado un proceso y llevarlo a otro de manera acomodaticia".

Infiere que se violó el artículo 597 del Código Judicial y a este propósito manifiesta: "Que es bien sabido que para estimar el valor de las pruebas que forman parte de un proceso deben ser producidas de conformidad con los mandatos del artículo 597 del Código Judicial y considero que el expediente que contiene el juicio ejecutivo no fue incorporado de ninguna de las maneras establecidas en dicho artículo. En efecto: No fue acompañado al escrito de demanda porque tratándose de un juicio en curso y en el cual tiene intereses mi mandante, puesto que aún no se le han solucionado los créditos que él cobra y de los cuales es titular no podía la parte actora ni el Juez ni el secretario del Juzgado retirarlo de allí para agregarlo a un escrito de demanda que ante ese mismo Juzgado se había presentado... Y tampoco puede hablarse de que por haberse pedido que se tuviera como prueba el mencionado juicio y de que se hubiera ordenado que se tuviera como tal dentro del término probatorio se cumplieron los preceptos del numeral 3º del artículo 597 del Código Judicial porque ese expediente en esa forma no puede valer como prueba dentro de este juicio ordinario".

Dice que el juicio ejecutivo traído original a los autos no constituye "un medio probatorio de los establecidos por la ley, es un recurso ideado por la parte actora y consentido por el Juzgado en forma que francamente no se explica por ser un acto verdaderamente aberrante..."; y agrega que considera "que esa prueba está ilegalmente producida y es carente de idoneidad para los fines propuestos". Manifiesta que otros eran los medios probatorios adecuados para demostrar la existencia del juicio ejecutivo de cuya nulidad trata este juicio ordinario, y agrega: "Cuando el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué al proferir su fallo acepta como prueba de los hechos de la demanda el contenido del juicio ejecutivo incurre en error de derecho porque está dando valor de plena prueba a un elemento que no la tiene, que obra ilegalmente en el proceso, que es producto de la arbitrariedad y del desconocimiento de la ley y que podría dar lugar a una demanda por abuso de autoridad contra el funcionario que desconociendo los derechos de una de las partes, le arrebató la facultad de cobrar ejecutivamente el saldo de unos créditos, puesto que lo colocó en imposibilidad de seguir adelante la actuación ejecutiva".

Según el impugnante, el error de derecho de que acusa la sentencia, llevó al fallador a reconocer a la parte actora derecho para impugnar la validez del remate, lo mismo que para comparecer en juicio y para impugnar las cesiones de los créditos, etc. Y deduce del mismo error una violación indirecta de la ley sustantiva "porque si no se hubiera incurrido en ese error de derecho jamás de los jamases se habrían podido declarar probados los hechos de la demanda, ésta habría quedado huérfana de pruebas y el sentenciador no habría tenido otro camino distinto del de absolver a la parte demandada".

Dice que "constituye al propio tiempo violación directa del artículo 597 del Código Judicial... por interpretación errónea y aplicación indebida al caso del pleito"; "pues que en dicho artículo no aparece facultad alguna como en ninguna disposición del Código Judicial para que un Juez que va a conocer de un juicio ordinario pueda allegar a los autos otro juicio distinto que está en curso".

Censura la sentencia de ser violatoria de los artículos 1757 y 1758 del Código Civil "porque se considera como un instrumento público aportado a los autos el precitado expediente cuando no reviste ese carácter por no estar autorizado con las solemnidades legales por el funcionario competente. El juicio ejecutivo tal como está puede ser instrumento idóneo para probar las cuestiones atinentes a él, pero no sirve en este caso del juicio ordinario, porque para llevarlo a los autos, hecho legalmente imposible, no se cumplieron las formalidades ni podrían cumplirse por tratarse de un hecho expresamente prohibido por la ley".

Continúa argumentando sobre la existencia del error de derecho; y, al respecto considera que "el error de derecho es tan manifiesto en el

presente caso porque se ha inventado una prueba sui generis que en manera alguna aparece establecida en nuestras leyes, y que la violación indirecta de la ley es tan flagrante y tan clara, que se impone la casación de la sentencia".

Como si en materia de casación fuera factible la presentación de cargos subsidiarios, el impugnante hace en esta forma el planteamiento de un nuevo medio de censura, cuando expresa: "Si se admite que la prueba a que aludo, es decir el expediente que contiene el juicio ejecutivo, está legalmente llevado a los autos como prueba, supuesto que sólo admito en vía de argumentación, entonces acuso el fallo recurrido por infracción indirecta de la ley sustantiva proveniente de error de hecho manifiesto que consiste en la pretermisión de dicha prueba en orden a la demostración de los siguientes extremos procesales: Que doña Isabel Ayala v. de Arcila fue legalmente emplazada y notificada en el juicio ejecutivo mencionado; que si no nombró apoderado fue porque no quiso hacerlo; y que por lo mismo no está colocada en los casos contemplados en el artículo 457 del Código Judicial careciendo por consiguiente de acción o de personería sustantiva para iniciar el presente juicio ordinario. Al carecer de acción carecía también del derecho a que se declara la nulidad del remate impetrada en la demanda".

Finalmente expone el recurrente que el Tribunal incurrió "en error de derecho cuando al interpretar el referido expediente considera que los actos de cesión no tienen el valor que legalmente les corresponde, que las publicaciones del remate estuvieron mal hechas y que la postura en la subasta y el pago del saldo del precio no quedaron ajustados a la ley, cuando como está demostrado las cesiones de créditos en litigio se hacen en forma realizada en el negocio ejecutivo, o sea por medio de memoriales presentados ante el Juez del proceso, cuando las publicaciones para remate en tratándose de bienes muebles pueden hacerse dentro de los diez y los veinte días anteriores a él y cuando la postura se hace con base en el crédito y se paga el saldo del valor con los mismos cuando son suficientes para ello".

SE CONSIDERA

El demandante, en este capítulo censura el fallo con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, porque afirma que el Tribunal incurrió en error de derecho y en error de hecho en la consideración de la prueba; y presenta como violados de manera indirecta las mismas normas legales que dijo habían sido infringidas directamente en el cargo anterior.

Comete el impugnante falta contra la técnica que preside el recurso de casación, al acusar, al mismo tiempo, la sentencia por error de derecho y por error de hecho, porque no es dable, como en repetidas ocasiones lo ha expresado la Corte, aducir estos errores simultáneamente respecto del mismo elemento probatorio.

El juicio ejecutivo de cuya nulidad se trata, vino al proceso ordinario por petición de la parte actora, hecha dentro del mismo libelo que dio origen al juicio, petición sobre la cual proveyó el Juez prejudicialmente y antes de abrirse el juicio ordinario con el auto de admisión de la demanda; y por si esto no fuera bastante, a petición de la misma parte, y ya dentro del período probatorio, se dispuso que dicho juicio ejecutivo se tuviera como prueba, para los efectos correspondientes. De manera que la prueba en que la demandante radica la demostración de los hechos, fue traída a los autos oportunamente, con acatamiento de lo dispuesto por el artículo 597 del Código Judicial, sin que pueda decirse que esta disposición haya sido infringida, pues que la prueba se aportó en el momento oportuno señalado por ese mandato legal.

Afirma el impugnante que la violación de tal precepto surge del hecho de que el expediente del juicio ejecutivo, materia de la nulidad, no podía venir en forma original a este proceso, y que, por tanto, no se dio cumplimiento al ordinal tercero del canon mencionado.

Aunque en el supuesto de autos es notoriamente irregular que los procesos judiciales vengan al juicio en forma original, debiendo ser allegados, en copias auténticas pues es evidente que los expedientes deben permanecer en el archivo del respectivo Juzgado, o son juicios en curso que han de estar en la Secretaría y no ser interferidos mientras se tramite la causa en el cual son llamados a obrar como prueba, tampoco puede afirmarse que por haber sido llevados en forma original al proceso, aunque irregularmente, deba considerarse esa prueba como allegada en contravención al artículo 597 del Código Judicial, y por consiguiente, sea una prueba ilegal que haya de tenerse como inexistente, carente de idoneidad para los fines perseguidos, y no pueda ser apreciada válidamente al dictarse la correspondiente sentencia.

El expediente del juicio ejecutivo, traído en forma original a este proceso contiene todos los instrumentos y diligencias que demuestran auténticamente los trámites adelantados en el proceso que se llevó a efecto para el remate de los

bienes cuya nulidad se litiga; y si la copia de esas diligencias y documentos públicos tienen un pleno valor probatorio cuando han sido expedidos en forma legal, y allegados a los autos en las debidas oportunidades señaladas por el artículo 597 citado, a fortiori las mismas diligencias y documentos han de tener el mismo valor probatorio si aparecen originales, ya que sería inaceptable que a la copia auténtica de un documento público se le otorgara pleno valor de prueba, y, en cambio, se le negara el mismo valor al documento original de que aquella emana. Si de diversidad de fuerza probatoria pudiera hablarse, obviamente habría que decidir que el documento original tendría un mayor valor que su copia.

La ley civil en su artículo 1759, y la procedimental en su precepto 632, dan valor de plena prueba al expediente traído en forma original al juicio, como se deduce de la simple lectura de esas normas, pues —como se ha dicho— no cabe duda alguna de que tal expediente está comprendido dentro de los instrumentos públicos y auténticos de que hablan los cánones mencionados.

De manera que al ser apreciada la prueba, como lo hizo el sentenciador de instancia, y al reconocerle pleno valor probatorio en este juicio, el fallador no incurrió en el error de derecho que le imputa el recurrente.

Al tiempo de contestar la demanda, y cuando se dictó el auto que ordenó tener como prueba el proceso que se había allegado al juicio, fueron las oportunidades del demandado Toro Osorio para oponerse a que el Ejecutivo viniera a los autos en forma original. Pero si entonces se abstuvo de reclamar contra los ordenamientos del Juez, dados a petición de parte legítima, hay que concluir que esa prueba se encuentra legalmente aportada e incorporada al juicio, y válidamente estimada en la sentencia.

Los artículos 1757 y 1758 del Código Civil, que el recurrente considera violados por el fallo, no dan base al recurso de casación. El primero, porque como lo ha dicho la Corte "es norma que regula y determina el mérito de las pruebas, que si bien de naturaleza sustantiva, es apenas medio para tutelar la efectividad de los derechos subjetivos, pero que por no consagrar ni tutelar por sí sola ninguno de esos derechos, su infracción o desconocimiento no puede dar base de prosperidad a la casación si no incide en el quebrantamiento de un precepto de naturaleza sustantiva" (G. J., LXIII, 631). El segundo, porque no es una norma de carácter sustancial sino una definición legal que le da la categoría de norma descriptiva, y no consagra derechos o facultades que la hagan incidir en casación.

Por lo que hace al error de hecho, motivo subsidiario de la censura, él no está configurado en el fallo del Tribunal, ya que éste ni supuso una prueba inexistente, ni dejó de apreciar la que existe en el proceso. Toda la argumentación que al respecto hace el impugnante no lleva a la demostración del error de hecho evidente de que se acusa la sentencia. Serían más bien consideraciones para apoyar el cargo de error de valoración probatoria, que tampoco, como se ha dicho, quedó establecido.

En efecto, fue con base en la prueba consistente en el expediente del juicio ejecutivo, como el Tribunal se refirió a los hechos de la demanda, a las causales de nulidad del remate, a la personería de las partes, y al derecho invocado, todo lo cual está diciendo que no puede hablarse de error de hecho en la apreciación de las probanzas. De otra parte, el impugnante no ha dicho, cuál de las distintas diligiencias o instrumentos que configuran el juicio ejecutivo, y que tienen la categoría de pruebas, independientemente los unos de los otros, fue el que no se tuvo en cuenta por el fallador o no fue apreciado por él, lo que implica también una falla en la presentación del cargo.

No estando establecida la violación de las normas señaladas por el recurrente, y no teniendo base alguna la censura por error de hecho evidente o por error de derecho, es obvio que el cargo no puede prosperar.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha ocho (8) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio ordinario iniciado por Isabel Ayala v. de Arcila contra Jesús María Toro Osorio.

Sin costas, por no haberse causado.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NOTARIOS

Deberes que corresponden a los Notarios. — Formalidades sustanciales que deben llenar los instrumentos públicos. — En las escrituras públicas ordinarias, la presencia del Notario no es indispensable para la validez del instrumento. — La ausencia del Notario en el acto del otorgamiento de las citadas escrituras no acarrea nulidad ni produce "inexistencia" del acto jurídico ni del instrumento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, noviembre 5 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Julián Uribe Cadavid).

Juicio ordinario: Eugenio Acosta Meriño contra José Angel Montoya.

I

ANTECEDENTES

En demanda corregida el diez y ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), Eugenio Acosta Meriño solicitó que se hicieran, en contra de José Angel Montoya, las siguientes declaraciones:

Que es simulado el contrato de compraventa con pacto de retroventa que aparece celebrado por medio de la escritura número treinta y nueve (39), de seis (6) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953), de la Notaría Segunda de Ciénaga;

Que el verdadero contrato a que se refiere la escritura mencionada no fue el de compraventa con pacto de retroventa, sino el de mutuo con interés, "en los términos que se detallan en esta demanda";

Que consecuencialmente se ordene la cancelación de la inscripción de la escritura mencionada;

Que es nula absolutamente la escritura pública número trescientos sesenta y cinco (365), de veintisiete (27) de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), de la Notaría Segunda de Ciénaga, "en la que aparece que el demandado José Angel Montoya *aumentó el precio* mencionado en la escritura pública mencionada en el punto primero y que mi mandante Eugenio Acosta Meriño aceptó tal aumento de precio, dejando firme la escritura pública mencionada en el mismo punto primero";

Que como consecuencia de la nulidad anterior, es nulo absolutamente el contrato determinado en la citada escritura número trescientos sesenta y cinco (365) de veintiese de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), de la Notaría Segunda de Ciénaga.

Que se ordene la cancelación del registro de la escritura mencionada en los dos pedimentos anteriores;

Que se ordene la restitución de los inmuebles materia de la compraventa con pacto de retroventa, lo mismo que la restitución de frutos, teniendo al demandado como poseedor de mala fe, y

Que se condene en costas al demandado.

Dice el demandante, en fundamentación de las peticiones formuladas, lo que se resume así:

José Angel Montoya le dio en calidad de mutuo, con interés del siete por ciento (7%) mensual, la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500) moneda corriente, con término de vencimiento de un (1) año, a contar del seis (6) de marzo de 1953.

En garantía del préstamo el contratante Eugenio Acosta Meriño dio a Montoya, en forma de compraventa con pacto de retroventa, las casas y el solar a que se refiere el pedimento primero de la demanda.

En dicho contrato se estipuló que el precio de la compraventa con pacto de retroventa era de $ 2.400, así: $ 1.500 del préstamo en mutuo, y $ 900, como intereses al cinco por ciento men-

sual, en un año, de dicho capital. El dos por ciento restante se consignó en varias letras de cambio aceptadas por Acosta Meriño en favor de Montoya, por trescientos sesenta pesos cada una.

Afirma el demandante que "por maniobras dolosas de José Angel Montoya y de otros sujetos" fue llevado a la cárcel de la Inspección de Policía de Guacamayal; y que "atemorizado por las amenazas continuas de cárcel sin recurso alguno por parte de dichos sujetos... se allanó a firmar la escritura que le fue presentada en su prisión, que es la determinada en el punto cuarto (4º) de la parte petitoria de esta demanda".

La escritura número trescientos sesenta y cinco (365) de veintisiete (27) de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), "firmada en el local de la Inspección de Policía de Guacamayal, no fue otorgada ante el Notario José Francisco Díaz Granados García, porque éste no fue ese día 27 de octubre de 1956 a Guacamayal, sino ante el empleado-escribiente de dicho Notario, señor Carlos Molinares Serna".

El actor afirma que no recibió suma alguna por razón de aumento de precio de que trata la escritura, ni se desposeyó de los inmuebles vendidos sino cuando "en virtud de demanda de lanzamiento de José Angel Montoya... se cometió el atropello judicial de echarlo de sus casas el día siete (7) de julio de este año".

De la demanda así corregida se dio traslado a la parte demandada, la que se opuso a que se hicieran las declaraciones suplicadas habiendo negado la casi totalidad de los hechos fundamentales del libelo, y dando explicación a algunos.

En sentencia de dos (2) de agosto de mil novecientos sesenta (1960) el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga puso fin a la primera instancia del litigio absolviendo al demandado de los cargos formulados.

Interpuso apelación la parte actora, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en sentencia de tres (3) de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963) dispuso:

"1º Revócase en todas sus partes la sentencia objeto de la alzada, proferida en este juicio por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga, con fecha 2 de agosto de 1960.

"2º Declárase relativamente simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 39 de 6 de marzo de 1953, corrida ante la Notaría Segunda del Circuito de Ciénaga.

"3º Declárase que el contrato verdadero celebrado por las partes, Eugenio Acosta Meriño y José Angel Montoya, fue de mutuo con interés.

"4º Como consecuencia de los pronunciamientos anteriores, ordénase la cancelación, en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ciénaga, de la citada escritura.

"5º Declárase que son inexistentes la escritura pública número 365 de 27 de octubre de 1956, otorgada ante la Notaría Segunda del Circuito de Ciénaga, y el contrato de que en ella se habla.

"6º Ordénase la cancelación de la inscripción, en la respectiva Oficina de Instrumentos Públicos y Privados, de la escritura pública a que se refiere el punto anterior.

"7º Condénase a José Angel Montoya a restituir a Eugenio Acosta Meriño las casas y el solar que aparecen singularizados en el libelo de demanda.

"8º Condénase a José Angel Montoya a pagar a Eugenio Acosta Meriño los frutos producidos por las dichas casas, desde el 7 de junio de 1957 hasta cuando haga la restitución de ellas, siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

"9º Cancélese la inscripción de la demanda con que se inició este juicio.

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

Uno de los Magistrados que integraron la Sala de Decisión dejó constancia de su salvamento de voto.

No contento el demandado con la sentencia de segundo grado, recurrió en casación contra ella, por lo cual toca a la Corte decidir sobre este recurso.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

En vía de fundamentar su decisión, en lo referente a la acusación de simulación relativa del contrato contenido en la escritura número treinta y nueve (39) de seis (6) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953), de la Notaría Segunda de Ciénaga, el Tribunal, después de hacer algunas consideraciones jurídicas sobre los fenómenos de la simulación absoluta y relativa, hace alusión a la prueba, y a propósito expone:

"La prueba de la simulación en juicio es cuestión que hoy se encuentra definida, con criterio uniforme y reiterado, en el sentido de otorgar libertad probatoria a los terceros y a los que, en determinadas circunstancias, pueden ser asimilados a éstos, y de imponer restricciones a quienes han intervenido en el acto cuya simula-

ción se demanda, cuando éste ha sido celebrado por escrito. En este caso, se le exige que oponga al acto público que es objeto de su ataque otro que conste también por escrito, u otra prueba de igual valor, como la confesión del demandado o un principio de prueba por escrito...

"Pero considera (el Tribunal) que la apreciación del *a quo* es equivocada, pues el demandado al absolver la posición segunda, según puede verse a folios 121 y ss. del cuaderno de prueba del demandante en la primera instancia, el número 3, sí confesó, de manera clara y categórica, que el contrato de venta con pacto de retroventa de que se habla en la escritura número 39 de 6 de marzo de 1953 no había sido realmente celebrado entre él y el demandante Acosta Meriño, al afirmar que no era cierto que por medio de la referida escritura hubiese comprado las casas a que ella se refiere. Dijo así Montoya al absolver la segunda pregunta del cuadro de posiciones que le solicitó el demandante, con exhibición de la escritura de marras: 'No es cierto que por esa escritura que se me pone de presente, yo le comprara a Eugenio Acosta Meriño la casa de que trata esa escritura'. Frente al tenor literal de esta respuesta, no es necesario hacer ningún esfuerzo para deducir que ella contiene una confesión. El razonamiento que hace el fallador de primer grado para negarle ese carácter y para calificar la respuesta como lógica y natural, resulta inadmisible para la Sala, además de que le causa extraordinaria sorpresa".

Para refutar la tesis que sostiene el Juez de primera instancia, de que el pacto de retroventa, no obstante que el acto celebrado sea jurídicamente perfecto, mantiene la propiedad en el vendedor, y por consiguiente no la adquiere el comprador, hace amplias consideraciones, trae en su apoyo la doctrina de la Corte de que la venta con pacto de retroventa no es otra cosa que una convención sujeta a condición resolutoria, y agrega:

"Obsérvese, por otra parte, que en la escritura número 39 de 6 de marzo de 1953 se señaló el plazo de un año, contado a partir de la fecha del documento, para que el vendedor hiciera uso de la facultad que se reservó de readquirir el bien que vendía; dicho plazo, en consecuencia, venció el 5 de marzo de 1954. Luego, para la fecha en que el demandado absolvió las posiciones (5 de septiembre de 1958), ya había desaparecido la condición resolutoria a que había quedado sujeta la venta". Dice que la venta quedó firme y se tornó pura y simple por el solo hecho del vencimiento del plazo estipulado para la retroventa. "Y para adquirir este carácter, de venta pura y simple, no era menester el otorgamiento de otra escritura pública con posterioridad al vencimiento de la condición, so pretexto de ratificar lo que, por lo menos aparentemente, no era susceptible de ratificación. No podía, por consiguiente, el demandado afirmar, en el año de 1958 —a no ser que tuviera para hacerlo una razón poderosa y oculta—, que no había comprado el demandante el inmueble de que se habla en la escritura número 39 de 1953 por haberse pactado en ésta la retroventa, pues, como se ha visto, este pacto accesorio había desaparecido ya en el año de 1954". Agrega que Montoya tenía evidentemente esa razón oculta, porque sabía que por medio de aquel instrumento no había adquirido la propiedad de las casas a que en él se alude, pues no había habido en realidad un acuerdo de voluntades capaz de hacer nacer ese derecho; y que el mismo hecho de que en el año de 1956 se hubiera otorgado la escritura 365 de 27 de octubre, y las circunstancias en que ésta fue otorgada, "está diciendo a gritos que por la escritura número 39 el vendedor no había tenido la intención de vender ni el comprador la de comprar".

"Desde este punto de vista —continúa el Tribunal —que no por el examinado por el Juez de primera instancia, sí resulta lógica y natural la respuesta dada a la posición segunda, ya que lo afirmado en ella correspondía a la realidad de lo sucedido".

Más adelante, para corroborar su argumentación, se refiere el fallador al hecho de que el vendedor Acosta Meriño continuó comportándose como verdadero dueño de las casas vendidas, percibió los frutos de ellas hasta el año de 1956, era quien celebrara los contratos de arrendamiento, en su propio nombre a lo cual había de agregarse que el mismo Montoya, comprador, fue arrendatario de una pieza del mismo inmueble.

Para la demostración de la existencia del contrato oculto, el mutuo con interés, se basa el Tribunal en los dichos de varios testigos presenciales, tales como el Notario que autorizó la escritura de venta con pacto de retroventa, y de los testigos instrumentales de esa escritura pública, a través de las cuales aparecen todas las condiciones configurativas del contrato de mutuo con interés pactado entre demandante y demandado. A lo anterior agrega:

"La circuntancia de que en la región de donde son vecinas las partes se acostumbra a disfrazar el negocio de mutuo con interés con un contrato de venta con pacto de retroventa, según lo da a entender el dicho del Notario que desempeña

sus funciones en ese circuito y el hecho de que las mismas operaciones hubiesen sido realizadas entre el demandante Acosta y la señora María del Cristo Rojano... reafirman el convencimiento a que ha llegado la Sala, en el sentido de que el contrato convenido en la escritura número 39 de 6 de marzo de 1953 es simulado y que fue el de mutuo con interés el verdaderamente celebrado entre las partes".

En cuanto a la declaratoria de nulidad absoluta que se le solicita, en relación con la escritura 365 de 27 de octubre de 1956, de la Notaría Segunda de Ciénaga, el Tribunal se abstiene de decretarla, pero en cambio declara su "inexistencia". Se refiere a la consideración que hace el Juez de primer grado sobre la aplicación de los artículos 2595 del Código Civil, y 333 de la Ley 57 de 1887 que modificó a aquella disposición; y después de transcribir una doctrina de la Corte en relación con el problema planteado, afirma:

"Tampoco en esta oportunidad comparte la Sala el muy autorizado criterio de la honorable Corte, pues estima que entre los motivos de invalidez de los instrumentos públicos señalados por el artículo 2595 del Código Civil no figura 'la falta de presencia del Notario en el acto de su otorgamiento'. Por esta misma razón, el artículo 333 de la Ley 57 de 1887, que modificó a aquél suprimiendo algunas de las causales de nulidad de tales instrumentos, no pudo referirse a ellas. Y este razonamiento es lógico y se explica por sí solo, ya que es evidente que si tal hecho, o mejor tal omisión, no tenía ese carácter, mal pudo habérselo quitado.

"Del texto del artículo 2595 del Código Civil no aparece que en él se hubiere consagrado la referida causal de nulidad. Se ha requerido ver tal cosa en la expresión 'la falta de denominación legal del Notario ante quien se otorga', pero si se analiza con algún cuidado la frase se llega a la conclusión de que 'la falta' se refiere a la denominación del Notario y no a la persona de éste... Fue la falta del nombre, o de la denominación legal, como dice la norma, del Notario lo que el legislador quiso erigir como causal de nulidad, y fue ésta la formalidad a que se refirió más tarde el artículo 333 de la Ley 57 de 1887, para negarle la consecuencia de invalidar el instrumento en los casos en que el Notario *ante quien se otorgó,* por ser ampliamente conocido, fuese fácilmente identificable. (Subraya la Sala).

"La no presencia del Notario en el momento del otorgamiento de una escritura pública, entraña una cuestión más grave en concepto de la Sala. Por ello el legislador no la incluyó jamás como causal de nulidad de un instrumento público.

"El requisito de la presencia del Notario en el acto de otorgamiento de una escritura pública forma parte de la esencia del instrumento mismo y es de tan señalada importancia que sin él el instrumento no existe. *Son escrituras públicas,* conforme al artículo 2577 del Código Civil, 'los instrumentos que se otorgan ante el Notario y que éste custodia en el respectivo protocolo'. A contrario sensu, no son escrituras públicas los instrumentos que no se otorgan ante Notario. De manera, pues, que no puede decirse que exista una escritura pública cuando el Notario ante quien debió otorgarse no presenció el acto, y si se comprueba su ausencia, el instrumento público es inexistente aunque aparezca firmado por él, aunque sea conocido y a pesar de que en él se haya dicho que estuvo presente. En este caso, el funcionario público en quien la ley, según las voces del artículo 2576 del Código Civil, 'deposita la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él deben pasar y su confianza respecto de los documentos que se ponen bajo su custodia', no solo deja de cumplir con su deber e incurre en grave irregularidad, como dice la Corte, sino que comete el delito de falsedad en documento público y causa perjuicio de grandes proporciones a los contratantes.

"En consecuencia, la falta de presencia del Notario en el acto del otorgamiento de una escritura pública no vicia de nulidad el instrumento, pero sí lo hace inexistente".

Y como en el expediente aparece demostrado que el Notario que autorizó la escritura 365 de 27 de octubre de 1956, de la Notaría Segunda de Ciénaga, no presenció personalmente la firma de tal instrumento, concluye que ese documento público adolece de vicio de inexistencia, y así lo declara, como antes se dijo.

III

LA IMPUGNACION

Invocando las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial, formula el recurrente cuatro capítulos de censura contra la sentencia dictada por el Tribunal del Distrito Judicial de Santa Marta, los cuales se reseñan a continuación:

Primer cargo

Acusa la sentencia "por violación de los artículos 2595 del Código Civil y 333 de la Ley

57 de 1887, por errónea interpretación de los mismos".

A propósito transcribe algunos apartes de la sentencia en donde el Tribunal se refiere a los dispositivos legales que el recurrente juzga transgredidos y dice:

"La interpretación dada por el Tribunal y las consecuencias que de ella saca no las comparto, porque no corresponde al espíritu de las normas interpretadas ni a las finalidades que con ellas se propuso el legislador. Si conforme lo afirma el mismo Tribunal la no presencia del Notario no ha sido erigida en causal de nulidad de los instrumentos públicos, menos puede considerarse que es elemento esencial que afecte su existencia misma.

Por ello creo que la interpretación correcta de las citadas disposiciones es la que ha hecho la Corte Suprema de Justicia, y que, precisamente, el Tribunal manifiesta no compartir".

Transcribe la doctrina de la Corte sobre el particular, y agrega: "Esto es, que mientras el Tribunal interpreta que la presencia del Notario en el otorgamiento de una escritura forma parte de la esencia del instrumento mismo y por ello no la incluyó el legislador entre las causales consagradas en el artículo 2595 del Código Civil, ni, consecuencialmente, el artículo 333 de la Ley 57 de 1887 que modificó a aquél pudo referirse a ella, la Corte Suprema de Justicia considera que no lo es y que por ello no fue incluido como causal de nulidad".

Segundo cargo.

Este motivo de censura lo hace consistir el impugnante en la violación del artículo 2577 del Código Civil, por errónea interpretación.

Y lo fundamenta diciendo que "hay escritura aun cuando el Notario no haya estado presente en el momento de su otorgamiento, si la autoriza con su firma previo el lleno de las demás formalidades legales"; y agrega que "la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el hecho de no presenciar el Notario el otorgamiento de una escritura es apenas 'una grave irregularidad', porque es su deber estar presente. (Cas. 9 de noviembre de 1954). Y que en otra ocasión la Corte fijó el alcance que tienen las formalidades exigidas en los instrumentos públicos diciendo 'lo que se propone el legislador ante todo, es prevenir de toda alteración, mixtificación o falsedad esos actos y asegurar su fiel autenticidad para evitar graves perturbaciones en la vida social' (G. J., T. 54, pág. 150)".

Y finaliza el cargo manifestando que "en el caso en litigio, la falta de autenticidad de la escritura pública número 365 de 27 de octubre de 1956, otorgada ante la Notaría Segunda del Circuito de Ciénaga, no fue siquiera objeto de discusión. Era que no podía serlo porque su autenticidad es incontrovertible, como resulta probado plenamente en los autos".

Tercer cargo.

"La sentencia acusada es igualmente violatoria de los artículos 1740, 1741 y 1746 del Código Civil por infracción directa".

En sustentación de la censura expone que el Tribunal debió "aplicar los artículos señalados en este cargo, porque demandada la nulidad absoluta de la escritura pública número 635 (sic) de 27 de octubre de 1956, de la Notaría Segunda del Circuito de Ciénaga, estaba obligado a resolver dicha pretensión conformándose a las normas sobre las nulidades de los actos jurídicos. De haberlo hecho así habría tenido que disponer en su fallo sobre las restituciones mutuas a que dan lugar las declaraciones de nulidad".

Se refiere al artículo 1740 del Código Civil; habla de que el artículo 1741 *ibídem* "define como nulidades absolutas las producidas por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos"; y dice que en el caso planteado a la decisión del Tribunal "se alegaba por el demandante precisamente la omisión del requisito de la presencia del Notario en el otorgamiento de la escritura" y que, por consiguiente, debió aplicarse el artículo 1740 "declarando la nulidad absoluta y no la inexistencia del instrumento referido, como lo hizo en la sentencia acusada el Tribunal".

Y continúa el recurrente: "De haberse aplicado el artículo 1741, consecuentemente se habría aplicado también el 1746 del Código Civil, el cual dispone que 'la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita'. De haberse aplicado esta disposición en el fallo acusado, éste necesariamente hubiera ordenado al demandante restituir el precio de la cosa comprada con los frutos civiles correspondientes. Pero ello no se hizo así por desconocimiento de la norma expresada, que de todas maneras debía aplicarse aun cuando se declarara la inexisten-

cia de la escritura... y del contrato en ella contenido''.

Cuarto cargo.

''Como consecuencia de la no aplicación de los artículos 1740, 1741 y 1746 del Código Civil —afirma el recurrente— el fallo acusado incurre en la segunda causal de casación invocada, que según el ordinal segundo del artículo 520 consiste en 'no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes' ''.

Transcribe el impugnante la petición cuarta del libelo de demanda, en la cual se pide la declaración de nulidad absoluta de la escritura 365; y afirma que en cambio de tal determinación el Tribunal ''declara en el ordinal 5º de la parte resolutiva 'que son inexistentes la escritura pública número 365 de 27 de octubre de 1956, otorgada ante la Notaría Segunda del Circuito de Ciénaga, y el contrato de que en ella se habla' ''.

Afirma que el sentenciador ha fallado ultra petita, trae el aparte textual en que se fundamenta la decisión, lo mismo que un aparte del salvamento de voto, y continúa:

''Considero que si cuando se solicita la inexistencia de un acto jurídico debe interpretarse que se trata de la nulidad absoluta, no debe jamás interpretarse lo contrario, es decir, que cuando se solicita la declaración de nulidad absoluta se haga la de inexistencia. De no ser así, tendríamos como consecuencia lógica lo que sucede con la sentencia acusada que simplemente se limita a hacer la declaración de inexistencia de la escritura pública mencionada y del contrato que ella contiene y a condenar al demandado a la restitución de las casas con su solar y de los frutos civiles producidos por las mismas, en tanto que si se declarara la nulidad lo habría hecho con todos sus efectos de restituciones mutuas, conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Así, pues, que en la demanda se pidió una cosa y en el fallo se resolvió otra distinta con perjuicio evidente de los derechos legítimos de la parte demandada. Con el fallo así concedido no se hace justicia sino que perpetra en nombre de ésta una gran injusticia...''.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Notario público es la persona que tiene a su cargo la recepción, extensión y autorización de los actos y contratos a que las personas naturales o jurídicas deban o quieran dar autenticidad y constancia públicas, conforme a la ley. (Art. 2547, C. C.). En el Notario deposita la ley la fe pública respecto de los actos y contratos que ante él deban pasar, y su confianza respecto de los documentos que se ponen bajo la custodia del mismo Notario.

De acuerdo con lo anterior le corresponde hacer constar las fechas de los actos y contratos, los nombres de las personas que en ellos intervienen, y la especie y naturaleza y circunstancias o condiciones de los mismos actos y contratos. Además, le corresponde la guarda y vigilancia de todos los instrumentos que pasan o se otorgan ante él, y de aquellas diligencias que por orden del Magistrado o de la ley, se deben insertar y custodiar en el respectivo protocolo. Esto es lo que dispone nuestro Código Civil, en la reglamentación del notariato.

El Notario, en cumplimiento de sus obligaciones debe llenar las que le señalan, entre otras, las disposiciones de los artículos 2586, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593 y 2608 del Código Civil. Por tanto, verificará la identidad de los contratantes; se asegurará de que las declaraciones contenidas en el instrumento dimanan ciertamente de las partes otorgantes; cuidará de que los testigos instrumentales cumplan exactamente con su oficio, presenciando la lectura del instrumento y su firma por los otorgantes; hará las advertencias que en determinados casos le ordena la ley, etc.; y autorizará con su firma el instrumento, una vez que haya sido suscrito por las partes y por los testigos instrumentales, y previo el lleno de los demás requisitos señalados por la ley.

Precisamente porque la ley deposita la fe pública en la persona del Notario, y da el carácter de plena prueba a los instrumentos y documentos autorizados por él, es por lo que quiere y manda que todo acto notarial esté rodeado de toda clase de requisitos y garantías destinados a darles el sello de la más completa autenticidad.

Por eso, como lo ha dicho la Corte: ''Todo lo anterior indica que el Notario, para cumplir cabalmente con los deberes que le corresponden, debe hallarse presente en el momento en que se otorga la escritura. El depositario de la fe pública, al autorizar el instrumento debe hacerlo con conocimiento de causa, y es obvio que para ello el medio más seguro es el de la asistencia personal. Incurre, por consiguiente, en grave irregularidad el Notario que autoriza una escritura sin haber estado presente al tiempo del otorgamiento''. (Cas. de 9 de noviembre de 1954, LXXIX, 55).

Y por eso, también ha señalado la ley que *el instrumento público debe llenar determinadas formalidades sustanciales, como son: ''La ex-*

presión del lugar y fecha del otorgamiento; la denominación legal del Notario ante quien se otorga; los nombres y apellidos, sexo, edad y vecindad de los otorgantes o de sus representantes legales; las firmas enteras de los otorgantes, de los testigos de abono en su caso, y de las otras personas que hayan intervenido en el acto o contrato o de las que firman a ruego de aquellos que no puedan o no sepan hacerlo; y las firmas enteras de los testigos instrumentales y del Notario", como lo dispone el artículo 2595 del Código Civil, y sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 333 de la Ley 57 de 1887, ni de las nulidades que señala la ley respecto de los actos y contratos; y de las causales previstas también en los artículos 2550 y 2562 del referido Código Civil.

Las causales de nulidad en general, y las de los instrumentos públicos en particular, son taxativas, constituyen algo excepcional, y por ello deben ser clara y expresamente señaladas en la ley. A este propósito ha dicho la Corte:

"Las causas de nulidad dentro del instrumento no son cualesquiera informalidades sino únicamente las señaladas taxativamente por la ley, las cuales no es dable extender por vía de analogía; en ninguna parte se dice que sea causa de nulidad de un instrumento la concurrencia de un testigo instrumental o a ruego afectado por alguno de los impedimentos señalados en el artículo 2587 del Código Civil". (Cas. diciembre 16 de 1952).

De modo que el hecho de que el Notario no haya estado presente en el otorgamiento de la escritura, pero sí la haya autorizado con su firma, no hace que tal instrumento sea nulo, por cuanto la presencia del Notario, en casos como el presente no ha sido incluido dentro de las formalidades sustanciales señaladas en el artículo 2595 del Código Civil, cuya omisión acarrea la nulidad del instrumento. Por consiguiente, no puede afirmarse que la escritura número 365 de 27 de octubre de 1956, de la Notaría Segunda de Ciénaga, sea nula, por más que aparezca demostrado en el expediente que el Notario no estuvo presente al tiempo de ser firmada por las partes y por los testigos instrumentales.

"Al respecto se observa —como lo ha repetido reiteradamente la Corte en doctrina constante— que en las escrituras públicas ordinarias, la presencia del Notario no es de las formalidades señaladas en el artículo 2595 cuya falta invalida el instrumento, a diferencia de lo que ocurre con los actos testamentarios otorgados ante Notario, en los cuales la presencia de éste y la lectura en alta voz son formalidades esenciales, de tal manera que si no se cumplen el testamento es nulo por disposición expresa de la ley (Arts. 1072 y 1074 del C. C. y 11 de la Ley 95 de 1890)". (Cas. 9 de noviembre de 1954, T. LXXIX, 57).

Y en otra ocasión había dicho que "no es motivo suficiente para anular una escritura en que se hace constar un contrato de compraventa el hecho de que el comprador no se hallase presente ante el Notario y los testigos instrumentales en el momento en que el vendedor firmó el instrumento de venta. Demostrado que el comprador suscribió después la escritura sin estar presentes el vendedor y los testigos, eso por sí solo no anularía la escritura porque no es formalidad sustancial cuya falta anula aquélla el que las partes deban firmar estando presentes todas ante el Notario y los testigos instrumentales". (Cas. de 9 de noviembre de 1907, citada en la sentencia de 9 de noviembre de 1954, antes mencionada).

Dice el Tribunal sentenciador que "son *escrituras públicas,* conforme al artículo 2577 del Código Civil, 'los instrumentos que se otorgan ante el Notario y que éste custodia en el respectivo protocolo'. A contrario sensu, no son escrituras públicas los instrumentos que no se otorgan ante Notario. De manera, pues, que no puede decirse que existe una escritura pública cuando el Notario ante quien debió otorgarse no presenció el acto, y si se comprueba su ausencia, el instrumento público es inexistente aunque aparezca firmado por él, aunque sea conocido y a pesar de que en él se haya dicho que estuvo presente".

Anda errado el sentenciador al exponer el concepto que se contiene en el párrafo anterior, porque de aceptar ese criterio habría que concluir que, en todos los casos en que faltara alguna de las formalidades señaladas por la ley, el instrumento sería inexistente, en oposición a la nulidad que en determinados casos predica el estatuto legal.

Si la presencia del Notario en el otorgamiento de las escrituras ordinarias, no es de las formalidades prescritas como sustanciales por el artículo 2595 del Código Civil; y si, por consiguiente, su omisión no acarrea vicio de nulidad en el instrumento, mucho menos puede afirmarse, sin incurrir en error de interpretación legal, que se produzca el fenómeno de "inexistencia" del acto jurídico y del instrumento, solo por creer que la dicha presencia notarial es elemento esencial sin el cual el instrumento público no puede existir.

Nadie en este pleito ha negado la autenticidad del instrumento, es decir que él haya sido real-

mente otorgado por quienes aparecen como partes contratantes, y ante los testigos instrumentales que aparecen suscribiéndolo; ni que la firma del Notario que lo autoriza sea de persona distinta a la de quien ejercía las funciones notariales en la fecha y en el lugar de su otorgamiento. Luego en la mencionada escritura sub lite se encuentran reunidos todos los elementos necesarios para darle una verdadera existencia jurídica, razón por la cual no puede pretenderse, como lo hace el sentenciador, que tal instrumento no haya nacido a la vida jurídica; y como, por otra parte, no se ha demostrado ningún vicio que lo invalide, es claro que tiene el valor que la ley le asigna.

En cuanto al hecho de que el sentenciador, en lugar de examinar y decidir sobre la petición de nulidad absoluta que se le hiciera en la demanda, hubiera decidido sobre "inexistencia" del instrumento público y del contrato en él contenido, es evidente que, ante la solicitud concreta de la demanda debió haberse referido a ella, pues no le era dable buscar una vía distinta a la señalada por la parte demandante, cuando ésta era absolutamente clara y precisa, lo que hizo con el pretexto de que los artículos 2595 del Código Civil y 333 de la Ley 57 de 1887, no eran aplicables.

Hablando sobre el fenómeno de la "inexistencia" en frente al de la nulidad absoluta, la Corte, en casación de 15 de septiembre de 1943, T. LVI, pág. 125, dijo lo siguiente:

"...si la doctrina considera en abstracto el fenómeno de la inexistencia, es únicamente desde el punto de vista de la nulidad, como ha tenido ocasión de precisarlo esta Sala de Casación en fallos diferentes. Y es que efectivamente la expresión *contrato inexistente* es en sí misma contradictoria. Y lo es, porque el concepto *contrato* anuncia la existencia de un ente, o una realidad jurídica creada, que puede ser viciosa pero en todo caso existente; es decir, anuncia una determinada relación con el atributo propio de los entes. En cambio el calificativo *inexistente,* es la negación misma del ente; y una cosa no puede ser y no ser, vale decir, no puede ser ente y no serlo al mismo tiempo.

"En rigor, prácticamente hablando, ese problema en si cabe o no pensar en inexistencia, es del todo inoficioso, puesto que, aun optando por la afirmativa, ello es que la ley no ofrece casilla especial para tal fenómeno ni le establece tratamiento singular y precisamente, por lo mismo, los casos de esa índole van a dar a la nulidad absoluta, que sí es fenómeno reconocido y reglamentado por la ley".

Lo anterior basta para determinar que la escritura número 365 de 27 de octubre de 1956, de la Notaría Segunda de Ciénaga, de que trata ese pleito, ni es nula ni inexistente, y que, por tanto, el Tribunal no podía jurídicamente hacer la declaración pedida en el ordinal 4º de la demanda corregida, ni mucho menos hacer la declaratoria de inexistencia que no le fue solicitada. Y como, por otra parte, no se demostró que el contrato contenido en tal escritura adoleciera de algún vicio de nulidad, tampoco procedían en relación con él las declaraciones hechas de acuerdo con los preceptos de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

Prosperan, por consiguiente, los cargos primero y segundo expuestos por el recurrente, y hay lugar, en consecuencia, a casar la sentencia acusada.

Ahora bien, como el contrato contenido en la escritura pública número 39 de 6 de marzo de 1953, de la Notaría Segunda de Ciénaga, y el de que trata la número 365 de 27 de octubre de 1956, de la misma Notaría, no son sino uno solo, por cuanto el segundo no ha tenido otro fin que ratificar el primero y convertirlo en un contrato puro y simple, desprovisto de la condición resolutoria o pacto de retroventa, es cierto que los motivos de simulación en relación con aquél, desaparecieron y quedaron subsanados con la ratificación expresa hecha en el contrato posterior. En virtud de éste, y mediante la contraprestación de aumento del precio de venta y la extinción del pacto de retroventa estipulados, el contrato oculto de mutuo, que el Tribunal encontró en el primitivo pacto desapareció para dar realidad jurídica al convenio ostensible de compraventa.

En tales circunstancias, aun cuando el recurrente no hizo motivo especial de censura las declaraciones segunda y tercera de la sentencia, es claro que los motivos expuestos en contra de la quinta van dirigidos, consecuencialmente, en contra de aquellas; y al prosperar la casación en cuanto a la quinta la decisión alcanza también a las otras declaraciones. Por tanto, la casación habrá de extenderse a la totalidad de lo decidido por el Tribunal, para en su lugar confirmar en todas sus partes, aun cuando por motivos en parte diferentes, la sentencia dictada por el Juzgado Segundo del Circuito de Ciénaga.

RESOLUCION

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, *casa* la sen-

tencia de fecha tres (3) de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el juicio ordinario de Eugenio Acosta Meriño contra José Angel Montoya, y como Tribunal de instancia,

FALLA:

Primero. Confírmase la sentencia de primera instancia dictada en este juicio por el Juzgado Segundo del Circuito Civil de Ciénaga, con fecha dos (2) de agosto de mil novecientos sesenta (1960).

Segundo. Sin costas.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PARTICION

Requisitos para que pueda ser impugnada mediante el recurso de casación la sentencia probatoria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, D. E., noviembre 12 de 1964.

(Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava).

La señora Dolores Amaya de Gámez demandó al señor Campo Elías Amaya Monroy ante el Juez Civil del Circuito de Girardot para que, previo un juicio de división de bienes comunes, se decretara y se llevase a efecto la partición material de un fundo rústico llamado "El Yulo", ubicado en jurisdicción del Municipio de Tocaima.

El demandado se opuso a las pretensiones de la actora y, una vez agotados los trámites de regla, el Juez del conocimiento decretó la partición del inmueble por auto de 31 de mayo de 1960. Apelada esta decisión por el opositor, fue ella confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante proveído de 12 de agosto del año citado.

Efectuada la partición del fundo mencionado, se corrió traslado de ella a las partes por el término de diez días. Este plazo expiró sin que ninguno de los interesados hubiera formulado objeciones contra dicha partición, y por este motivo el Juez de la causa la aprobó por sentencia de cuatro de septiembre de 1963.

El demandado Amaya Monroy apeló del fallo aludido y el mismo Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó por sentencia de 25 de febrero del año en curso. La propia parte demandada interpuso contra esta sentencia el recurso de casación, recurso que le fue concedido y por razón del cual se remitió el negocio a la Corte.

En orden a resolver sobre la admisibilidad del recurso, se considera:

Como queda expresado, ninguna de las partes formuló objeciones contra la partición material del predio nombrado.

Dispone el ordinal segundo del artículo 519 del Código Judicial que pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las sentencias "que aprueban las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas". De los términos de este precepto parecería deducirse a primera vista que toda sentencia aprobatoria de una partición de bienes en los juicios a que la misma norma alude, es susceptible de ser impugnada mediante el recurso de casación; pero ello no es así, y la Corte tiene ya consagrada la doctrina de que en este caso no basta atender a la clase y forma del fallo, sino que es también necesario considerar la actitud de las partes para determinar si dicha sentencia puede ser acusada por la vía de este recurso extraordinario. En efecto, el interesado que deja aprobar una partición de bienes sin objetarla, denota con esa actitud que acepta tal partición, que no quiere disputa alguna sobre ella y aun que renuncia a cualquier modificación de la misma que pudiera beneficiarlo. De aquí que la sentencia aprobatoria de una partición que no ha sido antes objetada, no pueda ser recurrida en casación, porque esa partición ha quedado definitivamente concluida y no sería posible alterarla contra la voluntad de las partes que la aceptaron expresa o tácitamente. Por el contrario, la partición que ha sido objetada, que ha dado lugar a la controversia incidental de objeciones y que es luego aprobada, bien porque las objeciones resultaron infundadas o por haber sido rehecha, es la única que puede ofrecerle a la Corte materia de discusión y motivo para llegar a revisarla mediante el recurso de casación interpuesto contra el fallo que la aprueba en segundo grado. Por esta razón la misma Corte, dando una inteligencia adecuada al citado ordinal del artículo 519,

ha expresado de manera repetida que sólo son acusables mediante el recurso de casación las sentencias aprobatorias de particiones que han sido previamente sometidas a la contención incidental de las objeciones formuladas por cualquiera de las partes o por ambas. Así puede verse en autos de 13 de febrero de 1948 (LXIII, 2057, 674), de mayo 12 de 1950 (LXVII, 2081, 189) y de julio 5 de 1962, dictado este último en el juicio divisorio de Julia Gutiérrez contra María del C. Gutiérrez y otros y aún no publicado.

En el caso presente ninguna de las partes objetó la partición que se llevó a cabo del fundo cuya división material se demandó. Lo cual significa que dichos interesados aceptaron esa partición y que al ser aprobada por tal causa, precluyó en este juicio toda controversia sobre el mismo acto y en consecuencia la Corte no tendría ninguna base ni motivo para poder revisarlo mediante el recurso de casación. En estas circunstancias es obvio que el recurso interpuesto por la parte demandada no puede ser admitido, en atención a que dicha parte aceptó la partición realizada en este negocio.

Por lo expuesto, se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de veinticinco de febrero del año en curso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio sobre división de bienes comunes promovido por la señora Dolores Amaya de Gámez contra el señor Campo Elías Amaya Monroy.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

Su conocimiento es una presunción de derecho. — Constituye denegación de justicia rechazar las pretensiones de la demanda por desconocimiento del ordenamiento legal. — La ley, en ningún caso, se controvierte como hecho de la demanda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, noviembre 13 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

1º En Villavicencio, el 18 de septiembre de 1952, Leopoldo Cifuentes Dueñas y Rosendo Rojas, celebraron contrato de compraventa de inmueble rural, según aparece de la escritura de esa fecha, distinguida con el número 698, pasada ante el Notario respectivo.

Posteriormente, en demanda presentada ante el Juez Civil de ese Circuito, el vendedor Leopoldo Cifuentes Dueñas, llamó a juicio al comprador Rosendo Rojas para que el Juzgado declare, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 201 de 1959, que "hubo fuerza capaz de viciar el consentimiento, en el aprovechamiento que el demandado hizo, del estado de anormalidad por conmoción interior... en virtud de la cual el demandado se hizo transferir... por un precio irriosorio" el inmueble referido; que consecuencialmente se declare rescindido ese contrato y se obligue al demandado a la restitución del inmueble "con sus frutos naturales o civiles que haya producido o podido producir durante el tiempo que el demandado lo tuvo en su poder y hasta el momento de la restitución, la que debe verificarse inmediatamente quede ejecutoriado el fallo que así lo disponga, a cuyo efecto deben tenerse en cuenta no solo los frutos percibidos sino los que por el dueño hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y actividad, frutos cuyo pago debe hacerse mediante su avalúo en este juicio o mediante la articulación prevista por el artículo 553 del Código Judicial"; que se tenga al poseedor como de mala fe y se le obligue a restituir el inmueble libre de todo gravamen real que haya podido constituir sobre él durante el tiempo que lo tuvo como dueño y que se lo condene a pagar las costas de este juicio.

Puntualizan los hechos que en el año de 1952 se hallaba el país en estado de sitio. Que en los Llanos Orientales reinaba la más cruda violencia y, por eso, muchas de sus gentes debieron abandonar sus propiedades como lo hizo el demandante, campesino de Cumaral, donde el inmueble está situado y lugar donde la violencia fue más fuerte. Que para escapar de esa situación Cifuentes Dueñas se trasladó a Bogotá con su familia, y que aquí recibió la propuesta de Rojas de negociar la finca a que la escritura se refiere, lo que se hizo por la cantidad de dos mil cuatrocientos pesos, cuando su valor era de más de ochenta mil pesos.

Negados los hechos por el demandado y tramitada la primera instancia, el Juzgado impartió sentencia en la que denegó las peticiones de la demanda y absolvió al demandado, con fundamento principal en que no se probó la existencia del Decreto 3518 de 1949 que declaró turbado el orden público en toda la Nación y en estado de sitio el territorio nacional. Sostuvo el Juez que a pesar de la obligación del juzgador de conocer la ley, esa obligación no comprende la de conocer tal clase de decretos, la que debe probarse mediante la presentación del Diario Oficial debidamente certificado, en el que aparezca publicada esa providencia.

2º A virtud de apelación del demandante, el Tribunal revocó la sentencia del juzgador de primer grado. Para ello tuvo en cuenta los antecedentes de la Ley 201 de 1959, que transcribe; la situación de violencia en los Llanos Orientales y, principalmente, en la región de Cumaral, cuestión esta última acreditada por medio de testigos; la inspección ocular en que los peritos estimaron la cabida aproximada de la finca en

96 hectáreas y fijaron su precio en $ 70.800 y, concluye:

"Por tanto, si la venta de la finca aparece que se hizo por la cantidad de dos mil cuatrocientos pesos y su valor comercial en el año de 1962, era según el dictamen pericial de setenta mil ochocientos, entonces aparece motivo más que suficiente para concluir que el contrato de venta celebrado entre el demandante Leopoldo Cifuentes Dueñas y el demandado Rosendo Rojas, fue en condiciones tan desfavorables en su valor que hacen presumir que en circunstancias de libertad jurídica o contractual no se hubiera celebrado la venta. Estos son precisamente los términos que contempla la Ley 102 (sic), para que la rescisión demandada debe declararse".

3º *La demanda de casación.*

El demandado recurrente ataca la sentencia por "ser violatoria del artículo 1º de la Ley 201 de 1959 por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea" y por "haber incurrido el honorable Tribunal en error de derecho en la apreciación de las pruebas, motivado en parte por errada interpretación del artículo 1º de la Ley 201 de 1959, y en parte por infracción del artículo 593 del Código Judicial, 661 del mismo Código y 1757 del Código Civil".

Estos dos cargos, íntimamente conexionados, tienen como fundamento principal el que no se demostró la existencia del Decreto número 3518 de 9 de noviembre de 1949 y, por no haberlo hecho, el Tribunal no podía aplicarlo.

En cuanto al primer cargo, el recurrente dice:

"Es evidente que la Ley 201 de 1959 se dictó para la solución de casos como el que se plantea en este litigio. Pero la ley tiene sus presupuestos esenciales a saber: a) 'La turbación del orden público que haya dado lugar a la declaración del estado de sitio por conmoción interior'; b) El 'aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato', y c) Ser tal ese aprovechamiento económico que haga presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado el acto o contrato.

"Demostrado el primero, el segundo de estos postulados se presume de hecho, y hay también que acreditar el tercero.

"El actor está obligado a demostrar que cuando celebró el acto o contrato cuya rescisión solicita había declaratoria de estado de sitio por conmoción interior sobre el lugar en donde se celebró el contrato. ¿Cómo lo demuestra? Con la simple presentación del decreto de turbación del orden público publicado en el Diario Oficial debidamente autenticado. No basta la simple afirmación de que había declaratoria de estado de sitio, porque ésta puede ser por guerra exterior, o puede ser parcial y no comprender el lugar donde se celebró el contrato, o haberse levantado ya. Esa prueba es muy sencilla, pero es indispensable, esencial para que la acción pueda prosperar. No basta afirmar, como lo dice el honorable Tribunal, que ello es de dominio público. En los negocios civiles, en el campo de las relaciones contractuales, el 'dominio público', como la posesión notoria de estado civil, hay que demostrarlos".

Es este el argumento principal con que se respalda el primer ataque. Las demás afirmaciones son variaciones alrededor de lo mismo.

Para demostrar el segundo cargo, denominado de error en la apreciación de la prueba, insiste el recurrente en que como el demandante no probó la existencia del decreto, el Tribunal, al revocar la sentencia de primer grado, incurrió en error al suplirla y afirmar que el estado de sitio fue un hecho notorio.

"Por otra parte —continúa la demanda—, el artículo 593 del Código Judicial dispone que 'toda decisión judicial, *en materia civil,* se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, *si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados de manera plena y completa según la ley,* por alguno de los medios probatorios especificados en el presente título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas'.

"...El hecho fundamental de la demanda que da base a la acción (y que corresponde al presupuesto esencial de la ley) fue enunciado en el libelo así: '1º En el año de 1952 se hallaba el país en estado de sitio, y en los Llanos Orientales reinaba la más cruda violencia política'. Pues bien: ese hecho que constituía la piedra angular de la acción, *no fue demostrado.* Y tampoco se puede presumir o suplir. Y como el honorable Tribunal en el fallo que acuso lo dio por demostrado o suplido mediante la tesis del 'conocimiento público', incurrió en error de derecho e infringió así el precepto legal contenido en el artículo 593 del Código Judicial, que establece que toda decisión en materia civil debe fundarse en hechos demostrados de manera plena y completa según la ley".

Se refiere el cargo solo a la prueba de la existencia del decreto. No hace alusión ninguna a las pruebas aducidas al juicio para demostrar el valor real del inmueble negociado, ni a ninguna otra.

4º *La Corte considera.*

a) El conocimiento de la ley es una presunción de derecho. Nadie puede alegar su ignorancia para excusarse de cumplirla. Lo contrario sería socavar los fundamentos mismos del orden social. Para los efectos de la presunción lo mismo significa conocer la ley realmente que deberla conocer. Y si esto se predica con sentido absoluto, aún mayor, si cabe, es la exigencia para quien debe aplicarla, pues que, de fundarse en el desconocimiento de ella, con el vano pretexto de que no se ha probado su existencia en el proceso en que debe aplicársela, se llegaría a la más flagrante denegación de justicia. Los derechos de los asociados quedarían sujetos a un pretexto sin excusa, y la seguridad y confianza en los jueces desaparecería por completo.

El Decreto legislativo número 3518 de 9 de noviembre de 1949, declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional. El Decreto legislativo número 0001 de 12 de enero de 1959, levantó ese estado de sitio. No necesitaban esos Decretos fundarse en hechos públicos y notorios para que el juzgador los conociera. Les era suficiente su carácter de ley, para su aplicación por los jueces y su obedecimiento por todos los nacionales y extranjeros residentes en el territorio de la República. No es posible suponer un fallo que fundándose en el desconocimiento del ordenamiento legal, rechace las pretensiones de quien en su favor lo invoca. Ni es de recibo censurar la sentencia del Tribunal, que al reconocer la existencia de la ley la aplica en la respectiva controversia.

Las normas de la Ley 201 de 1959 se dictaron para sancionar, en los supuestos allí previstos, los actos o contratos que no se hubiesen celebrado en estado de libertad jurídica. El contrato que en el litigio se impugna con base en la citada ley, se celebró en estado de sitio y se han demostrado las condiciones de irritante inferioridad contractual del vendedor Leopoldo Cifuentes Dueñas. Es inútil el planteamiento, con categoría de cargo en casación, de no haberse demostrado la existencia del decreto que declaró el estado de sitio.

b) El segundo cargo padece de la misma inanidad del anterior. Los hechos conducentes de la demanda y de la defensa a que se refiere el artículo 593 del Código Judicial, son los que motivan el pleito y no la ley, como lo pretende el recurrente en una confusión extraña e inexplicable. Se controvierte la ley en el litigio, desde otro punto de vista, pero en ningún caso como hecho de la demanda. Sería confundir el ordenamiento legal con la causa de hecho que motiva su aplicación.

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 Villavicencio, de doce (12) de septiembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el juicio ordinario de Leopoldo Cifuentes Dueñas contra Rosendo Rojas, sobre rescisión de un contrato de compraventa.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FIRMEZA CONTRACTUAL

Puede fenecer sin mutuo disentimiento, pero por causas legales dependientes de la voluntad de una de las partes, o de un hecho como la muerte en los que se forman intuitu personae. El encargo fiduciario y su cumplimiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, noviembre 23 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

En la demanda inicial dirigida por María Emilia Restrepo Barrientos, en su propio nombre y en representación legal de sus menores hijos Ramiro y Henry Ramírez Restrepo, contra Ascensión Hurtado de Ramírez como representante de la herencia de Gilberto Ramírez Hurtado, se hacen veintidós afirmaciones por causa para pedir, cuyo resumen es a saber:

Que desde el año de 1942 Gilberto Ramírez Hurtado y María Emilia Restrepo Barrientos vivieron bajo el mismo techo y procrearon dos hijos, Ramiro y Henry, que el padre reconoció por escritura pública número 378 de 19 de febrero de 1948, Notaría 3ª de Cali;

Que ambos padres trabajaron en forma solidaria dedicados a actividades comerciales hasta el 2 de septiembre de 1953, en que Ramírez Hurtado falleció en forma trágica;

Que la primera adquisición de Ramírez Hurtado fue una tienda de granos, comestibles y bebidas administrada indistintamente por el uno o la otra;

Que "el segundo bien adquirido por Gilberto Ramírez fue un lote de terreno comprado a Piedrahita Hermanos por escritura número 2367 de 9 de octubre de 1946, Notaría 3ª de Cali, sobre el cual se edificó la casa situada en el cruce de la carrera 21-A con calle 14-D, según se acredita con copia de escritura 2001 de 24 de julio de 1951"; predio éste "transferido a María Emilia Restrepo Barrientos por escritura número 2059 de 27 de julio de 1951, Notaría 3ª de Cali", con la obligación de cancelar el crédito hipotecario que lo gravaba;

Que "el tercer bien adquirido fue un lote de terreno, que con cargo de edificar una casa y limitándolo como patrimonio familiar, transfirió el Departamento del Valle a María Emilia Restrepo según escritura número 1030 de 14 de abril de 1950, Notaría 3ª de Cali y cuya edificación se levantó por la adquirente, según consta de las declaraciones protocolizadas por escritura 2414 de 13 de diciembre, otorgada en la misma Notaría, con subordinación a lo establecido en el mismo instrumento, en la Ordenanza 20 de 1947, en el Decreto departamental del Valle número 418 de 1949, en la escritura 1942 de 30 de julio de 1948, Notaría 2ª de Cali, en la Ley 91 de 1936 y en el Decreto legislativo 380 de 1942, sobre patrimonios de familia";

Que "al fallecer Gilberto Ramírez Hurtado, los bienes, tanto la tienda, como los que habían pasado a María Emilia, su mujer, fueron ocupados por los familiares de aquél, o sean sus padres y hermanos";

Que "encontrándose María Emilia Restrepo enferma, se le presionó para que se desprendiera del patrimonio total, en cuya formación había trabajado durante más de diez años consecutivos, y al efecto se le hizo otorgar la escritura número 3105 de 22 de septiembre de 1953, otorgada en la Notaría 1ª de Cali, a favor de la señora Ascensión Hurtado de Ramírez, madre de Gilberto"; por lo que esa "escritura carece de causa, de objetividad y de precio", lo mismo que "de consentimiento en cuanto se refiere a los menores";

Que los bienes referidos en la escritura no pertenecen a la herencia de Ramírez Hurtado; no pueden ser objeto de inventarios en ella ni de partición; y Ascensión Hurtado de Ramírez "no es la represetnante legítima de los menores

Ramiro y Henry Ramírez, para aceptar por ellos, o para determinar normas conforme a las cuales deban heredar en bienes no dejados por el padre, a su muerte";

Que "la escritura número 3105 de 22 de septiembre de 1953 de la Notaría 1ª de Cali, es nula, de nulidad absoluta y debe ser cancelada, lo mismo que sus registros y matrícula";

Que las edificaciones levantadas en el terreno adquirido del Departamento del Valle por María Emilia Restrepo conforme a las escrituras 1030 de 14 de abril de 1950 y 3414 de 13 de diciembre de 1951, ambas de la Notaría 3ª de Cali, "acceden al terreno y pertenecen a María Emilia Restrepo, y hacen parte de un patrimonio familiar inembargable e inalienable, entre María Emilia Restrepo Barrientos y sus hijos menores Ramiro y Henry Ramírez Restrepo, de conformidad con la intención, el consentimiento y el espíritu de la escritura 1030 de 14 de abril de 1950 citada", y

Que también la casa situada en el cruce de la carrera 21-A con la calle 14-D de la ciudad de Cali le pertenece a María Emilia Restrepo Barrientos por haberla adquirido de Gilberto Ramírez Hurtado por la escritura 2059 de 27 de julio de 1951, Notaría 3ª de Cali, pues su vigencia debe restablecerse.

De donde la actora desprendió numerosas súplicas, principales y subsidiarias, que conviene compendiar para mejor inteligencia:

Primera y principalmente la que llamó de nulidad absoluta de la escritura 3105 de 22 de septiembre de 1953, Notaría 1ª de Cali, en que María Emilia Restrepo con la comparecencia de Ascensión Hurtado de Ramírez declaró que "fueron de mera confianza" las "negociaciones que constan en las escrituras números 3114 de 13 de diciembre de 1951 y 2059 de 27 de julio del mismo año, ambas de la Notaría 3ª de Cali", entre la misma María Emilia y Gilberto Ramírez Hurtado. Por lo que debe restablecerse la vigencia de estas dos escrituras y sus proyecciones patrimoniales en favor de la actora y a cargo de la sucesión de Ramírez Hurtado, según las peticiones hechas por vía de consecuencia.

Como primera subsidiaria se formula la de que el acto de María Emilia Restrepo efectuado por la misma escritura 3105 de 22 de septiembre de 1953, Notaría 1ª de Cali "entraña donación a favor de la sucesión del señor Gilberto Ramírez Hurtado, y como tal carece de valor por falta de solemnidades y formalidades legales, y por afectar el patrimonio, inclusive familiar, de los menores Ramiro y Henry Ramírez Hurtado y por cuanto encierra una doble voluntad testamentaria, no expresada por el causante, e ilegalmente expresada, por la presunta donante...".

Como segunda subsidiaria se presenta la súplica rescisoria del contrato otorgado por la dicha escritura 3105 "por haberse hecho estipulaciones a favor y en nombre de los menores Ramiro y Henry Ramírez Restrepo, siendo los menores terceros incapaces y no estando autorizada la señora Ascensión Hurtado para aceptar por ellos y cometiendo María Emilia Restrepo madre de los menores el error de hecho de creer que aquella podía representarlos...".

Y como tercera petición subsidiaria la de que se resuelva el contrato contenido en la propia escritura 3105, "por falta de causalidad, y por falta de estipulación y pago del precio (1930 C. C.); lo que constituye para los presuntos herederos beneficiarios, un enriquecimiento sin causa...".

Trabado el litigio, le puso fin en primera instancia el Juez 4º Civil del Circuito de Cali en sentencia absolutoria de fecha 26 de octubre de 1959, confirmada por el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial en 4 de febrero de 1964. Y es la oportunidad de resolver el recurso de casación propuesto esta vez también por la demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal interpreta el libelo en el sentido de que al pedir la nulidad de la escritura lo que pretende es la nulidad de las estipulaciones contenidas en la número 3105 de 22 de septiembre de 1953, Notaría 1ª de Cali, "por carecer de causa, de objetividad y de precio". Alude a las causales de nulidad según las normas civiles, encuentra no probado ninguno de los motivos que afectan el consentimiento; estima que no hubo objeto ilícito "pues si bien es cierto que se ha alegado que uno de los inmuebles a que se refiere la demanda está gravado con patrimonio de familia, éste había sido legalmente cancelado con anterioridad al acto o contrato sobre el que se pretende la declaración de nulidad, por su beneficiario, señor Gilberto Ramírez H., como consta en la escritura pública número 3414 de 13 de diciembre de 1951, de la Notaría 1ª del Circuito de Cali, que obra en el expediente, y por consiguiente el bien a que se ha hecho referencia no estaba fuera del comercio". Se refiere a la causa, y después comenta:

"Aplicando las nociones que se han expuesto sobre la causa, el caso de autos, se tiene que la confesión hecha expresamente por la señora María Emilia Restrepo en la cláusula u ordinal

'séptimo' de la escritura número 3105 de 22 de septiembre de 1953, de la Notaría 1ª del Circuito de Cali, de 'que tanto la construcción realizada sobre el lote de terreno identificado en el punto primero de este instrumento como la propiedad de que habla en el punto tercero de la presente escritura, pertenecen a la sucesión del señor Gilberto Ramírez H., pues las negociaciones que constan en las escrituras números 3414 de 13 de diciembre de 1951 y 2059 de 27 de julio del mismo año, ambas de la Notaría 3ª de Cali, que se han citado, fueron de mera confianza, entre la compareciente María Emilia Restrepo y el de (sic) Gilberto Ramírez H. como lo declara la otorgante de su espontánea voluntad', creó a su cargo la obligación civil de regresar al patrimonio de la sucesión del señor Gilberto Ramírez H. dichos bienes que según su propia confesión no le pertenecían, haciendo la resiliación contenida en la cláusula u ordinal *'octavo'* de la escritura primeramente mencionada; acto este lícito y cuyo móvil determinante aparece de bulto y constituye causa eficiente y real del acto de resiliación contenido en la escritura pública número 3105 varias veces citada, por lo cual tampoco es operante la falta de causa alegada; ni la falta de precio, porque no es de la esencia del acto de resiliación.

"Ahora bien —continúa el Tribunal— todas las declaraciones contenidas en el instrumento público número 3105 del 22 de septiembre de 1953, de la Notaría 1ª del Circuito de Cali, que contiene el acto de resiliación, de que se ha hablado, aceptado expresamente por la señora Ascensión Hurtado de Ramírez en su calidad de heredera y continuadora de la persona del causante, se presumen verdaderas en relación con las partes, mientras no se demuestre lo contrario, según lo estatuye el artículo 1759 del Código Civil, y esa presunción no aparece desvirtuada en forma alguna con las pruebas que obran en autos".

Cuanto a la donación que la súplica primera subsidiaria contempla, el sentenciador no la admite, porque la herencia al carecer de personalidad jurídica "no es sujeto de derechos y obligaciones y por consiguiente no puede aceptar una donación"; y porque "no existe donación sin la voluntad de donar, *animus donandi,* y sin la aceptación del donatario".

"Ya se vio al estudiar la acción principal —dice la sentencia— que el móvil determinante del acto de resiliación contenido en la escritura número 3105 del 22 de septiembre de 1953, de la Notaría 1ª del Circuito de Cali, fue la obligación civil de regresar al patrimonio de la sucesión del señor Gilberto Ramírez H. los bienes a que se refiere dicho acto, que según la confesión expresa de la señora María Emilia Restrepo, no le pertenecían; por consiguiente no puede decirse que hubiera existido *animus donandi,* ya que el móvil determinante no fue el espíritu de liberalidad".

Y el sentenciador remata así: "No prospera tampoco la segunda petición subsidiaria de rescisión, ya que no es necesaria la aceptación de la resiliación contenida en la tantas veces mencionada escritura número 3105, por los menores, pues, para la validez del acto basta la aceptación de uno de los herederos, y porque además el acto no adolece de vicios de los que producen nulidad relativa y que dan derecho a la rescisión del acto o contrato.

"Tampoco puede prosperar la tercera petición subsidiaria, de resolución del contrato de transferencia de bienes raíces, efectuado por medio de la escritura pública número 3105 de 22 de septiembre de 1953, de la Notaría 1ª de Cali, porque la resolución del contrato es el efecto de una condición resolutoria cumplida, especialmente de la llamada condición resolutoria tácita, a que se refiere el artículo 1546 del Código Civil, y en el caso de autos no se ha cumplido ninguna condición resolutoria".

LA ACUSACION

Con base en la causal 1ª el recurrente elabora dos tachas:

Primera. La sentencia "contiene falsa apreciación de las pruebas por error de derecho y de hecho que llevan a la violación directa y aplicación indebida de la ley" —dice el libelo—.

Se refiere a los pasos transcritos del fallo, tocantes con el acto de resiliación contenido en la escritura 3105, y dice:

"Así el Tribunal da a la escritura 3105 de 22 de septiembre de 1953 de la Notaría 1ª del Circuito de Cali una fuerza probatoria que no le asigna la ley; y niega a las escrituras 3414 de 13 de diciembre de 1951 y 2059 de 27 de julio del mismo año, ambas de la Notaría 3ª de Cali, la fuerza probatoria que tienen en virtud de la ley, ya que el artículo 1602 del Código Civil claramente define que *'todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'.*

"Quiere decir que las escrituras 3414 y 2059 citadas se encuentran vigentes, en pleno vigor, pues no se han invalidado por mutuo consentimiento ni por causas legales. Otra cosa es que la

escritura 3105 pueda emplearse como prueba en un juicio de nulidad contra las escrituras para las cuales la parte actora reclama pleno vigor.

"Así el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de las pruebas, pues dio a la escritura 3105 una fuerza probatoria que no le asigna la ley y negó a las escrituras 3414 y 2059 la fuerza probatoria que sí les atribuye.

"También el Tribunal incurrió en error de hecho, pues fundó su sentencia en mala apreciación de las escrituras mencionadas y en falta de debida apreciación de los mismos títulos.

"Si dos o más personas celebran un contrato, una de ellas aisladamente no puede revocarlo, anularlo o invalidarlo, porque el artículo 1602 del Código Civil tiene claramente establecido que no puede invalidarse sino por mutuo consentimiento o por causas legales".

Segunda. El fallo "contiene falta de apreciación de las pruebas, que genera error evidente de hecho por error de derecho que llevan a violación directa y aplicación indebida de la ley".

Repite el concepto de que no obstante hallarse legalmente aducidas las escrituras 3414 y 2059, el Tribunal dejó de apreciarlas "seguramente por conceptuar que no tenían ningún mérito probatorio, o que carecían de mérito probatorio que les asigna la ley en los artículos 1758 y ss. del Código Civil y 630 ss. cc. del Código Judicial". Y agrega:

"Al omitir el Tribunal la estimación de dichas pruebas por causa de su error jurídico derivó hacia una infracción de la ley sustantiva, debido a un concepto notoriamente equivocado, ya que si el juzgador hubiera tenido en cuenta dichos elementos probatorios desechados, su conclusión habría sido diferente".

Insiste una vez más el recurrente en sus puntos de vista, y señala como normas infringidas los artículos 16 y 26 de la Constitución, 1º, 25, 669, 1494, 1502, 1602, 1618, 1758 y 1849 del Código Civil, y 593 y 630 del Código Judicial.

CONSIDERACIONES

1. Aunque para proceder a estudio de fondo no se miren algunas deficiencias técnicas del libelo de casación, es imposible confundir el tratamiento jurídico sustancial de la cuestión litigiosa con el error en materia probatoria respecto de las escrituras públicas en cita, cuando es notorio que el sentenciador no ha desconocido objetivamente esos medios, ni tampoco les ha negado su mérito legal.

Es sólo que como la actora María Emilia Restrepo Barrientos confesó en la escritura 3105 de 22 de septiembre de 1953, Notaría 1ª de Cali, que fueron de mera confianza entre ella misma y el difunto Gilberto Ramírez Hurtado las otorgadas bajo los números 2059 y 3414 de 27 de julio y de 13 de diciembre, ambas de 1951 y de la Notaría 3ª de aquella ciudad, se encuentra en tal reconocimiento solemne la causa real y el motivo lícito para que regrese a la herencia de Ramírez la titularidad sobre los respectivos inmuebles. Sin que para la devolución del depósito de confianza hubiera de requerirse el concurso de voluntades distintas del querer de la persona que recibió y cumple bien el encargo fiduciario.

Es así también como Ascensión Hurtado de Ramírez, madre y heredera de Gilberto, pudo actuar en derecho para recibir esa confesión escritural, plenamente valedera y cuya eficacia declarativa en contra de María Emilia Restrepo Barrientos le suprime la simulada titularidad que mostraban las otras dos escrituras, 2059 y 3414 de 1951.

2. Se encastilla el recurrente en que *el contrato es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Así reza el precepto del artículo 1602 del Código Civil.*

Pero es de ver que si conforme a los principios la terminación del contrato se produce por el mutuo disentimiento, no siempre sucede así; y que por causas legales es suficiente a veces para fenecer los pactos la voluntad de una de las partes, o un hecho sobreviniente, como la muerte en los que se forman intiutu personae.

3. *En el evento de encargo fiduciario es indiscutible que basta la voluntad de quien recibió el depósito de confianza para que dentro de los requisitos legales cumpla religiosamente la obligación que contrajo. Y claro que el pago en sí mismo no exige para su validez intervención ninguna de la autoridad jurisdiccional.*

4. *Si por ministerio del artículo 1766 del Código Civil, las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, ligan a las partes aunque no producen efecto contra terceros, viene a ser de claridad palmar que el acta notarial en que una de las partes reconoce y devuelve el depósito de confianza recibido por anteriores escrituras, la liga de plano y pone fin a su aparente titularidad, sin perjuicio de terceros de buena fe. En lo que se encuentra una causa legal para terminar entre las partes los efectos de las contrataciones fiduciarias.*

5. Dentro de las pruebas literales aportadas al debate, no otra cosa vio el sentenciador, precisamente al otorgar a todas las escrituras el mérito pleno que les concede la ley. Encontró probado el encargo fiduciario, y con ello el motivo determinante de su ejecución por medio de la escritura 3105 de 22 de septiembre de 1953, Notaría 1ª de Cali.

Lo que dejó sin base las súplicas en la instancia, y sin prosperidad la censura en el recurso extraordinario.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 4 de febrero de 1964 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el presente litigio de María Emilia Restrepo Barrientos contra la sucesión de Gilberto Ramírez Hurtado.

No aparecen costas causadas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

FILIACION NATURAL, REFORMA DE TESTAMENTO, PETICION DE HERENCIA Y RESTITUCION

Excepción de cosa juzgada. — Prescripción de la acción de reforma del testamento. — De dónde dimana la calidad de legitimario. —Condiciones para que el estado civil produzca consecuencias jurídicas. — Alcance de la filiación natural de hecho. — Preterición de legitimario en el testamento. — Límite de la autonomía del sentenciador en la apreciación de testimonios contrapuestos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, D. E., diciembre 4 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava).

La Corte procede a despachar el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de nueve de agosto de 1962, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este juicio sobre filiación natural propuesto por la señora María Delia Mesa de Velandia contra los herederos del difunto Ramón Mesa Villa.

ANTECEDENTES

A) El 29 de febrero de 1928 nació en la población de Amalfi una niña, a quien se dio el nombre de María Delia, hija de María Celsa Toro y de padre desconocido.

B) El primero de abril de 1954 María Delia Toro, llamándose también María Delia Mesa Toro, demandó al señor Ramón Mesa Villa ante el Juez del Circuito de Amalfi para que, en la sentencia respectiva, se declarara que el demandado Mesa Villa era el padre natural de la demandante, con todas las consecuencias inherentes a ese estado civil. La demanda fue admitida y se le notificó personalmente al demandado el 24 de abril del mismo año.

La primera instancia del juicio aludido concluyó con sentencia de 22 de octubre de 1954, en la cual se denegó la declaración de paternidad natural deprecada en la demanda. Este fallo fue confirmado por el de 22 de octubre de 1955, proferido por el Tribunal Superior de Medellín en virtud de la apelación interpuesta por la demandante.

Recurrida en casación la sentencia de segundo grado, la Corte Suprema, en fallo de 22 de febrero de 1957, casó la decisión del Tribunal, revocó la de primera instancia y declaró en su lugar "que la señorita María Delia Toro o Mesa Toro es hija natural del señor Ramón Mesa Villa, con las consecuencias que la ley le otorga a esta declaración".

El cuatro de marzo de 1955 el demandado Ramón Mesa Villa otorgó testamento abierto y repartió sus bienes así: una cuarta parte para su hermana Ana Enedina de Hoyos y para el marido de ésta, señor Horacio Hoyos Gómez; otra cuarta parte para los Pobres de Solemnidad de Amalfi; otra cuarta parte para el Asilo de Ancianos de la misma población de Amalfi, y la última cuarta parte para la Iglesia y el Hospital de la población citada.

El nombrado Ramón Mesa Villa murió en Amalfi el 8 de junio de 1955, y es de advertir de una vez que, no obstante hallarse entonces en curso el juicio sobre filiación natural promovido contra él por la señorita María Delia Mesa, no fueron citados a esa litis los herederos del extinto Mesa Villa, de modo que los sobredichos fallos del Tribunal y de la Corte se pronunciaron sin la presencia de dichos herederos testamentarios.

C) En 1957 la misma María Delia Mesa Toro instauró ante el propio Juez del Circuito de

Amalfi un nuevo juicio ordinario contra los herederos del mentado Ramón Mesa Villa para que, entre otras, se hiciesen estas declaraciones:

"*Primera.* Que se declare a la señora Delia Mesa de Velandia o María Delia Mesa Toro como heredera universal de Ramón Mesa Villa en su calidad de hija natural de éste, reconocida así por sentencia ejecutoriada de la honorable Corte Suprema de Justicia, de fecha 22 de febrero del corriente año.

"*Segunda.* Que se decrete la reforma del testamento otorgado por Ramón Mesa Villa, según escritura número 47, otorgada en la Notaría de Amalfi el 4 de marzo de 1955, en el sentido de que sus disposiciones no tienen efecto en contra de mi acudida, en su condición de hija natural de aquél y como heredera universal del mismo.

"*Tercera.* Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se decrete la nulidad de la partición verificada en la sucesión del señor Ramón Mesa Villa, por cuanto se llevó a cabo con violación de los derechos que corresponden a Delia Mesa de Velandia, o María Delia Mesa o Toro Mesa, en su condición de heredera universal y como hija natural del causante, y que, por lo mismo, se ordene llevar a cabo una nueva partición, conforme a la reforma del anterior testamento.

"*Quinta.* Que se ordene la restitución de los bienes de la sucesión del señor Ramón Mesa Villa a favor de la heredera universal y única, señora Delia Mesa de Velandia, o María Delia Mesa o Toro Mesa, con todos los frutos civiles y naturales que hubieren producido y que produzcan hasta la fecha de la entrega".

El primer grado de este otro juicio terminó con el fallo de 31 de octubre de 1958, en el cual se hicieron todas las declaraciones solicitadas en la demanda. Apelada esta decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la revocó por sentencia de 28 de julio de 1959 y en su lugar denegó las súplicas del libelo y absolvió a los demandados.

El fundamento primordial de este fallo consistió en que la sentencia de 22 de febrero de 1957, dictada por la Corte en el primer juicio, no era oponible a los herederos demandados por no haber sido llamados a la litis en que esa sentencia se profirió. Conviene anotar que en el citado fallo del Tribunal se expresó que las acciones ejercitadas en dicho segundo juicio eran las de petición de herencia y de reforma del testamento otorgado por Ramón Mesa Villa.

EL LITIGIO PRESENTE

El 27 de noviembre de 1959 María Delia Mesa de Velandia, obrando por medio de apoderado, demandó ante el Juez del Circuito de Amalfi a los señores Ana Enedina Mesa de Hoyos y Horacio Hoyos Gómez, a los Pobres de Solemnidad de Amalfi, al Asilo de Ancianos, al Hospital y a la Iglesia de la misma población de Amalfi, representadas estas entidades por las personas que en la demanda se indican, para que, con su audiencia, se hicieran estas declaraciones:

"A) Que la señora Delia Mesa de Velandia es hija natural del señor Ramón Mesa Villa.

"B) Que como consecuencia de la anterior declaración, la señora Mesa de Velandia está llamada por ley a suceder a dicho señor Mesa Villa, en su calidad de hija natural.

"C) Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se decrete la reforma del testamento otorgado por el señor Ramón Mesa Villa por medio de la escritura pública número 47 (cuarenta y siete), de fecha cuatro (4) de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), otorgada en la Notaría de Amalfi, reforma que se extiende al reconocimiento de la legítima efectiva que a la demandante le corresponde en tal carácter, limitando las asignaciones testamentarias a cuanto representa la cuarta de libre disposición.

"D) Que como consecuencia asimismo de las peticiones anteriores, se declare sin valor la partición verificada en el juicio sucesoral testamentario del señor Ramón Mesa Villa y se ordene verificar nueva partición de bienes a efecto de que le sea adjudicado a la demandante cuanto legalmente le corresponde.

"E) Que se decrete la cancelación de todos los registros de la sentencia aprobatoria de la partición en el citado juicio sucesorio y del registro en las hijuelas.

"F) Que se ordene la restitución de todos los bienes adjudicados a los distintos demandados, como herederos testamentarios del señor Ramón Mesa Villa, restitución que se hará para la sucesión de este último, la cual volverá a tener la calidad de ilíquida, y

"G) Que esa restitución se verifique con todos los aumentos de dichos bienes y sus frutos civiles y naturales, no solamente los producidos, sino todos los que hubieren podido producir con mediana inteligencia y actividad, considerados los demandados como poseedores de mala fe".

Fuera de los hechos anotados como antecedentes, la demanda relata otros, de los cuales

importa recordar los siguientes: que, fallecido el señor Ramón Mesa Villa, su juicio mortuorio se abrió, tramitó y concluyó con una celeridad inusitada, y que allí se adjudicaron los bienes relictos a los herederos testamentarios mediante las hijuelas respectivas, las cuales fueron inscritas; que por los años de 1927 y 1928 el citado Ramón Mesa Villa tuvo relaciones sexuales, estables y exclusivas, bajo un mismo techo, con la señora María Celsa Toro; que esas relaciones sexuales se realizaron en una finca llamada "La Montañita", ubicada en jurisdicción de Amalfi, de propiedad del mismo Mesa Villa, a donde éste llevó a vivir a la nombrada señora Toro; que como fruto de tales relaciones nació María Delia Mesa de Velandia; que desde su nacimiento la niña María Delia estuvo bajo el cuidado de su padre Ramón Mesa Villa, quien atendió a su sostenimiento, educación y establecimiento, "hasta la culminación de sus estudios superiores, pues que alcanzó la posición de maestra rural en el paraje 'El Manzanillo', jurisdicción de este Distrito, es decir, que existió la posesión del estado notorio de padre e hija entre Ramón Mesa Villa y Delia Mesa, por un espacio superior a diez años"; que "el trato y comunicación entre padre e hija fue permanente, notorio y ostensible, hasta el punto de que todos los habitantes de la región conocían a Delia como hija del señor Ramón Mesa Villa, quien con beneplácito aceptaba tal situación y ante los demás la presentaba como su descendiente"; que el señor Mesa Villa dejó varios bienes muebles e inmuebles.

Todas las personas y entidades demandadas contestaron el libelo, dijeron no constarles los hechos expuestos en él, se opusieron a las pretensiones de la actora y propusieron las excepciones perentorias de cosa juzgada, de prescripción de la acción de reforma del testamento y la innominada o genérica.

Los cónyuges Horacio Hoyos Gómez y Ana Enedina Mesa y los representantes del Asilo de Ancianos, del Hospital de Caridad y de la Iglesia de Amalfi propusieron también como dilatoria la excepción de cosa juzgada, y el incidente a que dio lugar tal excepción fue resuelto en forma desfavorable a los excepcionantes en autos de primera y segunda instancia.

El Juez del conocimiento puso término al primer grado del juicio mediante sentencia de 27 de noviembre de 1961, en la cual se hicieron todas las declaraciones suplicadas en la demanda, se condenó a los demandados a restituir los bienes a la actora María Delia Mesa y se denegó la condena en costas.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Apelaron ambas partes del fallo de primera instancia y, por razón de ese recurso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió la sentencia de nueve de agosto de 1962, por la cual se confirmó en su mayor parte la decisión recurrida, se la reformó en cuanto a que la restitución de los bienes debe hacerse a la sucesión de Ramón Mesa Villa y no a la demandante y se la revocó en lo relacionado con la no condena en costas para imponer en su lugar a los demandados la obligación de cubrir las expensas de primera y segunda instancia.

La motivación de este fallo hace la reseña del juicio y anota que en él se ejercitan las acciones de filiación natural, de reforma del testamento y de petición de herencia, las cuales se hallan debidamente acumuladas.

Se refiere enseguida a la acción de filiación natural, dice que ella se instauró después de muerto el presunto padre natural y contra los herederos de éste y recuerda que desde el primero de octubre de 1945 la Corte admitió la procedencia de tal acción contra los sucesores de dicho presunto padre. Señala algunas características de la misma acción, entre ellas su índole declarativa, y expresa que en esta ocurrencia se la funda en las causales de relaciones sexuales, estables y notorias, entre la madre de la demandante y el señor Ramón Mesa Villa, y de posesión notoria del estado civil de hija natural de la propia actora respecto del citado Mesa Villa.

Aborda el estudio de la causal de relaciones sexuales, alude a los caracteres de notorias y estables que esas relaciones deben ofrecer, observa que no se requiere que se hayan ralizado bajo un mismo techo o que constituyan un estado de concubinato y se refiere luego a las pruebas que en esta litis se adujeron para demostrar dichas relaciones entre María Celsa Toro y el señor Mesa Villa. A la cabeza de tales pruebas figura la confesión que en vida hizo el propio Mesa Villa, quien en posiciones que absolvió dijo ser cierto que él había tenido por corto tiempo relaciones sexuales con María Celsa Toro en la finca de "La Montañita", agregando que ello pudo "haber sido durante los años de 1927 y 1928", pero que no creía que María Delia "sea hija natural mía", es decir, que fuera fruto de esas relaciones. Como pruebas que confirman las relaciones sexuales, efectuadas bajo un mismo techo en la finca mencionada, el fallo transcribe varios pasos de los testimonios rendidos por Fernando Zapata Barrientos, Beatriz Ibarbo y Benilda Vanegas de Alvarez, madrina de bautismo

de María Delia, y afirma que también declaran sobre hechos referentes a las mismas relaciones los señores Jesús Pérez Villegas, Jesús Ospina, Salomón Asuad, Jorge Moreno Ortiz, Emiro Maya Cardona y el Presbítero Luis Rosendo Ospina. A continuación expresa la misma sentencia:

"Se concluye, pues, de la prueba que obra en el expediente, tanto de la trasladada que reúne las exigencias legales al respecto y que fue ratificada, como de la nueva, presentada durante la secuela del juicio, que las relaciones sexuales entre la madre de María Delia Toro o Mesa y el señor Ramón Mesa Villa, por la época de la concepción y el nacimiento, no fueron ocultas para aquellas personas que por uno u otro motivo estuvieron en trato y relación con los progenitores de la demandante, y que fueron regulares y continuas". Termina este análisis diciendo que por este primer aspecto la acción de filiación está llamada a prosperar.

Al ocuparse en el estudio de la causal de posesión notoria del estado de hija natural de la demandante respecto del señor Mesa Villa, la sentencia señala los factores constitutivos de esta causal, el tiempo que debe durar esa posesión notoria, la calidad de las pruebas que para demostrarla exige la ley, y afirma: "La prueba presentada al respecto por la actora y para demostrar la filiación por esta causal, reúne las exigencias ya detalladas. Al efecto, tanto en las declaraciones que constan en la prueba trasladada y ratificada, como en la presentada directamente durante el transcurso del juicio y en la oportunidad legal, se ve claramente que Ramón Mesa Villa requirió los auxilios médicos durante el parto de María Celsa Toro, cómo dio órdenes al comercio local de Amalfi para que despacharan a la madre lo que necesitaba tanto para ella como para la niña, por su cuenta, cómo la colmó de atenciones durante su vida de soltera y cómo atendió su educación hasta que le dio una profesión, y le ayudó cuando hubo de conseguir la primera cabalgadura para trasladarse al lugar donde debía desempeñar el cargo de maestra de escuela".

Observa que sobre los anteriores hechos deponen los testigos Antonio J. Arango, Gastón Mesa, Luis Mesa y otros, y que esta apreciación se halla conforme con la que hizo la Corte en el primer juicio, sin que la parte demandada la haya podido desvirtuar, como lo pretendió con los testimonios del Presbítero Alberto María Yepes y del señor Jesús Emilio González (sic). Expresa también que nada aparece comprobado aquí sobre la exceptio plurium constupratorum, que los declarantes de los demandados nada insinúan sobre este punto y que, por el contrario, pregonan la buena conducta de la madre de María Delia, tanto de soltera como después de contraer matrimonio con el señor Luis Mesa Villa.

Haciendo referencia al fallo de 22 de febrero de 1957, dictado por la Corte en el primer juicio propuesto por la actual demandante María Delia Mesa y en que se declaró a ésta hija natural del señor Ramón Mesa Villa, expresa la sentencia acusada que si, conforme a doctrina de la misma Corte, aquel fallo no es oponible a terceros como cosa juzgada, constituye al menos una prueba que favorece a la actora y que los demandados no han infirmado en el litigio presente, pues que los testimonios aducidos por éstos no son suficientes a contrarrestar la fuerza demostrativa de las probanzas allegadas por la parte demandante.

La sentencia examina las acciones de petición de herencia y de reforma del testamento que se ejercitan en la demanda. Acerca de la primera de estas acciones recuerda sus elementos integrantes y cómo la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que, para ser ella viable, no se requiere que el demandado esté ocupando materialmente los bienes relictos, sino que basta con la posesión legal de la herencia, confirmada por su aceptación, para constituir el sujeto pasivo de la referida acción (LXXIX, 2150, 544). Añade que, estando aquí establecido que María Delia Toro o Mesa Toro, es hija natural de Ramón Mesa Villa, que los bienes de éste les fueron distribuidos a los demandados y que aquélla tiene mejor derecho que éstos, debe prosperar dicha acción de petición de herencia y ordenarse como secuela la restitución de esos bienes a la mortuoria. Según el mismo fallo, también debe prosperar la acción de reforma del testamento, porque la demandante, como hija natural del nombrado Mesa Villa, es legitimaria, porque en esta calidad le corresponden las tres cuartas partes de los bienes relictos y porque el testamento del causante conculca los derechos que a la propia actora le confiere la ley.

Pasa luego la sentencia a estudiar las excepciones propuestas por los demandados. Sobre la de prescripción de la acción de reforma del testamento observa que, según el artículo 1274 del Código Civil, ella se produce por el transcurso de cuatro años, contados desde que el respectivo legitimario tuvo conocimiento de su calidad de tal y del testamento que vulnera sus derechos, y expresa que en el caso presente ese término debe contarse desde el 15 de marzo de 1957, fecha en que quedó ejecutoriado el fallo de la Corte que

declaró a María Delia Mesa hija natural de Ramón Mesa Villa y en que la demandante tuvo por ello conocimiento de su calidad de legitimaria. Partiendo de ese día es obvio que no habían pasado los dichos cuatro años cuando se propuso la demanda inicial de esta litis y por tanto la acción no se ha extinguido por prescripción.

Respecto de la excepción de cosa juzgada, la sentencia transcribe las partes sustanciales del proveído por el cual se declaró infundada tal excepción propuesta como dilatoria dentro de este mismo negocio. Con citas doctrinales y de jurisprudencia se ponen de relieve los factores constitutivos de esta excepción en general y de manera particular dentro de los juicios relativos al estado civil y se sostiene finalmente que en este litigio se ejercitan las acciones de filiación natural, de petición de herencia y de reforma del testamento, que en el segundo juicio propuesto por la demandante se instauraron también las dos últimas acciones mencionadas, pero por causa distinta, y que en consecuencia la situación de ahora es por completo diferente, ya que no aparecen todos los requisitos que configuran la excepción de cosa juzgada. Se concluye que esta excepción no puede prosperar, como tampoco la genérica por no existir ningún hecho que le sirva de fundamento.

Termina la sentencia diciendo que los demandados deben cubrir las costas de la primera instancia y que en este sentido ha de revocarse la denegación de esa condena que se hizo en el fallo de primer grado.

LA DEMANDA DE CASACION

Con respaldo en la primera causal de casación la parte demandada formula contra la sentencia anterior los tres siguientes cargos que la Corte procede a examinar.

Cargo primero.

Consiste en el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 17 del Código Civil, 473, 474 y 475 del Código Judicial, a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias infringidas se señalan los artículos 1757, 1758 y 1769 del Código Civil, 606, 607 y 632 del Código Judicial.

En orden a sustentar este motivo expresa el recurso que en la primera demanda incoada contra los herederos testamentarios del extinto Ramón Mesa Villa (antecedentes, aparte C), se pidió que se declarara a María Delia Mesa "como heredera universal" de aquel causante, en su calidad de hija natural del mismo, y que se decretaran la reforma del testamento, la nulidad de la partición de los bienes relictos, la cancelación del registro de las hijuelas y la restitución de los bienes a la mortuoria. Sobre la base de estas súplicas se trabó entonces la relación jurídico-procesal, y ellas fueron resueltas en segunda instancia mediante el fallo de 28 de julio de 1959 en el sentido de denegarlas y de absolver a los demandados de los cargos que se les formularon.

Según el impugnante, los cargos sobre que se pronunció la sentencia aludida y de que se absolvió en esa ocasión a los demandados, fueron los señalados en el petitum de la demanda, "o sean: acción de filiación —primera súplica— reforma del testamento —segunda súplica— y acción de petición de herencia —súplicas restantes—". El fallo decidió en el fondo estos pedimentos y adquirió por ello la modalidad de la cosa juzgada material.

En el litigio presente, que es el tercero propuesto por María Delia Mesa, se ejercitan las mismas acciones de filiación natural, de reforma del testamento y de petición de herencia que antes se ventilaron contra los herederos testamentarios del difunto Mesa Villa y que se despacharon mediante el citado fallo de 28 de julio de 1959. En las dos litis hay, pues, según el recurso, identidad de partes, identidad de acciones e identidad de *causa petendi*, es decir, que se encuentran las tres identidades que estructuran la excepción de cosa juzgada.

No se opone a esta conclusión la circunstancia de que el fundamento cardinal de ese fallo hubiera consistido en la inoponibilidad a los herederos testamentarios de la declaración de filiación natural que la Corte hizo en favor de la actual demandante, porque en la primera súplica de la demanda que dio motivo a esa sentencia se solicitó precisamente dicha declaración de filiación natural que ahora se invoca frente a los mismos herederos y porque es un yerro grave de la sentencia impugnada el no ver y no estimar ese primer pedimento como similar y equivalente al que se formula en este juicio. "Pero aun dando por sentado —dice el recurso— que el Tribunal no se equivocó y que la acción de estado no fue la propuesta —como en realidad sí lo fue— tendríamos entonces que los efectos de su fallo, y por consiguiente la fuerza de verdad legal de la sentencia, se extiende ella sí de manera incuestionable a las acciones de reforma del testamento y de petición de herencia".

El impugnante diserta sobre los elementos que estructuran la cosa juzgada, sobre sus fundamentos y sobre la doctrina y la jurisprudencia

que se refieren al mismo fenómeno, y termina así la exposición de este primer cargo:

"Es obvio que los preceptos que he señalado como quebrantados por la decisión que acuso, todos sustantivos, aun cuando algunos de ellos sean ordenamientos del Código de Procedimiento Civil, como lo tiene establecido la doctrina de la Corte, han sido infringidos indirectamente, porque el Tribunal no tuvo en cuenta diversas pruebas que campean en el expediente. Tales son: la demanda, sus notificaciones y contestaciones, y la sentencia del mismo Tribunal de fecha julio 28 de 1958 (sic), piezas todas éstas visibles a los folios que ya atrás he señalado.

"Por no haberlas tenido en cuenta, el Tribunal ha incidido en violación de los siguientes artículos: 1757, 1758 y 1769 del Código Civil, 606, 607 y 632 del Código Judicial. Estas normas obligaban al Tribunal a reconocer las confesiones de las partes consignadas en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y a atribuirle a la copia legalmente expedida de su propia decisión de julio 28 de 1958 (sic), el valor legal de plenas pruebas.

"Por no haberlo hecho así el sentenciador, al través de esta infracción medio, incidió en violación indirecta de los artículos 17 del Código Civil y 473, 474 y 475 del Código Judicial, preceptos éstos que no fueron aplicados, debiéndolo haber sido, en función de los elementos probatorios allegados. Por demás está pregonar que el error del Tribunal en la apreciación probatoria es un error de derecho".

LA CORTE CONSIDERA

Cumple recordar que los demandados propusieron la excepción de cosa juzgada como dilatoria y como perentoria, que el incidente relacionado con la excepción dilatoria fue despachado en forma desfavorable a los excepcionantes y que la misma excepción, alegada como perentoria, constituyó el motivo de nuevo examen en la sentencia, la cual también la declaró infundada. Ahora la parte recurrente insiste en plantear el mismo asunto en casación, con respaldo en un error de derecho en la apreciación de las pruebas referentes a esa excepción.

Según el artículo 474 del Código Judicial, la excepción de cosa juzgada reposa sobre la existencia en el fallo firme y en la demanda nueva de la identidad del objeto, de la causa y de las personas, es decir, de los tres elementos que concurren a integrar toda acción judicial. La causa consiste en el hecho o acto jurídico que da origen y sirve de fundamento inmediato y directo al derecho que se invoca o cuya tutela se pretende. El objeto es la relación jurídica, la prestación o el bien que se busca obtener. La identidad de las personas no es la física, sino la jurídica, o sea la identidad del carácter o calidad con que en uno y otro juicio actúan las partes contendientes.

En la ocurrencia presente no hay duda de que los demandados actuales son los mismos que intervinieron, también como parte pasiva, en el juicio anterior, esto es, en la litis que fue resuelta por la sentencia de 28 de julio de 1959. En uno y otro negocio figuran demandados en su calidad de herederos testamentarios del extinto Ramón Mesa Villa, lo que quiere decir que hay identidad jurídica en la parte demandada. Por cuanto hace a la actora, o sea a María Delia Mesa, se observa que en el negocio anterior se presentó como hija natural judicialmente declarada tal por el fallo de la Corte a solicitar que, en esa calidad, se la declarara heredera universal del causante Mesa Villa y que, como consecuencia de ello, se decretasen la reforma del testamento de éste y la restitución de su derecho o cuota hereditaria. Sus pretensiones fueron entonces desestimadas por haber asumido precisamente esa preestablecida calidad de hija natural frente a los demandados, a quienes no les era oponible la sentencia declarativa de dicho estado civil. En el litigio presente no obra la señora Mesa en esa calidad de hija natural ya declarada por sentencia, sino con la pretensión de que se la declare tal frente a los demandados. Por donde se ve que en el proceso anterior la demandante alegó un estado o filiación natural de derecho, en tanto que en este juicio sólo invoca una filiación natural de hecho, que no es lo mismo y que pone de relieve que no existe identidad jurídica, sino diferencia en la calidad o carácter con que la actora María Delia Mesa se ha presentado en uno y otro negocio. En ambas causas es cierto la misma persona física, pero no con pareja calidad jurídica.

Lo propio acontece respecto de la causa petendi. En la litis anterior el origen o causa generadora de las acciones allí ejercitadas por la demandante Mesa de Velandia fue su filiación natural de derecho, o mejor aún, su estado o calidad de hija natural de Ramón Mesa Villa, judicialmente declarada tal por el fallo de la Corte, mientras que en el juicio presente la causa petendi de las actuales pretensiones de la actora consiste en su filiación natural de hecho, esto es, en su presunta calidad de hija natural del difunto Mesa Villa, aún no declarada por sentencia firme frente a los herederos testamenta-

rios de éste. Lo cual demuestra que en uno y otro negocio son distintas las fuentes de las acciones instauradas y que por tanto tampoco hay en dichos juicios identidad de causa petendi.

Y en cuanto concierne al objeto de los mismos litigios cabe observar: primero, que en el juicio anterior la demandante pidió ser declarada heredera universal y legitimaria del extinto Mesa Villa, en su calidad de hija natural de éste ya judicialmente declarada tal, y que como consecuencia de ello se decretaran la reforma del testamento y la restitución de su cuota hereditaria; segundo, que en el juicio actual la actora suplica ser declarada hija natural del mismo Mesa Villa frente a los herederos testamentarios de éste, la reforma del testamento y la petición de herencia; tercero, que en el primer negocio se invocó un estado civil preestablecido, como era el de hija natural ya declarada, y se pidió la declaración de las consecuencias patrimoniales de ese estado, al paso que en el juicio actual apenas se pretende que se declare ese mismo estado con sus derivaciones patrimoniales frente a los herederos testamentarios del supuesto padre natural. En el proceso anterior sólo se promovieron las acciones de reforma del testamento y de petición de herencia, como en el fallo respectivo se expresó con toda claridad, mientras que en el presente litigio se ejercitan acumuladas las acciones de filiación natural, de reforma del testamento y de petición de herencia. La súplica principal del primer negocio —declaración de ser heredera universal— no es similar y equivalente a la pretensión cardinal de este juicio —declaración de ser hija natural— como lo sostiene el recurso, sino diferente, lo cual descarta la identidad de objeto en esos procesos. Y si bien es verdad que en ambos se han ejercitado las acciones de reforma del testamento y de petición de herencia, ello ha sido como acciones consecuenciales, derivadas de causas distintas que por lo mismo eliminan también la identidad de estas pretensiones.

Estas reflexiones demuestran que en este juicio no aparecen en realidad las tres identidades que conforman la excepción de cosa juzgada.

El impugnante le atribuye a la sentencia un error de derecho en la ponderación de las pruebas, consistente en no haber considerado la sentencia de 28 de julio de 1959, dictada en el juicio anterior, y la demanda inicial del actual como elementos que acreditan la excepción de cosa juzgada. Está visto que en los dos procesos sobredichos no aparecen establecidas las tres identidades que configuran esta excepción. Las piezas que señala el recurso no las comprueban y de consiguiente no es posible admitir que la sentencia hubiera incurrido en el error de derecho y en las violaciones de ley sustancial que se le imputan.

Cargo segundo.

Versa sobre la violación indirecta, por falta de aplicación, del artículo 1274 del Código Civil, a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias quebrantadas se mencionan los artículos 1758, 1759 y 1760 del Código Civil, 597, 603 y 632 del Código Judicial.

En desarrollo de esta censura sostiene el recurso que para instaurar la acción de reforma de un testamento no se requiere ser legitimario ya reconocido, sino que se la puede ejercitar acumulada a la acción que se encamina a obtener el reconocimiento de esa calidad de legitimario, tal como sucede en el juicio presente. De este modo María Delia Mesa pudo presentarse a solicitar su declaración de legitimaria y la reforma del testamento desde que tuvo conocimiento de éste, pues para ello no necesitaba propiamente ese reconocimiento, sino sólo la existencia del estado civil, estado que tienen todos los hijos naturales, desde luego que la sentencia que los proclama tales es simplemente declarativa.

La demandante Mesa debió conocer su calidad de legitimaria desde antes de demandar a su presunto padre, y como el testamento de éste fue público, hay que concluir que también lo conoció desde que fue otorgado, salvo prueba en contrario que no se adujo. Desde el día en que se otorgó dicho testamento hasta la fecha en que se promovió la demanda inicial de esta litis, corrieron más de cuatro años y por tanto se produjo la prescripción de la acción de reforma del mismo testamento. Sentadas estas premisas el impugnante pone así término a la exposición de este motivo:

"El Tribunal, concluyó, erró de derecho en la apreciación del testamento y de la fecha de la muerte del causante, como también en la apreciación del alcance declarativo, y por consiguiente retroactivo, del fallo de la Corte de febrero 22 de 1957. La violación de los artículos 1758, 1759 y 1760 del Código Civil, y 597, 603, 630 y 632 del Código Judicial, que les asignan el valor de plena prueba en cuanto a sus fechas a los instrumentos respectivos, indujo al Tribunal a no aplicar el artículo 1274 del Código Civil, debiendo ser aplicado y en consecuencia declarada la prescripción cuatrienal de la acción de reforma".

SE CONSIDERA

La sentencia, como queda dicho, declaró no probada la excepción de prescripción de la acción de reforma del testamento, considerando que la demandante María Delia Mesa sólo vino a tener conocimiento de su calidad de legitimaria el 15 de marzo de 1957, día en que se produjo la ejecutoria del fallo de la Corte que la declaró hija natural del causante Mesa Villa, y que desde esa fecha hasta cuando se movió el presente litigio no habían transcurrido los cuatro años que señala el artículo 1274 del Código Civil. El recurso sostiene que, de este modo la sentencia incurrió en un yerro de valoración probatoria al desestimar el testamento y la fecha de la muerte del testador Mesa Villa para el efecto de contar desde esta última el término de prescripción, teniendo en cuenta que la demandante conocía desde entonces su condición de legitimaria.

Por dos aspectos puede ser considerado el problema que aquí se ha planteado acerca de la prescripción de la acción de reforma del testamento. *Según el citado artículo 1274 del Código Civil esta acción prescribe por el transcurso de cuatro años, contados desde el día en que el respectivo legitimario tuvo conocimiento así del testamento como de su calidad de tal legitimario. Esta calidad dimana del estado civil de descendiente o de ascendiente, legítimo o natural, y este estado, a su vez, requiere estar preestablecido y ser debidamente comprobado para que produzca los efectos patrimoniales que le son inherentes. En el campo jurídico el estado civil necesita tener el respaldo de una prueba o de un título que lo acredite para poder producir consecuencias también jurídicas; en ausencia de este título no se le puede atribuir ni reconocer al estado civil ningún efecto de orden legal. El hijo natural que no ha sido reconocido ni judicialmente declarado tal, tiene una filiación natural de hecho que no engendra por sí misma ningún vínculo de carácter jurídico. Sólo mediante el reconocimiento o la declaración judicial de paternidad natural, le es dable a ese hijo disfrutar de su estado civil de tal e invocar los derechos que de este estado se derivan. Y únicamente en posesión de dicho estado civil, por estar ya preestablecido, se puede decir que el hijo natural es legitimario de su madre o padre natural premuerto y alegarse que ha tenido o tiene conocimiento cierto o indudable de esa calidad de legitimario.* Frente a los herederos testamentarios del difunto Ramón Mesa Villa no tiene aún la demandante María Delia Mesa la calidad de hija natural de este causante, porque la sentencia que así lo declara no está en firme todavía, y no puede en consecuencia sostenerse ni admitirse que ella ha tenido conocimiento real e incontrovertible de su condición de legitimaria del mismo Mesa Villa. *La simple creencia y aún la pretensión de una persona de ser legitimario, derivadas de un estado civil que no aparece preestablecido, sino que apenas se busca ver declarado, no equivalen al conocimiento jurídico de esa calidad ni sirven de punto de partida para contar el término de prescripción de la acción de reforma del testamento.*

Hay otro aspecto de esta cuestión que no fue considerado por la sentencia ni por el recurso y que por tener carácter más sustancial no debe ser olvidado. En efecto, *prescribe el artículo 1276 del Código Civil que "el haber sido pasado en silencio un legitimario, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima". La ley le atribuye a la preterición de un legitimario el alcance de una institución de heredero y en consecuencia el legitimario preterido no necesita invocar la reforma del testamento para que se le entere lo que le corresponde por concepto de su legítima; le basta probar y hacer valer su calidad de legitimario para que se le reconozcan y respeten los derechos que la ley le confiere en la sucesión del testador que lo ha preterido. Así lo ha expresado la Corte varias veces (LIV, 1989, 39. LXIV, 2062, 489. LXXX. 2153, 74). Y es obvio que si el legitimario preterido no tiene necesidad de promover la acción de reforma del testamento, tampoco puede correr contra esta supuesta acción el término de prescripción que consagra el artículo 1274* ibídem.

En obteniendo María Delia Mesa la declaración judicial de ser hija natural del difunto Ramón Mesa Villa frente a los herederos testamentarios de éste, quedaría colocada en la situación de un legitimario preterido, se entendería por ministerio de la ley instituida heredera en su legítima y no necesitaría solicitar la reforma del testamento para que se le enterase lo que por ese concepto le corresponde. Lo cual traería la consecuencia de que la acción de reforma del testamento que en este proceso ejercita la demandante resultaría ser una acción improcedente y superflua y que por sustracción de materia se halla exenta de extinguirse por la prescripción mencionada.

De lo expuesto se concluye que ningún error de valoración probatoria pudo cometer la sentencia al no considerar probada la referida excepción de prescripción con el testamento del difunto Mesa Villa y con la fecha de su muerte, porque la ley no consagra la acción de reforma

del testamento en protección del legitimario preterido, porque mal se la podría tener por demostrada y existente para el efecto de declararla extinguida por prescripción y porque la acción de reforma que en esta litis se ejercita es innecesaria y superflua. No existiendo ese yerro, tampoco puede concebirse el quebranto del artículo 1274 del Código Civil, por falta de aplicación, desde luego que este precepto no es aplicable al caso que en este juicio se contempla.

Cargo tercero.

Se hace consistir en la infracción indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 4º, ordinales 4 y 5º, y 6º de la Ley 45 de 1936 y 399 del Código Civil, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias quebrantadas se citan los artículos 609, 702 y 730 del Código Judicial.

Apunta el recurso que la sentencia encontró demostradas las dos causales que se invocaron como fundamento de la filiación natural demandada y agrega:

"En cuanto a las relaciones sexuales estables el Tribunal deriva su convicción de la confesión del demandado —contradictor legítimo— y con declaraciones testimoniales.

"Pero acontece que de la confesión del demandado sólo surge que tales relaciones fueron fugaces y esporádicas, porque así expresamente lo dice el absolvente. Luego el Tribunal, para acreditar la estabilidad con base en dichas posiciones, desnaturaliza la prueba confesional, dividiéndola, quebrantando así el artículo 609 del Código Judicial que proclama el principio de la indivisibilidad de la confesión. Y al través de este error de derecho en la apreciación de dicha prueba, ha aplicado indebidamente el sentenciador el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, siendo así que los supuestos de hecho no exigían la actuación de esta norma.

"Ahora, sobre las declaraciones testimoniales tendientes a demostrar tanto las relaciones sexuales como la posesión notoria, resulta que el Tribunal se limita a analizar únicamente las aportadas por la parte actora, pasando como sobre ascuas por algunas de las aportadas por la parte demandada (las del Presbítero Alberto Yepes y el señor Félix Emilio González), e ignorando las demás, como las de Tulio Blandón, Ricardo Escobar Sanín, Germán Ariza, Martín Posada, Jesús Jiménez, Vicente Alvarez y otros.

"De manera que, descartada como hay que descartar la presunta confesión de relaciones sexuales estables, tenemos que el Tribunal formó su pleno convencimiento de tales relaciones y de la posesión notoria exclusivamente en la prueba testimonial aportada por el actor".

El impugnante observa que, si bien es verdad que el sentenciador de mérito goza de autonomía para estimar las pruebas, ese principio no es absoluto, sino que está limitado por los errores de hecho y de derecho que aquél llegue a cometer en esa labor, de modo que la sentencia puede quebrarse por este aspecto. Afirma que en este caso el fallo no analizó la prueba testimonial aducida por los demandados en la forma como lo hizo respecto de las declaraciones allegadas por la parte demandante y que se contrajo a expresar que aquella prueba no desvirtuaba la de esta parte o no era suficiente para infirmarla. De manera que la sentencia no pesó ni ponderó los testimonios aportados por la parte demandada, ni los confrontó con los de la actora, teniendo en cuenta más su calidad intrínseca que su número, y violando así el artículo 702 del Código Judicial. "Si el proceso lógico —dice el recurso— para la elaboración del juicio del sentenciador se hubiera desarrollado en su plenitud, el Tribunal habría encontrado, desde el punto de vista cuantitativo, una serie de testimonios opuestos a otra serie de testimonios. Pero desde el punto de vista cualitativo, en la peor de las hipótesis para mis mandantes —dado el valor intrínseco de las diversas declaraciones— que ellas entre sí se habrían neutralizado o esterilizado. Y como no existe ningún otro medio probatorio del actor tendiente a acreditar sus pretensiones, la consecuencia habría sido la absolución, ya que sobre aquél gravita la carga de la prueba".

Y aún admitiendo, dice el recurrente, que en uso de su soberanía el sentenciador hubiera podido preferir la prueba testimonial de la demandante a la de la parte demandada, sucede que en vida del señor Mesa Villa se practicó una inspección ocular sobre los libros del Colegio de Señoritas de Amalfi y que en esa diligencia se comprobó que en tales libros figura María Delia Mesa matriculada como hija de Luis Mesa V. y María Celsa Toro y que el asiento de las matrículas está firmado por el mismo Luis Mesa. "Esta prueba —afirma el recurso— la ignora por completo el Tribunal, por lo cual, por error de hecho, ha infringido el artículo 730 del Código Judicial, que le asigna el valor de plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez en el desarrollo de la inspección ocular. Y al través de este yerro en la valoración probatoria, el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 4º y 6º de la Ley 45 de 1936". Añade que muchos de los testigos presentados por la parte demandada "deponen sobre

hechos que verosímilmente pueden llevar a la conclusión de que el verdadero padre de María Delia fue Luis Mesa Villa", y que esto se hace tanto más verosímil si se considera que, según el testimonio del propio Luis Mesa —que tampoco lo tuvo en cuenta el fallo— él se casó con la madre de la misma María Delia y que más tarde intentó legitimar a ésta, según varias declaraciones, entre ellas la de Félix María González. De esta suerte, según el impugnante, "la inspección ocular, combinada con el dicho de tales testigos, aun cuando no establezca de manera irrefragable la paternidad de don Luis, sí por lo menos desvirtúa sustancialmente la paternidad del hermano de aquél, don Ramón Mesa Villa".

Comenta por último el recurso que en este asunto de la filiación natural de María Delia Mesa se han proferido siete sentencias, que sólo cuatro de ellas la han favorecido, que esto, unido a las pruebas y circunstancias que se dejan apuntadas, confluye a crear una situación de perplejidad sobre si fue don Ramón o don Luis Mesa Villa el verdadero padre de la actora y a dejar flotante un velo de grave duda sobre la paternidad del primero, y que "no debe perderse de vista, ante la luz del numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, que la firma de don Luis Toro (sic) como padre de María Delia en el libro de matrículas del Colegio de Señoritas de Amalfi, puede envolver una confesión inequívoca de paternidad".

LA CORTE CONSIDERA

I. La demandante María Delia Mesa nació el 29 de febrero de 1928 y de consiguiente su concepción debió producirse entre el 29 de mayo y el 29 de agosto de 1927, según el principio consagrado por el artículo 92 del Código Civil.

El siete de octubre de 1953 el señor Ramón Mesa Villa absolvió un pliego de posiciones, fuera de juicio y a petición de María Delia Mesa. Allí se le interrogó, entre otras cosas, sobre si era o no cierto que él había tenido relaciones sexuales con María Celsa Toro, madre de la preguntante, por los años de 1927 y 1928, y sobre sí, a causa de esas relaciones, la misma preguntante era hija de él y de la señora Toro. A esta pregunta respondió el señor Mesa Villa: "Es cierto que tuve relaciones sexuales con la señora María Celsa Toro por corto tiempo, puede haber sido durante los años de 1927 y 1928, pero no creo que sea hija natural mía". En las mismas posiciones confesó el señor Mesa haber auxiliado a María Delia Mesa con gastos para sus estudios y ejecutado otros actos en su provecho.

El mismo Mesa Villa absolvió otras posiciones dentro del juicio que en abril de 1954 le promovió la citada María Delia Mesa, y en ellas manifestó ser cierto que en fecha no recordada él había llevado a su finca de "La Montañita" a la familia de Estanislao Toro, que de esa familia hacía parte la hija de éste, llamada María Celsa Toro, que había tenido relaciones sexuales con esta última en dicha finca por los años de 1927 y 1928, pero que "eso pasó rápido", y que esa muchacha María Delia no era fruto de tales relaciones. Al ser interrogado sobre si era o no cierto que durante las relaciones sexuales tenidas por él con María Celsa Toro por los años expresados, ésta le había guardado absoluta fidelidad, contestó: "Una absoluta infidelidad digo yo". Al concluir la absolución de estas posiciones agregó el absolvente Mesa: "Para mí sería muy satisfactorio saber legalmente que sería el padre de Delia, porque entonces tendría una heredera a quien dejarle el fruto de mi trabajo".

La sentencia tuvo por comprobada la causal de relaciones sexuales, estables y notorias, entre María Celsa Toro y Ramón Mesa Villa por los años de 1927 y 1928, no sólo con los expresados por éste en las posiciones mencionadas, sino también con los testimonios de Fernando Zapata Barrientos, Beatriz Ibarbo, Benilda Vanegas, Jesús Pérez Villegas, Jesús Ospina, Salomón Asuad, Jorge Moreno Ortiz, Emiro Maya Cardona y el Presbítero Luis Rosendo Ospina. De modo que la confesión del señor Mesa Villa no fue la única prueba que el fallo tuvo en cuenta para dar por demostradas esas relaciones sexuales, con sus caracteres de estables y notorias, durante los años de 1927 y 1928. La convicción del sentenciador tuvo también el respaldo probatorio de los testimonios rendidos por las personas antes nombradas, quienes dan razón de hechos y circunstancias que el mismo fallador consideró suficientes a poner de relieve los caracteres de estabilidad y notoriedad de las expresadas relaciones sexuales. La sentencia no dividió ni desnaturalizó la confesión del señor Mesa Villa, sino que, tomándola en su integridad, tal como aparece, la estimó con toda razón como uno de los elementos que, en conjunto con la prueba testifical, concurren a demostrar la causal de relaciones sexuales estables y notorias. Por este aspecto no incurrió, pues, el fallo en el error de valoración probatoria ni en el quebranto del artículo 609 del Código Judicial que le imputa el recurso, como tampoco en las violaciones de ley sustancial que se hacen derivar de ese supuesto yerro.

II. Afirma el recurrente que en este juicio las partes presentaron sendos grupos de testimonios, que la sentencia examinó y acogió los de la parte actora para dar por comprobada la causal de posesión notoria del estado civil de hija natural de María Delia Mesa respecto del señor Mesa Villa y que en cambio no analizó del mismo modo, sino que de plano descalificó el mérito demostrativo de las declaraciones allegadas por los demandados, entre ellas las del Presbítero Alberto María Yepes y el señor Félix Emilio Gómez. Añade que el fallo no confrontó esas dos series de testimonios como lo ordena el artículo 702 del Código Judicial y que en esta forma incurrió en un error de derecho al desconocer la fuerza probatoria de las declaraciones allegadas por la parte demandada.

En este negocio se adujeron sesenta y cuatro declaraciones en total: veintiséis por la parte demandante y treinta y ocho por los demandados. La sentencia tuvo por acreditada la causal de posesión notoria del estado civil de María Delia Mesa respecto del señor Ramón Mesa Villa con varios de los testimonios aportados por la demandante, entre ellos los de Antonio J. Arango, Gastón Mesa y Luis Mesa, y expresó que las declaraciones presentadas por los demandados no eran suficientes a desvirtuar las pruebas de la parte actora. La sentencia también citó como prueba en favor de la demandante Mesa el fallo de 22 de febrero de 1957, por el cual la Corte la declaró hija natural del nombrado Mesa Villa, y afirmó que esta otra prueba tampoco había sido infirmada por los demandados.

Es cierto que la sentencia no relacionó uno por uno los testimonios aducidos por la parte demandada, pero no por ello puede aceptarse que hubiera menospreciado su mérito demostrativo y cometido así un error de derecho. Los consideró y sostuvo que esa prueba no era suficiente a desvirtuar la presentada por la demandante respecto de la causal de posesión notoria del estado de hija natural, es decir, que no le encontró fuerza probatoria bastante para contrarrestar las probanzas de la actora sobre esta causal. El artículo 702 del Código Judicial autoriza al sentenciador para apreciar, conforme a las reglas de la sana crítica o con criterio racional, los grupos de testimonios contrapuestos que se le presenten, a fin de sacar una de estas tres conclusiones: primera, si las declaraciones ofrecen plena prueba sobre determinados hechos; segunda, si sólo aparece de ellas una presunción o indicio, y tercera, si debe prescindir de todas por hallar recíprocamente neutralizado su valor demostrativo. *El precepto faculta al Juez para formarse su propia y libre convicción acerca de los hechos que narran unos y otros testigos y aun para abstenerse en último caso de considerar sus exposiciones si ellas le producen un estado tal de perplejidad que no le permita reconocer a unas más fuerza probatoria que a otras. Siendo la apreciación del fallador en estos casos el reflejo de su convencimiento íntimo, fácil es comprender cómo ella no puede ser desconocida ni variada en casación sino en los casos excepcionales y extremos en que se demuestre que fue obra de una arbitrariedad palmaria y opuesta a las más elementales normas del raciocinio.* Al reconocer el fallo mayor mérito demostrativo al grupo de testimonios de la actora que a los de la parte demandada, no hizo otra cosa que aplicar en esta ocurrencia el criterio de la convicción racional que consagra el citado artículo 702, y sin que pueda imputársele un yerro de valoración probatoria por no haber hallado en las declaraciones aportadas por los demandados fuerza suficiente a contrarrestar las allegadas por la demandante.

III. Sostiene finalmente la demanda de casación que la sentencia no tuvo en cuenta ni consideró la prueba de inspección ocular que se practicó en los libros del Colegio de la Sagrada Familia de Amalfi, donde aparece que María Delia Mesa fue matriculada allí por el señor Luis Mesa Villa como padre de la misma, y en que en consecuencia cometió por este aspecto un error de hecho que la condujo a quebrantar los preceptos sustantivos citados, desde luego que esa prueba demuestra que la demandante es hija del nombrado Luis Mesa Villa y no del extinto Ramón Mesa Villa.

La inspección ocular a que alude el recurso da razón de que en los libros del plantel educativo mencionado figura matriculada María Delia Mesa en los años de 1946 y 1947 como hija de Luis Mesa Villa y María Celsa Toro y que los asientos de matrícula fueron suscritos por el primero de éstos. También aparece en el acta de la inspección que el nombrado Mesa Villa fue interrogado durante la diligencia sobre la autenticidad de sus firmas y sobre el carácter en que había suscrito las matrículas, habiendo contestado que él autorizó dichas matrículas como "padre adoptivo" que era de María Delia desde que ella tenía diez años por haberse casado con la madre de la misma y estar desde entonces viviendo en su casa. Se comprobó asimismo que no todas las personas que suscribían matrículas lo hacían en su calidad de padres de la alumna matriculada. La sentencia en realidad no menciona esta prueba de inspección ocular, pero tal

silencio no constituye en este caso ningún error de hecho que pueda incidir en casación, porque ya el mismo proveído había encontrado demostrada la causal de relaciones sexuales, estables y notorias, entre la madre de María Delia y el señor Ramón Mesa Villa durante la época en que la demandante fue concebida, y deducido de ello que el verdadero padre de la citada María Delia fue el mentado Ramón Mesa Villa. Ante esta conclusión el fallo no tenía por qué ni para qué entrar a considerar la aludida prueba de inspección ocular, máxime si se tiene en cuenta que otros elementos de juicio acreditan estos dos hechos: primero, que fue Ramón Mesa Villa y no su hermano Luis Mesa Villa quien tuvo relaciones sexuales, estables y notorias, con la madre de María Delia por el tiempo en que se produjo la concepción de ésta, y segundo, que varios testimonios corroboran lo expuesto por el propio Luis Mesa Villa de haber él contraído matrimonio con la madre de la misma María Delia cuando ésta frisaba ya en los nueve o diez años y tenídola en su hogar bajo el cuidado de dicha madre y del suyo propio. En estas circunstancias la inspección ocular nada demuestra en favor de la alegada paternidad de Luis Mesa Villa ni en contra de la establecida calidad de padre de Ramón Mesa Villa respecto de María Delia Mesa y en consecuencia la abstención en mencionar tal prueba no entraña ningún error de hecho de influjo en casación.

Estas consideraciones demuestran que los cargos no son fundados.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de nueve de agosto de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este juicio sobre filiación natural promovido por María Delia Mesa de Velandia contra los herederos testamentarios del señor Ramón Mesa Villa.

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

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD Y SIMULACION

Son dos figuras jurídicas distintas regidas por principios y normas diferentes e inconfundibles. — Simulación ilícita. — Ningún precepto positivo determina el rechazo de esta acción. Condiciones para que la simulación alegada como acción pueda ser judicialmente declarada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Bogotá, D. E., diciembre 18 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Enrique López de la Pava).

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de cinco de octubre de 1962, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este juicio ordinario de Eugenio Schmidt contra Juana Llanos de Barthel y Carlos Alberto Osorio.

ANTECEDENTES

1. Por escritura número 1258, extendida en la Notaría Segunda de Barranquilla el 24 de diciembre de 1942, la señora Juana Llanos de Barthel compró a la sociedad en liquidación llamada "Compañía Agrícola y Comercial, S. A." estos bienes: "tres acciones y treinta centésimos de otra acción que la mencionada entidad posee en los terrenos denominados 'Culantral', globo de tierras que se compone de diecinueve caballerías, seis fanegadas, tres almudes y una parte de otro almud, y está situado en el Departamento del Magdalena, jurisdicción del Municipio de Sitionuevo" y tiene los linderos que se indican en el instrumento citado. La señora Llanos hizo esta compra en la suma de $ 23.340, que pagó de contado.

2. Por escritura número 2207, otorgada en la misma Notaría Segunda de Barranquilla el 31 de agosto de 1950, la nombrada señora Juana Llanos de Barthel vendió al señor Carlos Alberto Osorio los bienes que ella había comprado antes a la "Compañía Agrícola y Comercial, S. A.", esto es, las tres acciones y treinta centésimos de otra acción que estaban radicadas en los terrenos de la comunidad de "Culantral". Consta además en este instrumento que "el precio de esta venta es la suma de cien mil pesos ($ 100.000), moneda legal colombiana, que la exponente confiesa haber recibido a su entera satisfacción" y que la misma venta comprendía los derechos que la vendedora tenía en el contrato celebrado con la Compañía de Petróleos del Valle del Magdalena por la escritura número 233, pasada ante el Notario Primero de Barranquilla el 10 de febrero de 1945. También se lee en la misma escritura número 2207: "Presente en este otorgamiento el señor Walter Barthel, de nacionalidad alemana, varón, casado, mayor de edad, con cédula de extranjería número 562 R. E., expedida en Barranquilla, vecino de esta ciudad, a quien también conozco, dijo: que ratifica y confirma en todas sus partes la venta y cesión que su esposa, señora Juana Llanos de Barthel, hace a favor del señor Carlos Alberto Osorio por medio del presente instrumento público".

EL LITIGIO

En junio de 1955 y ante el Juez Civil del Circuito de Barranquilla, los señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt demandaron a los señores Juana Llanos de Barthel y Carlos Alberto Osorio para que, en la sentencia respectiva, se hicieran estas declaraciones:

Primera. "Que es simulado el contrato de compraventa consignado en la escritura número 1258, de 24 de diciembre de 1942, de la Notaría Segunda de este Circuito, y por medio de la cual la 'Compañía Agrícola y Comercial, S. A.', en liquidación y con domicilio en esta ciudad, dijo trasmitir a título de venta a la señora Juana Llanos de Barthel el derecho de dominio sobre

tres acciones y treinta centésimos de otra acción que la mencionada entidad posee en los terrenos denominados Culantral", y ello por razón de "que la señora Juana Llanos de Barthel convino privadamente con los señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt en aceptar la venta y figurar como aparente compradora, para más tarde, cuando hubieren cesado el estado de guerra internacional y las restricciones legislativas de carácter fiscal vigentes en esa época para las enajenaciones de inmuebles por parte de los súbditos del gobierno alemán, devolverles los bienes adquiridos a los verdaderos adquirentes, señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt". Se pidió también que como consecuencia de esta primera declaración se hicieran estas otras: "a) Que la señora Juana Llanos de Barthel procedió en el otorgamiento de la escritura número 1258, de 24 de diciembre de 1942, de la Notaría Segunda de este Circuito, a virtud de un mandato sin representación y en relación con mis poderdantes, y en tal virtud no adquirió para sí los bienes determinados en ese instrumento, sino para sus mandantes Walter Barthel y Eugenio Schmidt; b) Que es asimismo simulado el contrato de compraventa consignado en la escritura número 2207, de 31 de agosto de 1950, de la Notaría Segunda de este Circuito, por medio de la cual la señora Juana Llanos de Barthel dijo vender al señor Carlos Alberto Osorio los bienes a que se refiere esta petición primera de la demanda, no sólo por haber asumido la posición de dueña, como adquirente de ellos, sino por no existir intención de transferir su dominio por su parte, ni la de adquirirlo por la del supuesto comprador don Carlos Alberto Osorio, y, en consecuencia tales bienes y por virtud de aquel contrato no han salido del patrimonio de sus verdaderos adquirentes y dueños, señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt".

Segunda. Que en subsidio de la primera petición "se declare que los bienes determinados en la escritura número 1258, de 24 de diciembre de 1942, de la Notaría Segunda de este Circuito, fueron adquiridos por la señora Juana Llanos de Barthel, no para sí, sino para los señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt, en virtud de un mandato sin representación, y consecuencialmente se declare resuelto el contrato de compraventa consignado en la escritura número 2207, de 31 de agosto de 1950, de la Notaría Segunda de este Circuito, por falta de pago del precio estipulado en ella, pues no ha sido entregado a la aparente vendedora, señora Juana Llanos de Barthel, ni a sus mandantes señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt; y se ordena la cancelación de dicho instrumento público, así como su correspondiente registro".

Se solicitó también que, como secuela de cualquiera de las declaraciones anteriores, se condenara a los demandados a restituir a los actores los bienes mencionados, con sus respectivos frutos, y a pagar las costas del juicio.

Los hechos de la demanda pueden compendiarse así:

1. Con ocasión de la segunda guerra mundial "el Gobierno de Colombia expidió una serie de medidas de defensa, tendientes, entre otras cosas, a restringir la libertad personal y la contractual de los súbditos de los gobiernos alemán, italiano y otros, a los cuales se limitó el otorgamiento de instrumentos públicos en que constaran enajenaciones de sus bienes y otras restricciones, viéndose obligados a la liquidación de sus negocios, al traspaso de sus haberes a sus familiares y amigos de confianza colombianos, mediante el otorgamiento de documentos en que se simulaban enajenaciones y otra clase de operaciones".

2. Walter Barthel y Juana Llanos habían contraído matrimonio desde el seis de mayo de 1932 y formado una sociedad conyugal, pero más tarde se separaron de bienes mediante la escritura número 520, corrida ante el Notario Tercero de Barranquilla el 24 de abril de 1939.

3. Por motivo de las expresadas medidas legislativas, los señores Walter Barthel y Eugenio Schmidt liquidaron sus negocios hasta donde les fue posible y sus haberes "le fueron entregados a la señora Juana Llanos, a través de la cual eran manejados por aquéllos", y fue así como, mediante la citada escritura número 1258, de diciembre 24 de 1942, dicha señora Llanos adquirió, con dineros de Barthel y Schmidt y para ellos, los bienes que compró a la "Compañía Agrícola y Comercial, S. A.", con el pacto privado de devolver esos bienes a sus legítimos adquirentes una vez que hubieran cesado las restricciones de que se habla.

4. Fue también así como Barthel y Schmidt autorizaron privadamente a la señora Llanos para hipotecar en favor de Elías M. Muvdi y Compañía, de Barranquilla, los mismos bienes adquiridos por la escritura número 1258, a fin de explotar con los dineros recibidos en préstamo la industria de ganadería en esas tierras, bajo la dirección de los mismos Barthel y Schmidt, lo que sucedió en realidad hasta cuando éstos fueron internados en un campo de Fusagasugá.

5. La señora Llanos, aparente compradora de las tierras de "Culantral", para corresponder

a la confianza depositada en ella y en garantía del convenio privado existente entre la misma señora y los señores Barthel y Schmidt, otorgó en favor de éstos testamento cerrado por escritura número 229, de 23 de febrero de 1943, y "posteriormente a favor de su esposo y de su hijo por nacer, por escritura pública número 2288, de 14 de agosto de 1946, ambas de la Notaría Segunda de este Circuito".

6. Por la inexperiencia de la señora Llanos en la administración de fincas rurales y en el negocio de ganadería, los señores Barthel y Schmidt convinieron con ella en que se asesorara del señor Carlos Alberto Osorio en la dirección de esos asuntos, previa aceptación de éste, y así fue como aquéllos facultaron a la misma Llanos para que le confiriera poder a Osorio a fin de que éste interviniera en la celebración del contrato de arrendamiento y exploración de la finca "Culantral" con la Compañía de Petróleos del Valle del Magdalena, contrato que se consignó en la escritura número 350, otorgada en la Notaría Primera de Barranquilla el siete de marzo de 1945, instrumento éste que fue suscrito por Osorio como mandatario de la citada Llanos.

7. Cuando cesaron las sobredichas medidas restrictivas de la libertad contractual por terminación de la guerra mundial, los demandantes "solicitaron de Juana Llanos de Barthel la ejecución del convenio celebrado privadamente, la devolución de los bienes adquiridos por ella aparentemente y para ellos, pero dicha señora eludió tal ejecución y con fecha 31 de agosto de 1950 y por medio de la escritura 2207, de la Notaría Segunda de este Circuito, simuladamente expresó vender al señor Carlos Alberto Osorio los bienes que aparentemente había adquirido por medio de la escritura 1258, de 24 de diciembre de 1942".

8. El aparente comprador Osorio no pagó el precio de las acciones, ya que no fue recibido por la aparente vendedora Llanos ni por los mandantes de ésta, señores Barthel y Schmidt, y el aludido contrato de compraventa sólo tuvo por mira trasferir en apariencia a Osorio el derecho de dominio sobre bienes que pertenecían a los mismos Barthel y Schmidt, a fin de "hacer así más difícil el cumplimiento del pacto privado" a que se ha hecho referencia y del cual estaban enterados los mentados Llanos y Osorio. Y con ese mismo fin el señor Osorio se hizo adjudicar tales bienes en la liquidación que se hizo de la sociedad conyugal que él tenía formada con su esposa Alicia Carbonell de Osorio, liquidación que se llevó a cabo por la escritura número 2170, extendida en la Notaría Segunda de Barranquilla el 31 de diciembre de 1953.

El apoderado judicial de la señora Juana Llanos dio respuesta a la demanda "aceptando como ciertos la totalidad de los hechos en que aquélla se fundamenta, por haberme autorizado expresamente mi patrocinada para proceder en esa forma, ya que tales hechos se ajustan en un todo a la realidad de lo acontecido y allí relatado, siendo por lo tanto tales hechos exactos y verídicos en todo su contenido".

También el demandado Carlos Alberto Osorio contestó el libelo negando la mayoría de los hechos, manifestando oponerse a las pretensiones de los actores y proponiendo las excepciones de falta de causa para pedir, de ilicitud de esa misma causa y de prescripción.

Más tarde el señor Walter Barthel desistió y su desistencia fue aceptada. Sucedió también que la demandada Juana Llanos suscribió y presentó un memorial al Juez del conocimiento, en el cual dijo que ella "no autorizó al abogado que intervino en la contestación de la demanda para que aceptara los hechos, por no ser cierto que yo haya dispuesto para mi beneficio personal de dineros o valores que me hubieran entregado en depósito los demandantes, pues la finca objeto del pleito la pagué con dinero de mi propiedad".

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de 12 de agosto de 1960, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió a los demandados, se ordenó cancelar la inscripción del mismo libelo y se condenó en costas a la parte demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Surtida la segunda instancia por apelación de la misma parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla pronunció el fallo de cinco de octubre de 1962, por el cual se confirmó la decisión apelada y se denegó la condena en costas.

Después de hacer la reseña del juicio, la sentencia del Tribunal se refiere a la llamada súplica sustancial de la demanda, la cual se encamina a obtener la declaración de que es simulado el contrato de compraventa celebrado entre Juana Llanos de Barthel y la "Compañía Agrícola y Comercial, S. A.", por la escritura número 1258, de diciembre 24 de 1942, simulación consistente en que, en virtud de pacto privado u oculto, la señora Llanos convino con Walter Barthel y Eugenio Schmidt en aceptar

esa venta y en figurar como compradora aparente, pero obrando en realidad como mandataria de éstos y obligándose a restituirles los bienes adquiridos cuando hubieran cesado las medidas de carácter fiscal que les restringía la libertad de contratación. Luego comenta dicho fallo:

"Se trataría, según se pretende, de una simulación de adquirente o interposición de persona, modalidad citada por la jurisprudencia y la doctrina como uno de los medios frecuentes a que se acude para defraudar a terceros acreedores, para evadir o aminorar los impuestos, que, como se sabe, aumentan progresivamente, o para burlar disposiciones fiscales, que es lo que se afirma, del régimen restrictivo de administración de los bienes de los súbditos de un país respecto del cual declaró Colombia el estado de beligerancia en la última guerra mundial. Se estaría, pues, en presencia de un caso típico de fraude a la ley, que consiste en el empleo de medios más o menos lícitos, pero no aceptados por la ley. Tratándose de una simulación relativa, en el que no se oculta la causa, sino el adquirente verdadero, la acción no tiene por fin obtener la nulidad del pacto aparente, sino la prevalencia del oculto, para que una vez descubierto se declare su validez con aplicación de las reglas pertinentes. Resulta claro entonces que quien pretende la prevalencia de un acto oculto, tiene el elemental e ineludible deber de descubrirlo, de presentarlo tal como él es, de ponerlo al alcance de la vista y del entendimiento del juzgador, en una palabra, ha de probar plenamente su existencia en la realidad y ante la ley, ya que para que pueda hablarse de prevalencia se requiere la plena demostración de lo prevalente sobre lo prevalido".

En respaldo de estos conceptos la sentencia cita una doctrina de la Corte y acomete enseguida el estudio de las pruebas allegadas para demostrar la simulación que se alega. Dice que en el caso de esta contención se ha pretendido comprobar esa simulación con base en estos tres hechos indiciarios: "el interés de los demandantes en sustraer de su patrimonio los bienes raíces o en que éstos no entraran a él, por el temor de que fuesen 'congelados', inmovilizados o gravados en cualquier forma; la posesión de los terrenos de 'Culantral' por los demandantes después de la venta que se impugna; y, por último, la íntima vinculación entre la señora Llanos y el señor Barthel, dada su condición de cónyuges". Sobre el primero de estos indicios observa que no hay informe de que los señores Barthel y Schmidt fueran socios de la "Compañía Agrícola y Comercial, S. A." y que en consecuencia hay que descartar por este aspecto su interés en ocultar el inmueble con la venta que esa sociedad le hizo a la señora Llanos. Añade que resulta inverosímil la versión que se expone en la demanda de que, para evitar complicaciones con el fisco, los demandantes hubieran querido vincular dinero efectivo, de fácil ocultamiento, a bienes inmuebles por conducto de la señora Llanos e irse ambos a trabajar a la finca, despertando con ello sospechas sobre su conducta y exponiéndose a que les descubrieran la patraña. Además, la ocultación de la propiedad de los inmuebles tendría alguna explicación si hubiese coincidido con la situación que atravesaban los dichos dos súbditos del gobierno alemán, pero ello no fue así, porque los bienes de ambos quedaron libres del régimen de administración fiduciaria en 1947 los del uno y en 1948 los del otro, no obstante lo cual nada hicieron ellos para conseguir que la Llanos les restituyera los bienes, amén de que el señor Barthel aprobó la trasferencia de la finca que su esposa le hizo al señor Carlos Alberto Osorio. "Como se ve —afirma el fallo— si algún valor indiciario tiene el comportamiento de los demandantes ante aquella emergencia, es el de hacer inverosímil la versión en que se quiso apoyar las pretensiones de la demanda".

Acerca del indicio consistente en la posesión de los demandantes sobre el fundo de "Culantral", anota la sentencia que se buscó probar esa posesión con el testimonio del señor Pedro Alejandro Donado, pero que no se logró ese intento, porque este declarante lo que en el fondo afirma es que la poseedora era la señora Llanos. "Con esta prueba —expresa el fallo— aducida por la parte actora, no sólo no se acreditó la pretendida posesión de los demandantes, sino que se infirmó ese hecho en forma rotunda. Como prueba única, ésta no puede ser más ineficaz para establecer el hecho indiciario de que se trata".

Sobre el indicio de simulación que se funda en la unión conyugal de Walter Barthel con Juana Llanos, observa la sentencia que ese vínculo matrimonial no aparece comprobado con ninguna de las pruebas principal o supletorias que la ley exige, pues que toda la prueba aportada sobre este particular se reduce a afirmaciones de esa unión hechas en dos escrituras, elementos que son absolutamente ineficaces para demostrar el matrimonio.

Se refiere también la sentencia al indicio que se hace consistir en haber otorgado la señora Llanos testamento en favor de los demandantes

y apunta que las dos memorias testamentarias que dicha señora otorgó lo fueron en forma cerrada y que en consecuencia no se sabe si en realidad ellas favorecían o no a los dichos actores. El fallo termina así el examen de los indicios expresados:

"Se concluye, pues, que el actor no ha justificado procesalmente la pretensión contenida en la primera petición principal del libelo, por lo cual habrá de despacharse negativamente. Igual suerte habrá de correr la segunda petición principal, ya que ésta es consecuencia de aquélla, desde luego que, no habiéndose probado la simulación del contrato por medio del cual la señora Llanos compró a Compañía Agrícola y Comercial, S. A., parte de las tierras de 'Culantral', los demandantes carecen de interés jurídico para demandar la simulación del contrato subsiguiente, contenido en la escritura 2207 de 1950, en virtud de la cual la expresada señora vendió al señor Carlos Alberto Osorio lo que antes había adquirido. Ese interés, como medida de las acciones, es lo que la jurisprudencia llama hoy comúnmente legitimación para obrar, que cuando está ausente del proceso inhibe al fallador para pronunciarse sobre el fondo del asunto".

La sentencia se ocupa luego en las súplicas subsidiarias de la demanda, dirigidas a que se declare que los bienes comprados por la señora Juana Llanos a la "Compañía Agrícola y Comercial, S. A.", fueron adquiridos por la compradora, no para ella misma, sino para los señores Barthel y Schmidt, en virtud de un mandato oculto, y que en consecuencia se decrete la resolución del otro contrato de compraventa celebrado por la misma Llanos con el señor Osorio por falta de pago, ya que el precio de la finca no fue cubierto por éste a la aparente vendedora ni a sus mandantes Barthel y Schmidt. Sobre estos pedimentos dice el fallo que, aunque la jurisprudencia de la Corte ha admitido la figura del mandato sin representación, en el caso presente hay tal deficiencia probatoria que sería ocioso detenerse a examinar dichas súplicas. "Con efecto —afirma la sentencia— la única prueba que obra en el proceso sobre la existencia de ese convenio entre los presuntos mandantes y mandataria, es la total e irrestricta aceptación que ésta hizo de los hechos y de las pretensiones de la demanda, al contestarla su apoderado. Con todo, tal confesión, aparte de su limitado alcance de perjudicar sólo a quien la hizo, no merece la aceptación de la justicia tanto por haber sido desvirtuada en forma expresa y terminante por la propia confesante en el escrito de retractación que figura al folio 74 del cuaderno principal, como por estar contradicha por las demás pruebas del proceso. Por tanto, como no se ha probado la existencia del contrato de mandato en que se apoyan las súplicas subsidiarias, éstas habrán de ser denegadas también".

LA IMPUGNACION

Con respaldo en la primera causal de casación, la parte demandante formula contra la sentencia de segundo grado tres reparos, así:

Primer cargo.

Se hace consistir en el quebranto indirecto de "los artículos 1766, 1767, 1769 del Código Civil, en relación con las disposiciones de los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, 1602, 1759 y 1760 de aquel estatuto, por aplicación indebida", y ello a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

En orden a sustentar este primer motivo, el recurso alude a lo expuesto por la sentencia sobre las pruebas relacionadas con las súplicas principales de la demanda y transcribe enseguida los pasos sustanciales de la casación de 24 de marzo de 1958, en que la Corte reiteró su doctrina acerca del mérito demostrativo de las escrituras públicas y de las pruebas que las partes necesitan aducir para desvirtuar las declaraciones simuladas que consignan en esos instrumentos (LXXXVII, 2194, 483). Anota a este respecto que la señora Juana Llanos admitió ser ciertos todos los hechos de la demanda inicial y que, a más de ello, fue luego declarada confesa, pero que en la sentencia no se tuvo en cuenta ni se apreció esta confesión, que es "de vital importancia para los efectos de la demostración de la existencia del pacto oculto o privado y consecuencialmente de la simulación demandada". En cambio, dice el recurrente, se desestimó la prueba de indicios producida en el juicio, a causa de haberla examinado en forma aislada y desarticulada de la confesión dicha, a la cual le sirve de complemento, "como que de la apropiada estimación de la prueba específica de la confesión dependía primordialmente la apreciación concordante de la de indicios, por constituir aquélla el eje en torno del cual, atendida su calidad, han debido girar éstos, imponiéndose la vehemente presunción de que con su apreciación hubiera llegado el juzgador a una conclusión distinta de la que llegó".

Repite el recurso que la confesión judicial y ficta de la demandada Llanos, unida a la del codemandado Osorio, es de tal entidad probato-

ria que determina, conforme a la citada doctrina de la Corte, la variación del supuesto básico del fallo impugnado y también de sus pronunciamientos, los cuales se apoyan exclusivamente en la desestimación de las pruebas indiciarias que fueron examinadas en forma desconectada de esa prueba principal de confesión. Y ello porque los artículos 606, 607 y 618 le asignan a la confesión el valor de plena prueba.

Después de referirse a la graduación lógica que las normas positivas consagran en favor de las pruebas de confesión y de instrumentos públicos sobre la de presunciones, el recurso concluye así la exposición de este primer cargo: "En esta forma el sentenciador incurrió en su fallo recurrido en un doble error de hecho evidente en los autos, consistente el uno en la falta de apreciación absoluta de la prueba de confesión de la parte demandada, sobre la existencia del pacto oculto prevalente sobre el aparente y ostensible, y el otro en la errada apreciación de la prueba indiciaria en la forma comentada, que lo indujeron a la violación de los artículos 603, 604, 605, 606, 607, 418 y 419 del Código Judicial, e indirectamente a la de los preceptos sustantivos de los artículos citados en la primera parte de este cargo, por aplicación indebida de ellos".

Segundo cargo.

Consiste también en el quebranto indirecto, por aplicación indebida, de los artículos 1766, 1767, 1768 y 1769 del Código Civil, a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias violadas se señalan los artículos 661, 662, 665 y 667 del Código Judicial.

En desarrollo de este motivo, el recurso se refiere al examen que la sentencia hizo de las pruebas indiciarias que se allegaron para demostrar la simulación y repite que el fallo analizó esos indicios en forma aislada y desarticulándolos de la prueba principal de la confesión hecha por la parte demandada. Expresa que la prueba indirecta o indiciaria no tiene valor por sí misma y de manera aislada, sino unida y en conexión con otros elementos de juicio de la misma o de distinta categoría, de modo que todos guarden armonía entre sí y con el hecho que se pretende comprobar. Además los indicios no pueden ser apreciados aisladamente unos de otros, sino que deben considerarse en conjunto y teniendo en cuenta la conexión existente entre ellos y con el hecho que se quiere probar. Añade enseguida el recurso:

"El Tribunal de Barranquilla no usó en la estimación o apreciación de la prueba indirecta el proceso de análisis y síntesis recomendado por la doctrina y la jurisprudencia, como que no hizo ese análisis en conexión con la prueba de la confesión de la parte demandada, ni con la mutua que debe existir entre los diversos indicios, y empleó el socorrido sistema de aislamiento de esos elementos probatorios, y en este camino se olvidó de la presencia en los autos de la prueba directa de la confesión, así como de los indicios consistentes en la existencia de disposiciones legislativas dictadas por el Gobierno Nacional con motivo del estado de guerra internacional existente a partir del año de 1939, sobre restricción de la libertad personal y contractual de los súbditos del gobierno alemán y otros".

Sostiene también el recurrente que, al analizar los indicios en forma aislada y desarticulada, el fallo incurrió en un error de derecho por apreciación errónea que lo condujo a infringir el artículo 665 del Código Judicial y de manera indirecta el artículo 1766 del Código Civil, por aplicación indebida.

Cargo tercero.

Versa sobre la violación indirecta de los artículos 1766, 1871, 1546 y 1608 del Código Civil, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias quebrantadas se citan los artículos 664, 665, 666, 610, 618, 619 y 597 del Código Judicial y 1769 del Código Civil.

El recurso sustenta este cargo diciendo que la confesión, así expresa como ficta, tiene el mérito de plena prueba, según los artículos 604, 607, 610, 618 y 619 del Código Judicial, y que por tanto la sentencia, al negarles valor demostrativo a las confesiones judicial y ficta de la demandada Llanos, incurrió en un error de derecho que la condujo a violar los preceptos sustanciales anotados, por aplicación indebida de unos y por falta de aplicación de otros. Este yerro resulta aún más ostensible si se tiene en cuenta que, para subestimar la aludida prueba de confesión, la sentencia incurrió en otro error igual al darle entrada en el proceso y considerar el memorial de retractación presentado a destiempo por la propia demandada Llanos, memorial que no se allegó en ninguna de las oportunidades que señala el artículo 597 del Código Judicial.

Fuera del anterior, el fallo cometió un error manifiesto de hecho al no haber apreciado la prueba de confesión contenida en las posiciones absueltas por el demandado Carlos Alberto Osorio, "al no apreciar la prueba mencionada de confesión —expresa el recurso— el Tribunal

Superior de Barranquilla incurrió en el error de hecho de falta de apreciación de dicha prueba. Si la hubiera estimado, le hubiera otorgado la fuerza probatoria que la ley le otorga a este elemento, y la decisión sobre las peticiones subsidiarias de la demanda habrían sido favorables, ya que la confesión sobre no pago del precio de la compraventa en la forma estipulada en la escritura pública que la contiene, induce a decretar la resolución de dicho contrato".

Después de transcribir una doctrina de la Corte sobre los elementos constitutivos de la acción resolutoria, el recurrente pone así término a la exposición de este otro aspecto del motivo en examen: "Con aquella falta de apreciación de la prueba de la confesión del demandado Carlos Alberto Osorio, error evidente de hecho manifiesto en los autos, se violó, los artículos 1769 del Código Judicial, e indirectamente los artículos 1546 y 1930 y concordantes del Código Civil, por indebida aplicación o falta de ella".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. Antes de acometer en concreto el análisis de los cargos expuestos, se hace necesario considerar y poner en claro dos asuntos que surgen de las protensiones deducidas por las partes.

La primera de tales cuestiones concierne a la excepción de causa ilícita que fue propuesta por el demandado Carlos Alberto Osorio y que, como opositor, ha desarrollado su mandatario en casación por el aspecto de la inmoralidad que implica el protender los demandantes fundar su acción de simulación en un fraude al régimen sobre administración fiduciaria de los bienes de los súbditos del gobierno alemán durante la segunda guerra mundial.

Está visto que los actores afirman en su demanda que, con motivo de las medidas sobre administración fiduciaria de los bienes mencionados, ellos liquidaron sus negocios y le entregaron sus haberes a la señora Juana Llanos, y que ésta, con dineros de los propios demandantes, adquirió unas acciones en la comunidad de "Culantral", adquisición que hizo como mandataria de los mismos señores Barthel y Schmidt y con el convenio privado de restituirles esos bienes cuando hubieran cesado las medidas expresadas. Con respaldo en estos asertos que la sentencia juzgó inverosímiles, la parte opositora sostiene que los demandantes cometieron un fraude a la ley y que ese acto de indignidad los priva del derecho de alegar la simulación que hacen valer y de procurar la restitución de las acciones o derechos en la comunidad de "Culantral".

Sobre este argumento, que es trasunto de la excepción de causa ilícita inicialmente propuesta, cabe observar:

1. La simulación es un fenómeno jurídico que está previsto por el artículo 1766 del Código Civil; sólo en casos excepcionales aparece prohibido por la misma ley (C. C., 1023, 1371 y 2170). Así lo ha reconocido tradicionalmente la doctrina de la Corte, cuyos esfuerzos en esta materia vienen encaminados a elaborar los lineamientos propios de ese fenómeno, con base en el citado artículo 1766.

La figura jurídica de la simulación ofrece perfiles y caracteres que la diferencian de la nulidad y que no permiten confundirla con ésta, y se halla sujeta a un régimen distinto del que disciplina en general el fenómeno de la invalidez de los actos jurídicos. Desde 1935 la Corte ha venido sosteniendo que la simulación no es por sí misma causa de nulidad y distinguiendo un fenómeno de otro y el régimen a que cada uno de ellos está sometido.

2. El objeto y la causa ilícitos en los contratos producen la nulidad absoluta de éstos, es decir, que la ilicitud del objeto o de la causa se halla sancionada con la invalidez absoluta del respectivo acto jurídico (C. C., 1741).

Conforme a lo prescrito por el artículo 1746 del Código Civil, la nulidad judicialmente declarada confiere a las partes derecho para ser restituidas al statu quo ante, *sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. Y el artículo 1525* ibídem *dispone que "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas". Según estos preceptos, la regla general es la restitución de las partes al estado anterior al contrato que se declara inválido; la excepción consiste en la no restitución a ese estado precedente cuando la nulidad que se decreta tiene su origen en la ilicitud del objeto o de la causa. Esta excepción constituye por sí misma una sanción y en su doble carácter de excepción y de sanción no puede recibir aplicación extensiva o analógica, esto es, que no puede extenderse ni ser aplicada a fenómenos ni en campos distintos del de la nulidad que proviene de esa misma ilicitud. Lo cual significa que tal excepción no tiene cabida ni puede aplicarse por analogía en el terreno de la simulación, porque ésta no se identifica con la nulidad ni es causa de ella.*

3. En materia de simulación el contrato aparente o ficticio carece de causa en el sentido

objetivo y clásico de la expresión; no hay en él prestaciones que se determinen recíprocamente. La causa simulandi *del contrato ficticio consiste en el móvil que ha inducido a las partes a fraguar la simulación y a crear con ella una apariencia engañosa ante terceros; ese móvil varía en cada caso particular y puede ser lícito o ilícito. De donde resulta que, mientras en los contratos serios la causa ilícita engendra la nulidad de éstos, en los negocios simulados la ilicitud del móvil o* causa simulandi *no produce la misma consecuencia extintiva. En tales negocios, la* causa simulandi, *lícita o ilícita, sirve para explicar el por qué de la ficción o del engaño ante terceros, pero no tiene repercusión alguna sobre la validez o la ineficacia del contrato real u oculto, el cual tiene una causa propia que lo rige y que determina su validez o su nulidad. Así lo ha sostenido la Corte en casaciones de junio 8 de 1954 (LXXVII, 2142, 793). de septiembre 2 de 1954 (LXXVIII, 2146, 556) y de octubre 5 de 1954 (LXXVIII, 2147, 845).*

Esta doctrina armoniza cabalmente con la naturaleza y las características del fenómeno de la simulación, y de acuerdo con ella la causa simulandi *ilícita no produce la nulidad del contrato aparente, ni consecuencia alguna sobre el contrato real y secreto. Este contrato debe tener su propia causa y ha de resultar eficaz o nulo según que esta causa sea lícita o ilícita.*

4. La prohibición de repetir lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, que establece el artículo 1525 del Código Civil, constituye la consagración legislativa de la regla Nemo auditur. *Esa prohibición no tiene cabida en materia de simulación, como viene dicho, y además su aplicación en este campo produciría consecuencias irritantes y conduciría a situaciones injurídicas. En efecto, la aplicación de tal regla afianzaría los negocios simulados en vez de destruirlos como consecuencia de la simulación misma; daría lugar a que esos negocios produjesen un resultado idéntico al que genera el cumplimiento de las obligaciones naturales, y derivaría hacia un enriquecimiento injusto de parte del simulante demandado, cómplice y aún posible autor principal del fraude a terceros o a la ley.*

5. Si se llegara a admitir la aplicación de la regla Nemo auditur *en el campo de la simulación, sobrevendría el caso de que el simulante actor, advertido por ello del posible insuceso de su pretensión, procuraría omitir u ocultar en su demanda toda referencia al móvil ilícito y alegaría una* causa simulandi *lícita y también ficticia. En este supuesto correspondería al simulante demandado descubrir y probar el verdadero móvil ilícito, a fin de evadir la restitución de los bienes recibidos en apariencia. Esto sería escandaloso, y resultaría doblemente inmoral que al demandante se le rechazara su acción por alegar un móvil ilícito y que, en cambio, al demandado se le permitiese acudir a ese mismo móvil para exonerarse de la restitución y consolidar su enriquecimiento injusto, obteniendo así un premio a su deslealtad y a su mala fe. No sería contrario a la justicia y a la más simple lógica que entre las partes simulantes no pudiera alegarse la simulación ilícita como acción, pero que sí se la pudiese invocar y hacer valer como excepción.*

6. Ni aun en el propio ámbito de la nulidad absoluta atiende siempre la ley a la aplicación de la regla Nemo auditur. *Así puede verse que en los juegos y apuestas prohibidos la ley autoriza repetir lo que en ellos se ha pagado (Ley 153 de 1887, Art. 95).*

7. Denegar la repetición o la restitución de bienes en materia de simulación ilícita, equivaldría a hacer ilusoria la acción correspondiente, y ello cuando la propia ley da margen al negocio simulado, reconociéndole efectos jurídicos entre las partes que lo conciertan. Esa denegación quebrantaría aquel principio que ordena preferir la realidad a la apariencia (plus valere quod agitur quam quod simulatur).

8. Según reiterada doctrina de la Corte, la acción de simulación es una acción de prevalencia del convenio real y secreto sobre el aparente. Esa acción se encamina a disipar la ficción y a obtener el cumplimiento del acto oculto; ella surge, pues, del pacto reservado cuya prevalencia se pretende, y no puede en consecuencia ser afectada ni interferida por la ilicitud de la causa simulandi *del negocio fingido.*

9. Ningún precepto positivo determina el rechazo de la acción de simulación ilícita. El artículo 2º de la Ley 50 de 1936 sólo se refiere a la acción de nulidad absoluta, y ello, no para prohibir tal acción, sino para autorizar su ejercicio por quien tenga interés en promoverla. Lo único que esta disposición prohibe es sanear la nulidad absoluta que proviene de objeto o causa ilícitos. Ni aun admitiendo en hipótesis la aplicación analógica de esta norma a la simulación ilícita, podría ampararse en ella la conclusión de rechazar la acción que se dirige a hacer declarar esta simulación.

En resumen: la regla Nemo auditur, *consagrada por el artículo 1525 del Código Civil, es*

aplicable en el campo de la nulidad absoluta, pero no en la esfera de la simulación, porque ella tiene carácter excepcional y estricto y porque la nulidad y la simulación son dos figuras jurídicas distintas y se hallan regidas por principios y normas también diferentes e inconfundibles.

Estas observaciones permiten concluir que la excepción de causa ilícita o argumento de inmoralidad expuesto por la parte opositora, no es de recibo ni puede prosperar en este negocio que se refiere, no a una nulidad absoluta, sino a una supuesta simulación.

II. El segundo punto que conviene poner en claro se relaciona con la simulación que se invoca en la primera de las súplicas formuladas en la demanda inicial de esta litis.

Allí se solicita la declaración de que es simulado el contrato de compraventa de unas acciones en la comunidad de "Culantral", celebrado por la señora Juana Llanos con la sociedad en liquidación llamada "Compañía Agrícola y Comercial, S. A.". Tanto a continuación de este primer pedimento como en los hechos de la demanda, se expresa que la simulación mencionada consiste en que la compradora Llanos, al intervenir en la celebración de esa compraventa, obró como mandataria sin representación de los demandantes y que en consecuencia no adquirió para ella los bienes comprados, sino para los señores Barthel y Schmidt. ¿Se trata en realidad de un contrato simulado, de una verdadera simulación, o de otra figura jurídica distinta?

Importa observar en primer término que la simulación alegada como acción, no puede ser judicialmente declarada sino con audiencia de todas las personas que intervinieron como partes en el negocio simulado. El vínculo, aun aparente, que genera una convención ficticia, no puede ser desatado sin la presencia en juicio de cuantos aparecen ligados por él. En el presente caso se invocó la declaración de simulación frente a la señora Juana Llanos y al señor Carlos Alberto Osorio, pero no con citación y audiencia de la compañía vendedora de las acciones en "Culantral". La abstención en demandar a esta sociedad no puede imputarse aquí a olvido o negligencia de los actores, sino al hecho indudable y notorio de que no se trata en realidad de un fenómeno de simulación, sino de una figura diferente. Si la compraventa celebrada por la señora Llanos con la "Compañía Agrícola y Comercial, S. A.", hubiera sido simulada y si en este caso se tratase de veras de una acción de simulación, el juzgador de mérito habría tenido que inhibirse de proferir sentencia de fondo por falta del presupuesto procesal de demanda en forma, consistente el defecto en no haberse integrado regularmente la parte demandada, ya que no se llamó a juicio a la sociedad vendedora como interesada en aquel contrato. Pero como no se trata de una verdadera simulación, no hubo ni hay necesidad de llegar al fallo inhibitorio por la ausencia en juicio de la nombrada compañía vendedora.

¿De qué figura se trata entonces? Si, como se afirma en la demanda, la simulación que se alega proviene de que la señora Llanos celebró dicha compraventa como mandataria sin representación de los demandantes Barthel y Schmidt, hay que concluir que no se trata en realidad de una simulación y que lo sucedido aquí es que se ha producido una confusión entre el mandato oculto o sin representación y la simulación por interposición de persona. En ambas figuras hay ciertamente una interposición de persona, pero en posturas y con funciones y efectos tan distintos en uno y otro fenómeno que no permiten identificar y confundir al mandatario a nombre propio con el testaferro. En el mandato oculto, el mandatario obra en su propio nombre, adquiere él los derechos derivados del contrato que celebra con un tercero, se hace titular de estos derechos y contrae directa y personalmente las obligaciones correlativas. El mandante no adquiere esos derechos ni contrae tales obligaciones, porque ningún vínculo jurídico se establece entre él y la persona que contrata con el mandatario. Las relaciones entre éste y su mandante se rigen por el contrato de mandato, el cual genera para el mismo mandatario la obligación de transferirle a dicho mandante los derechos adquiridos del tercero. La circunstancia de que el mandatario, al obrar en nombre propio, se reserve el nombre de su mandante y le oculte al tercero que actúa en interés de aquél, no entraña simulación alguna ni es motivo o parte para tener a ese mandatario como un contratante ficticio y para asimilarlo al testaferro. Por el contrario, es un contratante real frente al tercero y también respecto de su mandante, aunque obligado con éste a hacerle transferencia de los derechos adquiridos por él. Todo lo cual obedece a la naturaleza del mandato oculto o sin representación que prevén los artículos 2177 del Código Civil y 356 y siguientes del Código de Comercio.

En cambio, en la simulación por interpósita de persona, el intermediario o testaferro no es un contratante efectivo y real, sino fingido y aparente; no adquiere para sí derecho alguno ni se hace titular verdadero de los derechos que se le transfieren en apariencia, los cuales per-

tenecen en realidad a quienes, con su concurso, traman la simulación. El testaferro no hace sino prestar su nombre para realizar una función mecánica y no jurídica, porque toda su actividad se contrae a servir pasivamente de eslabón o puente entre los verdaderos contratantes, es decir, entre las personas que buscan ocultar así sus relaciones contractuales directas. Lo cual permite ver que, desde el punto de vista jurídico, el mandatario a nombre propio y el testaferro no ocupan la misma posición, ni cumplen funciones idénticas ni hay lugar a confundir el uno con el otro. Contra dicho mandatario tiene el mandante acciones personales que nacen del mandato para obligarlo a transferirle los derechos adquiridos por aquél mediante el negocio concertado con un tercero. Contra el testaferro tiene la parte simulante acción personal para descubrir la simulación y acción real para obtener en consecuencia la restitución de los bienes o derechos que sólo en apariencia le fueron transferidos.

En el caso presente, la acción que se invoca en la primera súplica de la demanda se hace reposar en un mandato sin representación y no es por tanto una verdadera acción de simulación. La señora Llanos no aparece calificada ni tratada como un testaferro, sino como una mandataria a nombre propio, calidad que aun confirma la circunstancia de no haberse citado al juicio a la compañía vendedora. Esto demuestra que la petición aludida no entraña el ejercicio de una acción de simulación, sino de la acción que los actores Barthel y Schmidt alegan tener como mandantes de dicha señora para obligarla, no a restituir bienes, sino a transferirles los derechos o acciones que, como tal mandataria, adquirió ella en el condominio de "Culantral".

La misma primera súplica de la demanda trae dos peticiones consecuenciales, consistente la segunda de ellas en que se declare que es simulada la venta que la propia señora Llanos le hizo al señor Carlos Alberto Osorio de las referidas acciones en "Culantral", y ello porque la vendedora, al celebrar ese contrato, asumió la calidad de dueña y porque no hubo de su parte intención de transferir ni del lado del comprador Osorio, propósito de adquirir el dominio de tales acciones. Esta segunda petición consecuencial sí implica el ejercicio de una acción de simulación respecto de la compraventa concertada entre la señora Llanos y el señor Osorio.

Aclaradas así las dos cuestiones anteriores, es tiempo de emprender el análisis de los cargos que se formulan en la demanda de casación.

III. La primera de tales censuras se apoya en dos errores sobre la apreciación de las pruebas, uno de hecho y otro de derecho. El primero consiste, según el recurso, en que la sentencia no tuvo en cuenta y olvidó apreciar las confesiones expresa y ficta de la demandada Llanos y en que tampoco consideró la confesión hecha en posiciones por el señor Carlos Alberto Osorio. El error de derecho estriba en que el fallo estimó las pruebas de indicios en forma desarticulada y no en conexión con las de confesión de los demandados y en que de ese modo les desconoció el valor probatorio que tienen en realidad.

El segundo cargo tiene por base el mismo error de derecho anotado, esto es, que la sentencia no estimó las pruebas de indicios en conexión con la confesión de la parte demandada, sino aislándolas de esta segunda prueba y menospreciando por ello su mérito demostrativo.

En el motivo tercero se alega otro error de derecho, consistente en no haber el fallo apreciado en debida forma la confesión de la demandada Llanos, ya que le desconoció el valor de plena prueba. En el mismo cargo se le atribuye a la sentencia otro error de hecho ya alegado en el primer motivo, error que se hace reposar en no haber tenido en cuenta ni apreciado la confesión del demandado Osorio.

En relación con el error de hecho que versa sobre la omisión en considerar la confesión de la demandada Llanos, hay que anotar en contrario que la sentencia sí tuvo en cuenta esa prueba al referirse a las peticiones subsidiarias de la demanda. Se expresó allí que esa confesión no perjudica sino a su autora y que carece además de valor demostrativo porque la propia señora Llanos se había retractado y porque esa prueba aparecía contradicha por los otros elementos de juicio que obran en el proceso. Al considerar así esa prueba de confesión, es obvio que la sentencia no cometió el aludido error de hecho que le imputa el recurso, es decir, que no echó en olvido tal prueba ni dejó de ponderarla.

IV. La sentencia no le reconoció ningún mérito probatorio a la confesión de la demandada Llanos, y sobre las pruebas indiciarias expresó que eran totalmente ineficaces para demostrar las pretensiones de los demandantes. El recurso sostiene que el fallo incurrió en un doble error de derecho al no reconocerle a esa confesión el valor de plena prueba que la ley le asigna y al desestimar la fuerza demostrativa de los indicios por haberlos apreciado en forma aislada y desarticulada de dicha confesión.

El apoderado judicial de la señora Llanos, al dar respuesta a la demanda, aceptó como ciertos los hechos expuestos allí; más tarde la misma señora fue citada a absolver posiciones

y, como no compareció, se la declaró confesa, y por último dicha demandada presentó un memorial en que dijo no haber autorizado a su procurador para admitir como verdaderos los referidos hechos de la demanda. Si, como lo pretende el recurrente, se reconociese el valor de plena prueba a las confesiones expresa y ficta de la demandada Llanos, se tendría ser verdad que ella intervino como mandataria a nombre propio en la compra de las acciones en la comunidad de "Culantral", que hizo tal compra con dineros de los demandantes Barthel y Schmidt y para ellos, que puso estos hechos y su situación económica en conocimiento del señor Carlos Alberto Osorio, que le vendió a éste las acciones mencionadas, pero que no recibió de él lo que la escritura respectiva reza como precio.

En el mismo supuesto de que se dieran por comprobados los hechos anteriores con la confesión de la señora Llanos, se llegaría a estas conclusiones de orden jurídico:

a) Que esa confesión no podía perjudicar sino a la propia señora Llanos, como lo anotó la sentencia.

b) Que el mandato oculto confesado no creó relaciones jurídicas sino entre la Llanos y los demandantes Barthel y Schmidt.

c) Que, como viene expuesto, ese mandato, por ser precisamente oculto, facultaba a la señora Llanos para obrar a nombre propio, esto es, para adquirir a su nombre las acciones en la comunidad de "Culantral" y para hacerse por lo mismo titular de tales acciones.

d) Que el citado contrato de mandato no es oponible al señor Carlos Alberto Osorio, es decir, que no produjo efectos respecto de éste, por no haber sido parte en él ni estar comprobado que Osorio tuviera conocimiento de tal convención.

e) Que la señora Llanos, al vender las citadas acciones en "Culantral" al mentado Carlos Alberto Osorio, se colocó en situación de incumplir el referido contrato de mandato y quedó sujeta respecto de sus mandantes Barthel y Schmidt a las consecuencias legales de ese incumplimiento.

f) Que la confesión de la demandada Llanos no es por sí sola prueba suficiente para tener por desvirtuada la declaración de haber ella misma recibido satisfactoriamente del comprador Osorio el precio de venta de las acciones en "Culantral", declaración que dicha señora consignó en la escritura número 2207, de 31 de agosto de 1950.

Se repite, en ampliación de las conclusiones anteriores, que la señora Llanos al comprar a nombre propio, como mandataria sin representación, las acciones mencionadas, se hizo titular de esos bienes y pudo disponer de ellos frente a terceros de buena fe. El mandato que esa señora confiesa haber recibido de los señores Barthel y Schmidt, la obligaba a transferir a éstos esas mismas acciones, pero no le impedía venderlas a un tercero, como en este caso lo hizo al señor Carlos Alberto Osorio. Al proceder así, lo que sucedió fue que la Llanos incumplió el mandato expresado y quedó sometida a las resultas de esa violación de las relaciones contractuales acordadas con sus nombrados mandantes.

Por otra parte y también en la hipótesis de que las pruebas indiciarias, analizadas y apreciadas en coordinación y conexión con la confesión de la señora Llanos, concurrieron a demostrar el sobredicho contrato de mandato, habría que llegar a las mismas conclusiones precedentes, las cuales pueden condensarse diciendo que ese mandato creó vínculos jurídicos entre la demandada Llanos y los señores Barthel y Schmidt, pero no respecto del señor Osorio, por haber sido éste ajeno a esa convención y porque los contratos no afectan a terceros en virtud del principio de la relatividad de su fuerza obligatoria.

Estas reflexiones conducen a poner de relieve y en limpio que, aunque se admitiese en hipótesis que la sentencia incurrió en los errores de valoración probatoria que le atribuye el recurso respecto de la confesión de la demandada Llanos y de las pruebas indiciarias, tales yerros no incidirían en casación, es decir, no producirían la infirmación de ese fallo, porque, en fuerza de dichas consideraciones, habría que llegar por otra vía más sustancial y directa a los mismos pronunciamientos de la decisión impugnada.

V. Por último, el recurso le imputa al fallo el error de hecho de no haber tenido en cuenta ni apreciado la confesión hecha por el demandado Carlos Alberto Osorio.

El señor Osorio absolvió en este juicio un pliego de posiciones a solicitud de la parte demandante. En esa absolución negó la mayoría de los hechos sobre los cuales se le interrogó; sólo admitió ser cierto que había intervenido como mandatario de la señora Llanos en la celebración de un contrato de exploración y explotación de los terrenos de "Culantral" con la Compañía Petrolera del Valle del Magdalena. Al ser preguntado sobre si era o no cierto que él, como aparente comprador, no había entregado a la señora Llanos el precio en que le compró las

acciones en la hacienda de "Culantral", contestó: "No es cierto, aclaro: el precio de la venta se canceló de acuerdo con lo convenido del modo siguiente: una suma en efectivo, cuyo monto no recuerdo en el momento; un cheque a favor de 'Elías Muvdi & Cía.', por la suma de $ 30.000, moneda legal, y un documento a favor de la señora Juana Llanos de Barthel, el cual fue cancelado oportunamente".

¿Revisten estas manifestaciones el carácter de una confesión? Cumple recordar que en la escritura número 2207, de 31 de agosto de 1950, que contiene la compraventa de las acciones de "Culantral" de la señora Llanos al señor Osorio, aparece que el precio fue de $ 100.000 y que la vendedora lo recibió a su satisfacción. El citado Osorio admite que la Llanos le confirió un poder para celebrar un contrato con la Compañía Petrolera del Valle del Magdalena, niega que no hubiera pagado el precio de las acciones dichas y explica que hizo tal pago en forma distinta de como se expresa en la escritura mencionada. Si por confesión se entiende la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra, hay que concluir que las declaraciones del demandado Osorio no tienen el carácter de confesión, porque ningún perjuicio le irrogan a él mismo. Allí no figura confesado el no pago del precio de las acciones, sino que Osorio ratifica y explica que lo efectuó, aunque en forma diferente de la indicada en la escritura respectiva. Esta aclaración no desvirtúa, sino que corrobora la manifestación sobre el pago del precio y no puede en consecuencia tomársela separadamente en perjuicio del nombrado Osorio.

Las posiciones absueltas por este demandado nada dicen sobre el no pago del precio de las acciones en "Culantral" y por tanto ningún error de hecho puede atribuirse a la sentencia por no haber visto allí ni tenido en cuenta tal supuesta prueba de confesión. Y menos se produjo por esta causa el quebranto de las normas que regulan la acción resolutoria, las cuales no podían ser aplicadas ante la falta de prueba plena de ese no pago del precio.

Estas consideraciones demuestran que los cargos no son fundados y que en consecuencia el recurso no puede 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 cinco de octubre de mil novecientos sesenta y dos, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este juicio ordinario del señor Eugenio Schmidt contra los señores Juana Llanos de Barthel y Carlos Alberto Osorio.

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

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor José Hernández Arbeláez en el fallo que antecede.

Sin duda alguna la nulidad y la simulación como fenómenos jurídicos no pueden confundirse. Las partes simuladoras crean en apariencia determinado negocio jurídico con el ánimo de mantener oculto un estado preexistente que no quieren alterar, cuando la simulación es absoluta; o exhiben un acto irreal como instrumento para esconder el que verdaderamente quieren celebrar, cuando la simulación es relativa. Mientras que en materia de nulidad la intención real y verdadera de los contratantes va dirigida al perfeccionamiento del negocio jurídico, y su voluntad llega a frustrarse sólo a consecuencia de los vacíos o vicios que según las normas objetivas le niegan o le restan eficacia plena. (Casación: 2, septiembre de 1954, LXXIX, 2146, 554).

Es indiscutible también que la invalidez, como tal, puede predicarse tanto del acto oculto como del acto aparente sin que por ello se confundan las categorías simulación y nulidad. Así, no es raro el caso de compraventa de inmuebles para disfrazar donación, a que sobreviene pronunciamiento judicial que declara la compraventa simulada y la donación nula en el exceso de dos mil pesos, precisamente porque no se confunden los dos fenómenos.

Se justifica así que se mantenga el mismo deslinde para el tratamiento de la *simulación en fraude a la ley*. Porque entonces el negocio ostensible está simulado nada más que para ocultar un acto absolutamente nulo por contrario a prohibiciones ineludibles de la ley, que obligan siempre y por siempre.

Quien voluntariamente abandona el camino imperado por el derecho se encuentra en la necesidad de volver sus pasos atrás si quiere retornar a la juridicidad. Pero de ningún modo puede pretender el trasgresor la intervención de la justicia para evitar que se le malogre el fruto esperado del fraude a la ley. Si por flexible criterio las jurisdicciones ampararan al defraudador para que logre cumplido éxito a consecuencia de acto suyo contrario a las buenas costumbres o al orden público, se llegaría a turbar profundamente el equilibrio de las instituciones y la seguridad jurídica dejaría de existir. El imperio de la ley sería circunstancial y apenas subordinado al arbitrio de las gentes.

El que como tercero pretenda destruir la apariencia de un negocio jurídico, no está obligado a probar fraude a la ley. Le basta demostrar que es simulado, haya sido cualquiera la *causa simulandi*. Pero esto parecería bien distinto de entender que sobra cualquier examen de la *causa simulandi* cuando se encubre fraude a la ley y uno de los que concurrieron a la acción torpe quiere nada menos que apoyarse en su desprecio de la ley de orden público para recoger por ministerio de la justicia los proventos de la misma torpeza.

Como es moralmente imposible el objeto prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público (3º, 1518 C. C.); como hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación (1519); y como "no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas" (1525), pueden estar dotados de alguna claridad los motivos de mi disentimiento en la sentencia que antecede. O sean los expuestos en el proyecto que tuve a honra presentar a la consideración de la Sala como ponente inicial, a saber:

"1. A causa de las repercusiones que por la segunda guerra mundial sufrió el Estado colombiano, en ejercicio de su derecho de conservación y de defensa expidió una serie de normas orgánicas del régimen especial de administración fiduciaria de bienes pertenecientes a súbditos de las potencias del *Eje Roma, Berlín, Tokio*.

"Tales normas de orden público interno, e internacional también, por hallarse en íntima vinculación con el derecho elemental del Estado

a conservar su existencia, fueron de imperio ineludible y de observancia primordial y estricta. Todo acto tendiente a evadir sus imperativos, por obvia e inmediata consecuencia no puede ser entendido como causa eficiente de protección jurídica. Mal cabría el amparo de la ley para quien por obra de su voluntad aparenta celebrar contratos cuyo fin reconocido en juicio consiste precisamente en colocarse por fuera de sus mandatos.

"2. La pretensión prosperaría si por oportuno arrepentimiento se buscara borrar lo efectuado para que así viniera la aplicación de las normas evadidas. Pero nunca cuando la justicia habría de actuar como instrumento que en definitiva permitiera coronar la maniobra engañosa, ejecutada a espaldas y en burla de la ley. Quien por su voluntad desconoce el imperio de las normas de derecho jamás puede pretender que, cuando cese el peligro, esas mismas normas le protejan para deshacer aquellos actos que utilizara para violarlas. Este criterio elemental impide en absoluto y de plano la legitimación en causa.

"3. Porque si dentro del marco del orden público y las buenas costumbres tiene prevalencia entre las partes la voluntad real sobre la voluntad declarada, sin perjuicio de terceras personas, ello es sencillamente así por partir del supuesto básico de que se actúa precisamente en el campo de lo permitido por la ley, por no afectar las buenas costumbres ni el orden público. Por lo que es fundado en derecho y legítimo el interés para la pretensión de prevalencia. Mas no sucede lo propio cuando la voluntad simuladora tiene por fin no lo permitido sino lo prohibido por la ley: entonces no hay interés jurídico qué proteger.

"4. Cuando el orden público entra en juego desaparece la libertad de contratación, así sea por medios aparentes o por vías ocultas. De manera que hay ausencia de causa para pedir o falta de interés jurídico en dar audiencia a lo que no está fundado en el ordenamiento.

"La simulación relativa en fraude a la ley se caracteriza, como es claro, por ocultar con apariencias de validez un acto absolutamente nulo por contrario al orden público o a las buenas costumbres. Es la simulación para encubrir nulidad absoluta.

"De modo que si como punto de referencia, por analogía y aún por considerando *a fortiori*, se buscara criterio para medir la simulación en burla de la ley, en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que vino a permitir la alegación de nulidad absoluta 'por todo el que tenga interés en ello', sería de ver que siempre subsiste el límite demarcado por las buenas costumbres y el orden público. Porque es notorio en el contexto de la disposición, armónica en sí misma, que no se trata de un interés cualquiera para invocar la nulidad absoluta, sino, como es natural, de *interés legítimo*. O sea el mismo por el cual se concede allí la acción al Ministerio Público 'en interés de la moral o de la ley', y el mismo también que impide sanear 'por ratificación de las partes' el vicio generado por objeto o causa ilícitos.

"5. Si, pues, las partes no pueden por ratificación darle eficacia al acto absolutamente nulo por contrario al orden público o las buenas costumbres, y si la simulación relativa en fraude a la ley, bajo la apariencia de respeto a sus mandatos oculta la violación de preceptos de ineludible cumplimiento, se sigue con brillante claridad que la eficacia plena del pacto oculto defraudador surgiría consumada contra las buenas costumbres y el orden público, precisamente por la vía judicial si se admitiera que el reconocimiento de los hechos en la respuesta a la demanda o en posiciones fuesen medios idóneos para legitimar súplicas emergentes de actos simuladores que las partes declaran haberse ejecutado para eludir preceptos de orden público. Si es por principio como la simulación no puede ir contra terceros de buena fe, menos aún cabe que vaya contra el orden público, en que se asienta la convivencia social y la seguridad común.

"6. En el caso de autos la demanda confiesa por fundamento de las súplicas un acto relativamente simulado en fraude a la ley. Esto es, el de aparente compraventa para conferir al comprador mandato oculto consistente en sustraer ciertos objetos del régimen de administración fiduciaria de bienes de extranjeros, establecido en Colombia por razones de orden público y de defensa nacional, a causa de su estado de beligerancia con Alemania en el segundo conflicto mundial. Haya o no reconocido uno de los demandados ese propósito de burlar la ley, no varía de aspecto la ninguna prosperidad de la pretensión, desde luego que está privado de eficacia lo que *ad initio* fue hecho contra los imperativos legales.

"Y si no está llamada a prosperar la súplica fundamental de simulación, tampoco encuentran buen suceso las que le vienen subordinadas en la demanda inicial. Porque si Juana Llanos de Barthel no obró como mandataria de Walter

Barthel y Eugenio Schmidt al adquirir las acciones de *Culantral,* tampoco lo fue en la venta que de los mismos derechos hizo a Carlos Alberto Osorio. Los actores Barthel y Schmidt en tales condiciones nada pueden pedir por vía resolutoria de este último contrato por no pago del precio, puesto que la respectiva titularidad no radica en ellos sino en Juana Llanos de Barthel, que nada pide.

"7. Es bastante lo expuesto para encontrar infundada la censura. Cabe agregar, sin embargo, que si los indicios examinados por el Tribunal le llevaron a concluir que el pacto de mandato oculto no fue probado, su convicción prevalece en el recurso extraordinario. Puede la crítica entenderlos de otra manera. Mas como el sentenciador aprecia en conciencia el nexo entre los hechos índices y el indicado, su autonomía de juicio al respecto permanece incólume. Salvo arbitrariedad manifiesta, que no está demostrada".

Por todo lo cual el proyecto llegaba a la conclusión de no infirmar el fallo recurrido.

Fecha ut supra.



ADVERTENCIA

Además de las sentencias publicadas, la Sala de Casación Civil profirió durante los meses de octubre a diciembre de 1964, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

Demandante	*Demandado*	*Fecha*	*Magistrado ponente doctor*
Gerardo Próculo Ojeda Rodríguez.	Inés Salas v. de Rodríguez.	2 de Octb./64.	José Hernández Arbeláez.
Lisímaco Gutiérrez Mejía.	Claudio Ceballos y otros.	8 de Octb./64.	Enrique Coral Velasco.
Elena Charry de Rada.	Angel Arturo Legarga.	9 de Octb./64.	Enrique Coral Velasco.
Hermencia Rojas.	Neftalí Rojas.	19 de Octb./64.	Gustavo Fajardo Pinzón.
Rogelio Díez y otros.	Julia Rita Montoya v. de Díez y otros.	20 de Octb./64.	Enrique Coral Velasco.
María Currea v. de Aya.	Eduardo Pérez Mejía.	22 de Octb./64.	José Hernández Arbeláez.
José de J. Martínez.	Remigio González Rojas.	28 de Octb./64.	Julián Uribe Cadavid.
Tomás Ríos R. y otros.	Félix Ríos R.	29 de Octb./64.	Enrique Coral Velasco.
Carmelita Oliveros Sierra.	Alfonso Montalvo Olivero.	30 de Octb./64.	Enrique Coral Velasco.
Carmen Emilia Gómez.	Luis Eduardo Salazar Valencia.	30 de Octb./64.	José Hernández Arbeláez.
Rosa Tulia Fernández y otras.	Luis Ernesto Mendoza.	30 de Octb./64.	Enrique López de la Pava.
Heriberto Guzmán.	Bonifacio Flórez o Cruz.	5 de Nov./64.	Enrique Coral Velasco.
Martín Emilio Betancur Vanegas.	Teodoro Betancur S.	6 de Nov./64.	Enrique López de la Pava.
Paulina Medina Medina.	Luz Elba Ríos Jácome.	12 de Nov./64.	Enrique Coral Velasco.
Lilia Cuevas Rangel.	Guillermo Rangel Pinzón.	12 de Nov./64.	José Hernández Arbeláez.
Misael Moreno Herrera.	La Nación.	20 de Nov./64.	Enrique Coral Velasco.
Marina Agudelo de Mejía.	Gilberto Arcila Osorio.	23 de Nov./64.	José Hernández Arbeláez.
Emilio Echeverry.	Jesús Cadena.	24 de Nov./64.	Enrique Coral Velasco.
Néstor Ramírez Vélez.	Alejandro Villegas.	25 de Nov./64.	Arturo C. Posada.
María Octavia Piñeros S.	Eustacio Porras Díaz.	3 de Dic./64.	Enrique Coral Velasco.
Teresa Borrero Osorio y otros.	Antonio J. Latorre.	10 de Dic./64.	Enrique López de la Pava.
Luis Mosquera Garcés.	Bertilda Rengifo de Bechara.	16 de Dic./64.	Enrique Coral Velasco.
Jorge Orozco Valencia.	Emilio Urrea y otros.	16 de Dic./64.	Enrique Coral Velasco.
Carmen Caro.	Ana Rita Ocampo v. de Franco.	16 de Dic./64.	Gustavo Fajardo Pinzón.
Doris Lucuara.	María de la Cruz Cardoso v. de Gaitán.	16 de Dic./64.	Arturo C. Posada.
Dolores Amaya de Gámez.	Campo Elías Amaya Monroy.	18 de Dic./64.	Enrique López de la Pava.

SALA DE CASACION PENAL

Extractos de doctrinas y jurisprudencias en materia penal, a cargo del doctor Diego E. Cristancho, relator de la Corte.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS Y ESTAFA. — VALOR PROBATORIO DE LA CONFESION EXTRAJUDICIAL

Clases de confesión reconocidas por la legislación colombiana. — Alcance de la confesión judicial en materia civil y en el campo penal. — Mérito de la confesión extrajudicial tanto en lo civil como en lo penal. — Cómo puede cumplirse una confesión extrajudicial. — Debe admitirse que por medio de documentos puede confesarse extrajudicialmente un hecho personal de quien extiende el respectivo escrito. — Supuestos para estimar el valor probatorio de la confesión. — Impugnación de la sentencia con base en la causal 2ª de casación (Art. 567 del C. de P. P.).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, octubre 7 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS

Cumplidos los trámites legales, procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de Jane Almario Charry de Caballero contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, el 28 de noviembre de 1963, por la cual se impuso a la procesada la pena de cinco (5) años y diez (10) meses de presidio, más las sanciones accesorias de rigor, como responsable de los delitos de falsedad en documentos y estafa.

El Juzgado Séptimo Superior de esta ciudad había absuelto a la señora Almario de Caballero, en sentencia de 4 de julio de 1962.

HECHOS

Así los narra el Tribunal:

Jane Almario Charry de Caballero "trabajó como empleada del ingeniero Gabriel Puerta Londoño, en esta ciudad, del 8 de febrero de 1954 al 11 de julio de 1958. Sus funciones eran las de elaborar los cheques que fueran necesarios para pagar obreros, contratistas, servicios de luz, teléfono, etc., conciliar cuentas con los bancos, para cuyo efecto debía comparar los extractos enviados por éstos con los desprendibles de las respectivas chequeras y manejar algunos libros auxiliares de contabilidad, aunque ésta no había sido organizada en debida forma. Una vez que el doctor Puerta firmaba los cheques, la señora Jane les intercalaba palabras y números de modo que quedaran aumentados en su valor y así los cobraba, ora personalmente, ora por intermedio de otras personas. De esa manera la mencionada señora obtuvo un provecho ilícito por valor de $ 197.278.03 con perjuicio de su patrono doctor Puerta...".

La investigación fue calificada por el señor Juez 7º Superior, en auto de 6 de octubre de 1960, en el que se llamó a juicio a Jane Almario Charry de Caballero, por los delitos de "falsedad en documentos" y "estafa". Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, el 28 de febrero de 1962.

En sentencia de 4 de julio de 1962, se absolvió a la procesada de los cargos que se le habían

hecho. Y el Tribunal, en fallo que ha sido recurrido en casación, revocó el de primera instancia y, en su lugar, condenó a aquélla a las penas antes dichas.

LA DEMANDA

La demanda presentada por el apoderado de Jane Almario de Caballero reúne, en su aspecto formal o externo, los requisitos necesarios para que sea estudiada en el fondo. Hay en ella un relato de los hechos y de las formas procesales.

El demandante impugna la sentencia con base en la causal segunda de casación (Art. 567 del C. de P. P.), en los siguientes términos:

"La sentencia recurrida ha fundamentado sus conclusiones condenatorias en evidentes errores de hecho y de derecho al darles a los hechos, diligencias y documentos relacionados en el expediente un valor probatorio que no tienen; al suponer establecidos hechos que no lo están, y al dejar de tomar en cuenta el valor probatorio de circunstancias claramente evidenciadas durante el proceso".

El recurrente analiza las pruebas que el Tribunal encontró suficientes para demostrar el cuerpo material de la infracción y la responsabilidad penal de la acusada, en orden a indicar que fueron ellas incorrectamente apreciadas, pues se les dio un valor que no tienen o se les encontró suficientes para dar por "establecidos hechos que no lo están".

En realidad, dos cargos se han formulado: el primero, relacionado con la confesión de la acusada; y el segundo, sobre el valor que se le dio al dictamen pericial contable aquí practicado.

Se dice, en efecto, sobre la confesión:

"Ha venido considerándose, hasta la sentencia de segunda instancia que se recurre, que una carta aparentemente dirigida por la sindicada Jane Almario de Caballero a su patrón el ingeniero Gabriel Puerta Londoño y que aparece al folio número 4 del cuaderno principal, constituye una confesión de responsabilidad que establece plena prueba de la existencia de los delitos de falsedad y estafa".

Y más adelante:

"¿Y qué clase de documento es la carta que criticamos y cuya apreciación es columna fundamental de la decisión última de la justicia en este proceso? En el ordenamiento legal colombiano la definición de documento privado surge por sustracción de materia, es decir, que documento privado es todo aquel que no está autorizado o autenticado por funcionarios públicos y no se ha extendido mediante el cumplimiento de ciertas formalidades legales. Para que se tipifique el delito de falsedad en documento privado es necesario que se produzca una mutación o una alteración o variación de la verdad que el documento contiene, y que haya existido en el autor de la mixtificación o mutación de la verdad un ánimo doloso y que el móvil o finalidad del agente haya sido el de causar perjuicio a un tercero. Todas estas circunstancias se dan en el documento del folio 4 que estamos criticando, y se dan con la evidencia que el raciocinio analítico nos ha demostrado. El honorable Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia recurrida al dar por demostrado un hecho que no lo está, como es éste de la idoneidad de la prueba contenida en el documento del folio 4, y al desconocer la evidencia de la falsedad del mismo documento, ha incurrido en error de hecho evidente en la estimación de una prueba que hace relación esencial con los elementos constitutivos de los delitos que se imputan a Jane Almario Charry de Caballero".

El Juzgado de primera instancia no dio valor alguno al documento que se menciona, por considerar que había sido "realmente adulterado", en su cuantía. El Tribunal, en cambio, lo tomó como una confesión extrajudicial y le otorgó amplio mérito probatorio, pues aparece respaldado con la indagatoria de la procesada y la declaración de la persona que lo escribió, señorita Elena Perilla Chávez.

Conocida la oposición entre los dos conceptos —el del Juez y el del Tribunal— estima el demandante que aquél acertó en sus apreciaciones y que, en cambio, hubo error en el segundo.

Sobre el "peritazgo de contabilidad" se lee en la demanda esto:

"Era, pues, obligación ineludible del Juez instructor producir las dos pruebas: la que estableciera la mecánica técnica de la falsedad y la que fijara el monto exacto o aproximado de la defraudación. Si las dos demostraciones faltan, como en efecto no se encuentran en el expediente, el fallador de segunda instancia incurre en grave error de hecho al dar por demostrado lo que en la prueba recolectada en el expediente no aparece.

"Y no se diga que cuando los peritos contables dicen '...queda entonces establecido que sí se falsearon los originales de los cheques girados y algunas consignaciones que aparecen en los anexos...', ha quedado demostrada la existencia de la falsedad. No, en forma alguna. Los peritos contables solamente podían opinar sobre las alteraciones y diferencias cuantitativas de la contabilidad y así lo hicieron, es decir: establecieron

inobjetablemente la existencia de una inexplicable diferencia entre la cuantía real de los cheques girados y los respectivos asientos de contabilidad y sumaron esas diferencias hasta establecer inapelablemente que ascendía a $ 197.278.03; pero al decir que los cheques fueron 'falseados' estaban expresando una opinión fuera de su resorte científico y de su capacidad pericial y del objetivo de su estudio, porque ellos no eran grafólogos ni técnicos en los falseamientos de la escritura y no podían por consecuencia, decir si la falsedad estaba en los cheques o en los asientos de contabilidad, o en ambos lugares, ni de cuál puño y letra habían salido los fingimientos e intercalaciones que parecen constituir el delito de falsedad investigado".

La alegación termina con estas palabras:

"El honorable Tribunal Superior de Bogotá al condenar a *Jane Almario Charry de Caballero* en la sentencia acusada, '...por errada interpretación o apreciación de los hechos les ha atribuido un valor probatorio que no tienen, les ha negado el que sí tienen o no los ha tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso...', tratándose de elementos constitutivos del delito y eximentes de la responsabilidad por inexistencia de la prueba requerida para dictar sentencia condenatoria, incurriendo con ello en graves errores de hecho y de derecho, con violación directa de la ley sustantiva, o sea, resumiendo: al apreciar las pruebas el honorable Tribunal dejó de aplicar los principios establecidos en los artículos 203, 215, 224, 252, 255 y 268, provocando de esta manera la violación directa de la ley sustantiva por aplicación indebida de las disposiciones contenidas en los artículos 240, 408, 233, 32 y 33 del Código Penal y en el Decreto-ley 2184 de 1951 (causal 1ª, Art. 567 del C. de P. P.)".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal examina los cargos de la demanda y da las razones que lo asisten para rechazarlos, después de relatar los hechos que dieron origen a esta investigación y exponer la marcha del proceso, termina solicitando que no se invalide la providencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º Descubierta la actividad dolosa de Jane Almario, firmó ésta la carta siguiente:

"Bogotá, julio 11/58. — Señor doctor Gabriel Puerta L. E. S. O. — Yo, Jane Almario, mayor y vecina de esta ciudad, con tarjeta postal número 18891 de Neiva, a usted y ante el testigo presencial de mi declaración confieso y doy testimonio de lo siguiente:

"Reconozco que adeudo al doctor Gabriel Puerta L., por dineros que yo me sustraje indebidamente de su oficina, en uso de la confianza que usted me dispensó, como su secretaria, y mediante la maniobra de excesos en el giro de los cheques que yo manejaba, la suma de $ 170.000. Ciento setenta mil M/Cte. y que me comprometo a pagar a Ud. en la siguiente forma:

"1ª El traspaso y traslado del automóvil marca Dodge, modelo de 1955, motor número D-12B-211317, placas números D-26010 nacionales, cuyo valor aproximado es de $ 15.000 (quince mil pesos) o en caso de venta el valor que obtenga por la mencionada venta.

"Una acción de la Tipografía Moderna de Neiva, cuyo gerente es el señor Arcadio Charry por el valor de $ 23.000 (Tef. 2100-2906, Neiva).

"Hago esta declaración ante el testigo presencial de mi confesión la señorita Elena Perilla Chaves y en cuya presencia firmo la presente declaración y confesión de mi parte. — Bogotá, Julio 11/58. — Jane Almario. — T. 18891, Neiva. Carrera 40 Nº 22 F. 57/59. — Tef. 440017. Testigo, Helena Perilla Ch. Tj. Nº 145219 Bog.".

Todo indica que la procesada prometió poner pronto término a la situación que se le presentaba, sin que cumpliera su oferta, por lo cual se inició la investigación respectiva.

En su indagatoria dijo sobre el documento en cuestión:

"El escrito que tengo de presente y que forma al folio 4 de las diligencias sí es auténtico su contenido a excepción de la parte donde dice $ 170.000. (Ciento setenta mil pesos M/Cte.), pues esta cuantía fue puesta después de que yo firmé ese documento, pues lo cierto es que yo me obligué a pagar fue la suma de $ 38.000 y eso fue lo que yo firmé. Las firmas sí son auténticas y donde dice Jane Almario esa es mi firma que uso en todos mis actos públicos y privados".

Y luego afirmó que ese documento lo escribió la señorita Elena Perilla y que su contenido fue dictado por el doctor Puerta. Termina, manifestando: "Yo para firmarlo sólo me fijé en la cantidad legal o sea la de $ 38.000".

En careo con la acusada, sostiene el doctor Puerta Londoño que la suma sustraída es mayor a $ 170.000, por aquella declarada, y que esa sustracción, en forma por demás habilidosa, se cumplió durante varios años. Por su parte, la

señorita Perilla, en careos con la Almario, afirma que ésta dictó el contenido del documento y que, en su presencia, reconoció haber tomado para sí la suma de $ 170.000.

Habiendo sido tachado de falso el documento en el que la acusada reconocía su proceder ilícito y se comprometía a pagar la suma de $ 170.000, pero únicamente en lo referente a esta cantidad, era del caso obtener un concepto pericial sobre el particular. Este fue dado por el Laboratorio Forense del Instituto de Medicina Legal. En esa pericia se dice lo que sigue:

"a) En el octavo renglón del contenido del escrito, zona donde dice: '$ 170.000. Ciento setenta mil M/cte.', no encontramos rastros de borradura mecánica ni química.

"b) El escrito mencionado en el punto a) no guarda exactamente la horizontal que siguen las otras palabras que constituyen el mismo renglón, tanto las dos palabras que anteceden a dicha leyenda como las cinco letras y palabras que le preceden. Véase indicado con línea de tinta de color rojo en la ampliación fotográfica adjunta.

"Se observa también un mayor espacio entre la última letra de la leyenda y la primera letra del resto del renglón que le precede.

"c) Se observa una borradura mecánica en la zona donde se halla el apellido escrito a máquina de la firmante.

"NOTA: Por el hecho de tratarse de un escrito a máquina no regular, es decir, donde hay diferentes distancias entre algunos renglones lo mismo que en sus terminaciones, diferentes espacios entre algunas palabras, repisados y saltaduras de la máquina, debidos posiblemente a falta de pericia en la ejecución del escrito, no nos permiten dar más datos sobre lo solicitado".

De esta suerte, el documento en cuestión no puede tacharse de falso, ni puede decirse que haya sido "realmente adulterado", como lo manifestó el señor Juez de primer grado. Y ello es todavía más claro si se recuerda que la procesada manifestó haberse fijado antes de firmar, en la cifra de $ 38.000, pues de ser ello cierto, se habría efectuado una borronadura mecánica, apreciable a simple vista, para poner sobre ella la leyenda de $ 170.000. Y tal hecho no sucedió.

Las explicaciones que da el ofendido sobre la cuantía de las sumas tomadas por Jane Almario son atendibles. Las sostuvo en amplio careo con ésta, sin la menor vacilación. Aceptó en pago de la suma de $ 38.000, un vehículo automotor y una acción de una empresa industrial. Lo demás, lo recibiría en breve plazo. Y como ni la procesada, ni sus familiares cumplieran lo prometido, se vio en la obligación de denunciar los hechos delictuosos cometidos por la que fuera su secretaria y empleada de mayor confianza.

Ahora bien: la acusada sostiene perentoriamente que el documento que ella firmó "sí es auténtico su contenido" y que "las firmas sí son auténticas y donde dice Jane Almario esa es mi firma que uso en todos mis actos públicos y privados". Por tanto, mal podría negarse la autenticidad de ese escrito, si, de otra parte, su falsedad o adulteración no fue demostrada.

Se dice también por el demandante que el Tribunal incurrió "en un error de derecho al otorgarle a una prueba un valor que la ley no le otorga" y ya que consideró como "confesión extrajudicial" el documento del folio 4 del cuaderno principal.

Así se expresa:

"...en derecho probatorio penal no existe confesión extrajudicial; la confesión, penalmente hablando, para que sea y pueda llamarse tal, no puede ser sino '...libre y espontánea declaración hecha por el procesado ante el Juez o funcionario de instrucción y su respectivo secretario...' según lo establece el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal".

La legislación colombiana, al igual que la mayoría de las legislaciones extranjeras, ha reconocido dos clases de confesión: la judicial "si se hace ante Juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones; y la extrajudicial si fue hecha en otra ocasión, en carta misiva, conversación, o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba". Tanto para la una como para la otra se exige que se trate de manifestación "libre y espontánea" sobre un hecho personal de quien confiesa o declara.

La confesión judicial, en materia civil, se cumple, generalmente, en posiciones rendidas bajo juramento; en el campo penal, se suele presentar en la indagatoria o bien en cualquiera otra manifestación que el procesado haga libremente ante el Juez que conoce de la causa. En lo civil, la confesión hecha bajo juramento es plena prueba en contra del confesante. En el campo penal, la confesión "se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito".

La confesión extrajudicial, en cambio, tanto en lo civil como en lo penal es "prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que la rodeen y puede hasta tener mérito de plena prueba —en lo civil, desde luego— si a

juicio del Juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma". (Art. 608 del C. J.).

El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 255, se refirió únicamente a la confesión judicial. Pero no quiere ello decir que, en materia penal, no pueda darse la confesión extrajudicial, ya que por mandato del artículo 7º de dicha obra, las materias no reglamentadas allí, han de guiarse por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Por consiguiente, puede darse una confesión extrajudicial dentro de un proceso penal y su valor deberá ser apreciado por el Juez del conocimiento para determinar la responsabilidad, "siempre que por otra parte esté plenamente comprobado el cuerpo del delito".

¿Cómo puede cumplirse una confesión extrajudicial? Por declaración rendida ante persona distinta al Juez del conocimiento y su secretario, por carta misiva, por una conversación, por cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba del hecho que con ella se pretende demostrar.

Si así lo dice el artículo 604 del Código Judicial, tiene que admitirse que por medio de documentos puede confesarse extrajudicialmente un hecho personal de quien extiende el mencionado escrito.

En lo civil, un documento privado tiene fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones "cuando han sido extendidos y registrados o reconocidos en la forma legal por las personas que deben cumplirlas". (Art. 637 del C. J.).

Un documento privado cuyo "origen esté reconocido expresa o tácitamente, o se haya verificado judicialmente", "goza de fuerza probatoria", enseña Gorphe, en su obra "De la Apreciación de las Pruebas".

Y agrega el mismo autor: "Para valer como prueba, se requiere que la confesión sea cierta, sincera y verdadera. La realidad de la confesión o, más ampliamente, de las declaraciones, se comprueba directamente por el interrogatorio; o bien consta, de manera más o menos formal, en un escrito; o, también, se refiere por testigos; o, por fin, resulta de presunciones. En los tres últimos supuestos, se recurre a otra prueba para demostrar la existencia de la confesión, que es extrajudicial. En el último caso (presunciones) no existe confesión, hablando propiamente; sino más bien simples presunciones o indicios, de valor muy variable, y más o menos equivalente a una confesión tácita o implícita: esos mismos indicios o presunciones pueden extraerse de comprobaciones, documentos o testimonios e igualmente de las declaraciones del procesado. En todos los supuestos en los cuales la confesión se establezca mediante otras pruebas, su certeza depende, evidentemente, de la de estas pruebas, que ha de ser determinada en primer lugar".

La fuerza de la confesión extrajudicial —dice Mitermaier— depende de la veracidad que merezcan los testigos que la oyeron en el caso de que el confesante no la acepte ante el Juez.

Siguiendo estos principios, se tiene que el documento de folio 4, cuya falsedad o adulteración no se demostró, es un documento auténtico, por haber sido reconocido por la persona que lo firmó, no solo en la firma misma, sino también en su contenido, y ya que la tacha que a él se hizo fue desechada. Si Jane Almario se fijó, al firmar, únicamente en la cantidad de $ 38.000, como ella lo asegura, mal podía colocarse sobre esta cifra, sin que la adulteración mecánica o material fuera aparente, la cifra de $ 170.000.

Pues bien. El fallador de instancia —Tribunal Superior de Bogotá— dio mérito a ese documento, en atención a su autenticidad, de una parte, y de la otra, a lo dicho por Elena Perilla, persona que lo escribió y oyó su contenido de los labios de la procesada. Es decir, lo declarado en el documento fue confirmado por el dicho del testigo que intervino en él.

2º Los contadores profesionales, señores Asdrúval Estrada Calderón y Augusto Torres Dávila, nombrados peritos para examinar la contabilidad del doctor Puerta Londoño, que llevó a la procesada Jane Almario, en todos sus aspectos, rindieron dictamen en el cual afirman lo siguiente:

a) "...queda entonces establecido que sí se falsearon los originales de los cheques girados y algunas consignaciones que aparecen en los anexos, toda vez que su valor debía ser el registrado en los libros auxiliares, como es norma inalterable en los sistemas contables universalmente aceptados. Puntualizamos también que el intenso movimiento de las cuentas bancarias del doctor Gabriel Puerta Londoño permite, si no se controla en debida forma, la sustracción paulatina de pesos; y decimos *intenso movimiento* porque constantemente efectuaba consignaciones de sumas que le abonaban sus numerosos clientes y diariamente giraba gran cantidad de cheques para pago de materiales, obreros, etc.".

b) "Con relación a la cuantía que se nos pidió determinar solo podemos decir que en los bancos está faltándole al Dr. Gabriel Puerta Londoño, según las cifras que aparecen en los documentos de que dispusimos para el estudio, $ 197.278.03 según el detalle que se lee arriba...".

Jane Almario llevaba la contabilidad en la oficina del doctor Puerta Londoño. Como tal hacía los cheques, giraba contra las cuentas del ofendido, efectuaba pagos por concepto de materiales, obreros, etc. Los cheques se hacían normalmente, por las sumas justas, pero en algunos de ellos se dejó espacio suficiente para escribir otras cantidades. Y éstas, en realidad, se escribían después de que el doctor Puerta había firmado. (Véase dictamen pericial, Fls. 141 a 142 del cuaderno principal).

Los peritos no se tomaron atribuciones distintas a las que les había conferido el Juez Octavo de Instrucción Criminal. En el auto en que se ordenó el dictamen se lee lo siguiente:

"2º Si de conformidad con los extractos de las cuentas bancarias que hacen parte del proceso y los extractos que hacen parte del archivo, talonarios (colillas de chequeras), libretas de consignación y demás documentos, se falsearon algunos cheques en el tiempo fijado intercalando o alterando los verdaderos originales, y

"3º Si por el medio indicado, la sindicada Jane Almario de Caballero, sustrajo sumas de dinero de propiedad del doctor Gabriel Puerta Londoño, en este caso, en qué cuantía".

Sin que fuera, de otra parte, necesario el dictamen grafológico, pues en realidad, en este caso, no se alteró letra o símbolo alguno. Simplemente, se hicieron intercalaciones de fácil factura, pues se dejaron los espacios necesarios en los cheques que se iban girando en la oficina del ofendido (Fls. 67, 68 y 69).

La falsedad surge de la confrontación de los cheques girados y los asientos de contabilidad, libros auxiliares, colillas de chequeras, etc., "con la circunstancia de que las cifras de aquéllos y éstas coinciden, pero difieren de las que aparecen en los extractos de los bancos mencionados, en lo que respecta a las diferencias que encontramos las cuales aparecen detalladas en las siete (7) hojas de relaciones autenticadas con nuestras firmas..." que agregan.

Y piénsese que el dictamen grafológico no ha sido tenido, en la generalidad de los casos, como prueba plena o completa de la infracción, que por el mismo se ha tratado de establecer.

Por lo que dice a la cuantía del delito de "estafa", deducido contra Jane Almario, la Corte acoge el criterio del Tribunal, cuando afirma:

"Tampoco es aceptable, como lo dice el Juzgado de primera instancia, que no se pueda condenar por el delito de estafa porque 'no se encuentra determinada la cuantía de lo posiblemente estafado', puesto que el *cuantum* o valor de los delitos contra la propiedad no es elemento constitutivo de la infracción, sino circunstancia específica que influye, como es obvio, en la dosificación de la pena y no para amparar y favorecer al agente activo con la impunidad".

Debe anotarse, sin embargo, que en este caso se tendría como cuantía de la estafa, la suma deducida por los peritos nombrados para señalarla, y considerando que ella fue la realmente demostrada.

3º Lo anteriormente expuesto está indicando que el Tribunal Superior de Bogotá, apreció las pruebas aportadas al debate, en su sentido natural y obvio, y que el demandante, con sus alegaciones, no alcanzó a demostrar que aquella corporación hubiese incurrido en error grave o protuberante, al darles valor demostrativo de la infracción y de la responsabilidad de la acusada.

La disparidad de criterios entre Juez y Tribunal, no indica, ni mucho menos, que el primero esté en la verdad y el segundo en el error. Como no debe pensarse tampoco que el concepto del demandante, contrapuesto al del Tribunal, venga a demostrar, de un modo evidente, que la interpretación de las pruebas dadas por el sentenciador, vaya contra la lógica, se aparte fundamentalmente de la verdad e implique, por lo mismo, una notoria o irrefragable violación de la ley.

No estando demostrado el error en que incurrió el Tribunal, es el caso de desechar la causal de casación invocada en la demanda y, consecuencialmente, el recurso.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *no invalida* la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que ha sido materia del recurso de casación a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Antonio Moreno Mosquera, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta.

Pioquinto León L., Secretario.

REVISION EN MATERIA PENAL. — PROCESO POR EL DELITO DE SECUESTRO

Demostración de la causal 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. — Hechos nuevos no conocidos al tiempo de los debates. — Elementos que constituyen graves indicios de inocencia o irresponsabilidad en la condenada. — Ausencia de dolo genérico.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, octubre 8 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS

El doctor Pablo José Pérez Orejuela obrando a nombre de la señora Ilyria Patiño de Huertas Payán, presentó en escrito de 6 de marzo postrero demanda de revisión del juicio que se adelantó por el delito de secuestro contra su poderdante y que culminó con las sentencias de primera y segunda instancias, proferidas por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, el 12 de noviembre de 1959, y por el Tribunal Superior de la misma ciudad, el 11 de julio siguiente, reformatoria ésta de aquélla, y por la cual se condenó a dicha señora a la pena de tres años de prisión.

HECHOS

Se sintetizan en esta última sentencia así:

"*Resultando.* Maximiliano (Max) Huertas Payán e Ilirya Patiño contrajeron matrimonio en la ciudad de Armenia el 17 de abril de 1946. De esa unión procrearon tres hijos: Luz Amparo, José Humberto y José Alberto. Pero la conducta desarreglada de la cónyuge y sus continuas fugas del hogar, dieron al traste con éste hasta el punto de que su esposo tuvo que recurrir varias veces a las autoridades para que sancionaran a su mujer y fue así como estuvo durante un mes en el Buen Pastor de esta ciudad (Cali) por sanción correccional que, a petición de Huertas Payán le impusiera la Gobernación del Departamento. También estuvo en otra ocasión, durante tres meses en el mismo establecimiento carcelario por petición de su marido quien la hizo encerrar en ejercicio de la potestad marital. Pero ninguna de estas sanciones ni las reconvenciones del esposo lograron volver a la señora de Huertas Payán al buen camino y continuamente reincidía en actos contra la moral del hogar y el honor de su esposo. Pese a esto, cuando la señora se presentó a su marido, en el mes de octubre de 1958, diciéndole que ella quería reintegrarse a su hogar y que lo haría al mes siguiente o en el de diciembre, Huertas Payán consultó a un sacerdote quien le dijo que si Cristo había perdonado a la adúltera arrepentida, con mayor razón él (Huertas Payán) debía perdonar a su mujer cuando ésta le manifestaba que venía arrepentida. Fue así como la recibió de nuevo en su casa y aún sacó a los gemelos del establecimiento educativo en que los tenía y los llevó a vivir con su madre a cuyo lado también llevó a la niña mayor. Pero todo esto resultó no ser otra cosa que una añagaza urdida por la señora para apoderarse de los niños, como en efecto lo hizo el 28 (sic) de diciembre cuando, aprovechando la ausencia de su marido, llamó un carro, subió en él con los niños y no se volvió a saber nada de ella ni de éstos.

"*Resultando.* Entre las gestiones hechas por el denunciante estuvo la de pedir al Juzgado de Menores que le diera la guarda exclusiva de sus hijos. Esa oficina, en sentencia que lleva fecha 13 de agosto de 1958, otorgó a Huertas Payán (v. fs. 21 vto. y ss.) lo que pedía, esto es, la guarda definitiva o custodia personal de los menores ya mencionados. Esta sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada.

"*Resultando.* En los autos aparecen las declaraciones de la señora Gladys Barona de Arango (Fs. 14 ratificada a Fs. 26), de Virgilio Díaz Herrera (Fs. 25) y de Hortensia Corena (Fs.

49). La primera y la última declaran haber visto salir a la sindicada, en compañía de sus hijos, el día de autos y tomar un taxi. El segundo es el chofer del taxi que tomó la sindicada. Dice este testigo que la señora le hizo ir a varias partes en la ciudad y que les estuvo preguntando por cuánto la llevaba a La Cumbre o a Armenia. Finalmente la dejó en la calle 29 con carreras cuarta y quinta. Dentro del carro acompañaban a la señora una niña y dos niños.

"*Resultando*. A folios 37, 38, 39 y 40 aparecen copias (desgloses) de las partidas de bautismo de José Alberto, José Humberto y Luz Amparo Huertas Patiño y la de matrimonio de la sindicada con el denunciante. A folios 18 obra copia de las providencias de la Gobernación (agosto 5 de 1957) por medio de la cual se ordena la reclusión de la sindicada en el Buen Pastor por el término de un mes por haber reincidido en la fuga de su hogar".

Empero, consta de autos, folios 35, 36, 53, 55 y 56 vts. que a la señora de Huertas Payán se la juzgó como rea ausente y que, por tanto, no tuvo oportunidad de responder en su indagatoria de los cargos que su marido le formuló en la denuncia, ni aducir las pruebas que, según su propia versión de los hechos, hubieran podido favorecerla.

Con todo, en tales circunstancias, con fundamento en los prealudidos resultandos, se considera en dichas sentencias establecido el referido delito de secuestro, consistente, según ellas, en el hecho de haberse llevado consigo a sus propios hijos, no teniendo sobre ellos la patria potestad y mediando como mediaba la sentencia del Juez de Menores que le daba a su marido la guarda de los mismos. Se estimó así que dicha señora había conculcado el artículo 294 del Código Penal.

DEMANDA

En ella el recurrente hace la relación correspondiente de los hechos reproduciendo los apartes de la denuncia que los memora. Además, destaca la circunstancia de que su mandante "a pesar de que el funcionario de instrucción y el Juez de la causa, sabían de su residencia como lo sabía también su esposo denunciante, *no fue ni siquiera citada* para que rindiera indagatoria y se hiciera presente en el juicio. Todo se hizo a sus espaldas y se conformaron con declararla reo ausente, nombrándole un apoderado de oficio. Apoderado que se limitó a firmar las *notificaciones* y nada más. No fue oída, pero sí fue vencida en juicio en virtud del desamparo que padeció en el proceso".

Luego se refiere a los fundamentos de los fallos condenatorios que enjuicia criticándolos desde un punto de vista jurídico como violatorios de la ley penal por errónea interpretación de la misma, aspecto éste que no armoniza estrictamente con el recurso interpuesto, el cual tiene por objeto, como tantas veces se ha repetido, reparar o corregir un manifiesto error de hecho, a diferencia del de casación que se propone reparar o enmendar un error o infracción de derecho.

Por otra parte, aduce como hechos nuevos la versión que da su mandante sobre los que fueron materia del proceso, y según la cual su marido a causa de los celos y de sus exigencias sexuales anormales y sádicas, le hacía la vida imposible al extremo de verse obligada a huir de su lado y buscar honestamente, trabajando, los recursos necesarios para su subsistencia y para la crianza y educación de sus hijos; el diálogo grabado en cinta magnetofónica entre los protagonistas de este drama judicial; una serie de testimonios sobre la personalidad moral y social de la señora de Huertas Payán y sobre su solícito cuidado en la educación de sus hijos mientras estuvieron bajo su amparo; una carta de su hija Luz dirigida al señor Germán Gómez Ospina, en la que se duele de ver sufrir a su madre y dice que ella no los secuestró sino que debido a la vida horrible que le daba a su mamá su padre, ellos se fueron con ella; la certificación del Hospital Universitario del Valle, Evaristo García, en la que consta que el señor Maximiliano Huertas Payán estuvo recluido en ese establecimiento del 5 de mayo al 23 de junio de 1957 y cuya historia clínica corresponde al número 15637; la certificación del Hospicio de la Misericordia Oscar Scarpetta, según la cual los menores hijos legítimos de Max Huertas Payán, fueron recluidos por el citado señor en ese instituto de beneficencia, y la certificación de la dirección de la Cárcel del Buen Pastor de Cali, sobre el comportamiento de la señora Huertas Payán en dicho establecimiento carcelario, lo mismo que otras certificaciones de diversas entidades y personas sobre su conducta social y privada y sobre los colegios en que tenía estudiando a sus hijos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al referirse a dicha demanda, se expresa en los siguientes términos:

"El solicitante de la revisión invoca la causal quinta del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. A lo largo de su demanda insiste en que la señora Patiño de Huertas no fue ni

siquiera citada para que rindiera indagatoria y se hiciera presente en el juicio, situación ésta que le fue sensiblemente adversa hasta el extremo de 'ser vencida en juicio en virtud del desamparo que padeció en el proceso'.

"Paralelamente, hace una crítica al fallo de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que considera una aberración legal 'cuando confunde lamentablemente la violación de una sentencia del Juez de Menores para estructurar el delito de secuestro'.

"Demora el recurrente en el aspecto probatorio de que la señora Patiño de Huertas, entre tanto que se adelantaba el negocio penal contra ella, residía en las ciudades de Filandia, Calarcá y Armenia, acompañada de sus hijos menores legítimos. Demuestra cómo el padre de estos menores, a la vez denunciante, no se preocupaba ni moral ni económicamente por ella; a la inversa, con testimonios abundantes convenientemente ratificados, prueba que la señora Patiño de Huertas los sostenía en todo sentido, proveyendo a su adecuada educación. Por razón de la ignorancia en que se encontraba la señora de Huertas del proceso que se le seguía a instancias de su cónyuge, se vio imposibilitada para aducir las demostraciones que se han comentado.

"Sobre la personalidad de la señora Patiño de Huertas Payán existen numerosísimas declaraciones de diferentes ciudadanos residentes en Calarcá y Filandia, todas ellas ratificadas en su dicho competentemente, unánime en manifestar que la nombrada señora se distinguía por su espíritu cívico, prendas morales y sociales, su desvelo en la educación de sus hijos etc., etc. En el mismo sentido atestiguan y certifican el Alcalde Municipal de Calarcá, el Presidente de la Junta Municipal de Fomento, Gerente de la Emisora La Voz de Calarcá, el Presidente del Club de Leones, la Presidenta de la misma entidad, el Rector y el Secretario del Colegio de la Santísima Trinidad de Filandia. Nítidamente queda establecido con las pruebas traídas, que la señora Patiño de Huertas consideraba esencial preocupación suya la educación de sus hijos en planteles que le aseguraran la debida formación intelectual y moral de ellos; numerosas certificaciones de colegios, directoras y secretarias de los mismos, hacen valedero este hecho. La personalidad del esposo y denunciante de la señora de Huertas Payán, don Maximiliano, se estudia a la luz de su historia clínica, conveniente y legalmente incorporada a autos, demostrativa de que estuvo recluido en dicho establecimiento (Hospital Universitario del Valle Evaristo García) con el objeto de hacérsele un tratamiento siquiátrico. Si se coteja esta prueba con la declaración rendida por la señora Patiño de Huertas el 16 de enero del año en curso, y ratificada luego ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bogotá, se llega a la conclusión de que el denunciante posee una personalidad sicopática, cuyas proyecciones sociales y hogareñas auspiciaron en mucho, este proceso. Se demuestra en autos que este mismo señor Huertas Payán había abandonado la vigilancia de sus propios hijos hasta el extremo de hacerles ingresar... en un establecimiento de beneficencia".

Luego concluye, tras de otras observaciones, así:

"Opina esta Procuraduría que la causal quinta aducida por el solicitante de la revisión está demostrada ya que se estableció en la demanda que existieron hechos desconocidos al tiempo de los debates; que estos hechos se probaron; y que los mismos establecen, por lo menos, graves indicios de la inocencia o irresponsabilidad de la condenada".

SE CONSIDERA

Dentro del orden natural, es una tautología decir que las madres aman a sus hijos con un amor sin orillas, capaz de todas las renunciaciones y de todos los sacrificios; que se trata de un sentimiento instintivo y superior que nada sofrena o supedita; que es esencialmente afectiva, en relación con ellos, la lógica que domina su acción; que en la mente de las madres no cabe ningún pensamiento distinto del bien de los hijos y que a conseguir éste en favor de ellos se enderezan todos sus pasos.

Se observa ésto, porque no se puede prescindir de ello cuando en un proceso como éste se trata de asignarle a los hechos su valor real, confrontando los nuevos a que alude el recurrente con los que sirvieron de fundamento a las sentencias condenatorias de su mandante y a través de los cuales se sumía en sombras la personalidad moral de ésta como esposa y madre.

Sin embargo, la abundante prueba producida desde este punto de vista en relación con ella; la que se adujo acerca de la personalidad de su marido; el testimonio de la misma sobre su vida conyugal; la que demuestra su solicitud y cuidado en la educación de sus hijos, son hechos nuevos o pruebas no conocidas cuando se profirieron las sentencias impugnadas, que naturalmente inciden sobre los elementos estructurales del reato por el cual fue condenada, y que, al menos, constituyen graves indicios de su inocencia o irresponsabilidad, ya que la existencia de ese delito reclama, además del hecho físico que

lo configura, la presencia del dolo genérico, esto es, de la conciencia de la antijuricidad de la acción.

Prospera, en consecuencia, la causal de revisión invocada en este caso que puede considerarse atípico por sus características especiales y en el cual, por lo mismo, hay que situar los hechos en su ambiente vital. De otra suerte, se quebraría y deshumanizaría el derecho.

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 Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

ORDENA:

1º *Revisar* la causa de que trata la parte motiva de esta providencia;

2º Remitir para tal efecto el expediente al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, y

3º Poner en libertad a la procesada Ilyria Patiño de Huertas Payán mediante caución que se fija en la suma de cincuenta pesos ($ 50.00).

Notifíquese y cúmplase.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO Y ROBO

Hipótesis a que se refieren las causales primera y segunda de casación penal. — Las cuestiones atinentes al cuerpo de los delitos y a los elementos de la responsabilidad que fueron definidas por los Jueces de hecho impiden a la Corte debatir como error de derecho, lo que el acusador plantea a través de una crítica a los elementos probatorios. — Violación directa y violación indirecta de la ley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, octubre 8 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS

Surtidos los trámites de rigor, procede la Corte a decidir del recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado defensor contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, fechada el 22 de febrero de 1961, mediante la cual condenó a los procesados Arturo y Miguel Muñoz Romero, como responsables de los delitos de homicidio y robo, a la pena principal de veinte (20) años de presidio y correspondientes sanciones accesorias.

ANTECEDENTES

1º Dieron lugar al proceso los hechos que resume el fallo acusado en los siguientes términos:

"*Primero.* El 31 de agosto de 1957, José Isaac Tijo y Marco Tulio Cobos transitaban por un camino de la vereda de 'Vijagual', de la jurisdicción municipal de Briceño, punto denominado 'Aguablanca' y se dirigían a una finca con el ánimo de prestar atención a algunos ganados de propiedad del primero. Esto ocurría entre las doce del día y la una de la tarde de la fecha citada. Entre tanto, agazapados en la maleza de la orilla del camino, Arquimedes Forero y Miguel y Arturo Muñoz, debidamente armados el primero con fusil y los otros dos con revólver y todos con machete, esperaban el paso de personas a quienes habían decidido eliminar, y así cuando en la vía aparecieron Tijo adelante, de acaballo, y detrás Cobos, a pie, dispararon contra ellos, habiendo Tijo caído de la cabalgadura en tanto que Cobos huía en carrera pero un balazo lo detuvo en su escapada. Entonces dos infortunados hombres fueron rematados de tremendos machetazos, Tijo fue despojado de algunos haberes que llevaba, y los delincuentes emprendieron la huída.

"*Segundo.* La materialidad de estos homicidios está plenamente comprobada dentro del expediente, pues hay declaraciones que ecreditan la presanidad tanto de Tijo como de Cobos; al folio 1º obra el acta de levantamiento de los cadáveres con cuyas descripciones se establece la muerte violenta de Tijo y Cobos; con el acta de la autopsia practicada a los mismos cadáveres se demuestra la relación de causa a efecto entre las heridas que con arma cortante y pesada (machete) y con arma de fuego les fueron causadas a las mencionadas víctimas y su consiguiente fallecimiento; finalmente, se allegaron copias de las partidas de defunción de los occisos, partidas de origen eclesiástico a falta de las de origen civil.

"*Tercero.* La materialidad del delito de robo en bienes de propiedad de José Isaac Tijo se encuentra establecida con lo declarado por Arturo y Miguel Muñoz —debidamente juramentados en cuanto hacían cargos a tercera persona— y de lo cual se deduce que Tijo llevaba en los momentos de ser atacado, una billetera contentiva de alguna cantidad de dinero, unos zamarros puestos para ir a caballo y un rejo de enlazar, objetos éstos de los cuales se apoderaron los asaltantes. Es esta una prueba suficiente de la preexistencia, propiedad y consiguiente falta de

cosas muebles que eran poseídas por José Isaac Tijo".

2º El proceso, calificado por el Juzgado Tercero Superior el 29 de octubre de 1958, dispuso el llamamiento a juicio de los sindicados, "por los trámites de la justicia ordinaria y con la intervención del Jurado de Conciencia" y comprendió además a Arquimedes Forero, no recurrente.

3º En la vista pública de la causa el Jurado afirmó todas las cuestiones que le fueron propuestas en relación con los cargos de homicidio (asesinato) y robo, y de acuerdo con el veredicto, la instancia condenó a los responsables a la pena principal de veintidós años de presidio, decisión que el superior reformó en el fallo recurrido.

DEMANDAS DE CASACION

En representación de Arturo y Miguel Muñoz Romero presentó las demandas el doctor Alfonso Navarrete Z., defensor de los acusados.

Ambos libelos están ceñidos a las prescripciones legales y, sustancialmente, contienen los mismos fundamentos de acusación contra la sentencia del Tribunal.

La única causal que se invoca es la prevista en el ordinal primero del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es decir, "por ser violatoria de la ley penal sustantiva y procedimental, por errónea interpretación y por indebida aplicación de la misma".

En lo tocante al procesado Arturo Muñoz, el señor apoderado afirma que el Tribunal violó los artículos 20, 21, 22, 33, 38, 363 (numerales 2º, 5º y 7º), 362 y 402, del Código Penal Sustantivo, y los artículos 203, 204 y 255 del Código de Procedimiento Penal, violación que trata de demostrar con algunos planteamientos en cuanto a las modalidades y circunstancias de las infracciones imputadas, y grado de participación del procesado en dichos reatos.

Todo lo que el demandante alega ante la Corte, invocando la causal primera, son puntos que tienen que ver de manera esencial con el recaudo probatorio y, consecuentemente, con el error de hecho por parte del sentenciador, fórmula ésta de cargo no admisible en juicio con intervención del Jurado para debatir los asuntos que caen dentro del ámbito del veredicto y que, de otro lado, el impugnador no presentó en las demandas.

Iguales disposiciones estima violadas el señor apoderado en la demanda relacionada con Miguel Muñoz Romero.

Como aspecto especial de la acusación, referido a los dos procesados, se plantea la indebida aplicación de los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Penal, afirmándose que la pena privativa de la libertad fue incorrectamente individualizada. Sobre el particular, expone el demandante estos argumentos, que se toman del escrito de impugnación relacionado con Miguel Muñoz Romero:

"Consta expresamente en la parte motiva de las sentencias de primero y segundo grado que en caso sub judice no obran circunstancias agravantes de ninguna especie, por cuanto las circunstancias especiales que caracterizaron los hechos quedaron comprendidas dentro de las constitutivas de asesinato. Debo advertir que no hay prueba dentro del proceso de tales circunstancias constitutivas en forma individualizada ya que son de índole personal y no real, en contra de Miguel Muñoz; no obstante, lo cual se le condena por asesinato en vez de homicidio, como coautor en vez de cómplice no necesario, según la prueba única de responsabilidad que es su propia confesión indivisible por lo reafirmada en las demás probanzas.

"De igual manera consta expresamente en la sentencia de primer grado la concurrencia de circunstancias exclusivamente de menor peligrosidad como son la buena conducta que se presume y la falta de antecedentes, así como la falta de ilustración. Igualmente consta espontánea y voluntaria confesión del reo que facilitó la justicia en este caso. Circunstancias las anteriores que negó en su mayor parte la sentencia de segundo grado.

"Si lo anterior es cierto, como evidentemente lo es, a Miguel Muñoz por el delito de asesinato en obedecimiento a los artículos 36, 38, 39 y 363 le corresponde el mínimo de la pena o sea la de 15 años, teniendo en cuenta como reza el artículo 36 citado la personalidad del agente, las circunstancias de menor peligrosidad, los motivos determinantes y la gravedad y modalidad de los hechos, aspectos anteriores que no pueden desvincularse de la realidad probatoria en la que consta que Miguel Muñoz no participó en la materialidad de los ilícitos y solo contribuyó con su presencia paga al fiado.

"Sin embargo el Tribunal lo condena a 20 años, lo que significa que por el delito de robo cuya cuantía y cuerpo del delito no llegó a establecerse legalmente en el proceso, se le condena a cinco años que sumados a los quince del asesinato dan el total de la condena. El delito de robo por las mismas razones de la ausencia de agravantes, la presencia de atenuantes o circuns-

tancias de menor peligrosidad, las circunstancias personales del reo y la falta de cuantía precisa, imponían e imponen la necesidad legal de aplicar el artículo 403 en armonía con el artículo 400 ya citados y en obedecimiento al principio constitucional de la aplicación de la ley más favorable al reo".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal observa, con toda razón, que los cargos formulados al fallo del *ad quem* no pueden aceptarse, en primer lugar porque las cuestiones atinentes al cuerpo de los delitos y a los elementos de la responsabilidad fueron definidas por los Jueces de hecho, lo que impide a la Corte debatir, como error de derecho, lo que el acusador plantea a través de una crítica a los elementos probatorios, cuidándose de invocar la causal segunda, y en segundo lugar porque en la individualización de las sanciones, el fallo, si no consideró algunas circunstancias de menor peligrosidad, lo hizo conforme a derecho, ya que ellas para nada influyeron en la comisión de los delitos.

Al aplicar en concreto las penas, el *ad quem* se rigió por lo que establecen los artículos 363 y 402 del Código Penal, en armonía con el 33 *ibídem*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª La causal primera de casación está consagrada para el caso de que la sentencia "sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma". Estas dos hipótesis se refieren a la ley penal material o, para mejor decir, a la ley penal de carácter sustantivo, y se pueden presentar de manera directa, o de manera indirecta. En el segundo caso, la causal viene a ser, necesariamente, consecuencia del error valorativo de la prueba, cuya alegación cabe con fundamento en la causal segunda.

2ª En juicios con intervención del Jurado, el quebrantamiento de los preceptos penales sustantivos tiene que ser originado en un puro error de derecho, dependiente de la interpretación de las normas por el fallador, o de una aplicación indebida o desviada de las mismas.

En el caso sub judice, *conforme a la reiterada doctrina de la Sala, no cabía alegar la causal segunda, y, en efecto, no fue alegada. En tales circunstancias, la causal primera se puede considerar falta de fundamento si se tiene en cuenta que los hechos delictuosos fueron sancionados aplicando las disposiciones penales que los describen en el Código, lo que, obviamente, no permite hablar de errada interpretación o de indebida aplicación de la ley.*

3ª La individualización de la pena, atacada por el demandante a través de la causal primera, no es un aspecto del proceso que requiera, ciertamente, aducir, en todo los casos, la causal segunda, y bien puede ocurrir que haya violación en un fallo de los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Penal, de modo directo. Pero en la sentencia a estudio lo que ocurre en el particular es que si no se apreciaron las circunstancias a que alude el actor, tal determinación obedeció a razones jurídicas muy respetables del Tribunal, como puede leerse en la providencia recurrida.

Además, la fijación de la pena principal no fue caprichosa, arbitraria o desmedida. La individualizó el *ad quem*, previa estimación de las modalidades de los hechos, su gravedad, la concurrencia material, los motivos determinantes y, en síntesis, de todos los factores que conforman el arbitrio de las instancias para la dosimetría penal.

4ª En tales circunstancias, la Corte habrá de desechar el recurso, de acuerdo con el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

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 a que se ha hecho mérito, y *ordena* devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES

Acusación de la sentencia por haber reconocido como válido un veredicto con intromisión ilegal de los jurados al calificar éstos jurídicamente el hecho delictuoso. — El empleo de vocablos estrictamente técnicos, por los Jueces de hecho, en nada contraviene el ordenamiento impuesto por el Código de Procedimiento Penal para los juicios por jurado. — Interpretación del inciso 2º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal en relación con la jurisdicción y competencia atribuidas a los Jueces populares. — Causales 4ª y 1ª de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, octubre 9 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS

Contra la sentencia de 24 de octubre de 1961, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante la cual condenó a Francisco Silva Jiménez, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales, "a la pena principal de 34 meses de presidio y cinco pesos de multa", interpuso recurso extraordinario de casación el señor Fiscal del aludido Tribunal.

Surtidos los trámites legales procede la Corte a decidir, advirtiéndose que no se cuenta con concepto de la Procuraduría Delegada en lo Penal.

ANTECEDENTES

1º Los hechos a que el juicio se refiere, los relata el demandante en estos términos:

"El día 15 de marzo de 1954, en las primeras horas de la noche, en un predio rural situado en el punto llamado 'Papayo', vereda de Icarica, jurisdicción de Viracachá, estaban varios campesinos encauzando el agua para regadío de sus sementeras. Entre ellos, el occiso Florencio Vargas. También se encontraban con él Manuel Caro Barón y Abigaíl Niño. Rosa Sosa, esposa del sindicado Francisco Silva, llegó hasta ellos y les reclamó por qué le estaban dañando la sementera suya con el pisoteo. A ello respondieron Vargas y sus acompañantes, que estaban trabajando en forma que no se produjera ningún daño.

"Ya llegó al sitio de los acontecimientos Francisco Silva y dijo que él necesitaba el agua, que por qué se la habían quitado. También a ello dio explicaciones Florencio. Entonces Silva le reclamó que le pagara una escopeta. Por fin, se fueron a las manos. Silva dominó a Florencio y le causó gravísima puñalada en el estómago que le hizo brotar los intestinos. Intervinieron los demás: como resultas, Abigaíl Niño también sufrió una cortada a manos de Silva. Y éste algunas erosiones en distintas partes del cuerpo".

2º El procesado Silva Jiménez, según providencia de 28 de enero de 1958, proferida por el Juzgado Tercero Superior, fue llamado a juicio, con intervención del Jurado, por los cargos ya reseñados, y, ventilada su causa en audiencia pública, el Jurado admitió la responsabilidad al contestar "sí es responsable de homicidio con causal cometido en riña ocasional", a la primera cuestión, y "sí en riña ocasional" a la segunda (Fls. 141 C. 1º).

3º Interpretando el alcance de la respuesta dada por los Jueces de hecho, la instancia en la sentencia dio aplicación a los artículos 362, 366, 384, 372, 60, 36 y concordantes del Código Penal e impuso al acusado la "pena principal de tres años y cuatro meses de presidio, como autor responsable del delito de homicidio concausal" y

"la pena principal de veinte días de presidio, como autor responsable del delito de lesiones".

4º El *ad quem*, de acuerdo a lo ya dicho, modificó la penalidad y la unificó, atendiendo a las razones que aparecen en el cuerpo del fallo.

DEMANDA DE CASACION

El recurrente impugna la sentencia del Tribunal con fundamento en las causales 4ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Sus planteamientos los desarrolla así:

Causal cuarta. Se arguye que la sentencia recayó en un juicio viciado de nulidad, ello porque al afirmar el Jurado que el homicidio corresponde al denominado concausal, su veredicto rebasa la función encomendada por la ley a los Jurados de Conciencia.

Al respecto expresa el impugnador:

"Para el suscrito Fiscal es indudable que el término *concausal* es uno de los que con mayor evidencia corresponde a la nomenclatura técnica jurídica. Siendo el derecho, ciencia humana y social por excelencia, escaseo en palabras de esa clase: 'concausal', sin embargo, es de los pocos vocablos que se pueden calificar como estrictamente técnicos. De modo que su uso corresponde a quienes son versados en esta ciencia y no a los jueces populares, a los empíricos. Estos podrán usar términos, locuciones y frases corrientes y también las que son comunes a la técnica jurídica y al lenguaje común: por ejemplo, 'legítima defensa' que, sin esfuerzo, se intuye. De ninguna manera 'concausal' puede catalogarse como palabra siquiera común al lenguaje técnico y al popular.

"El uso de palabras cuyo significado debe comprenderse a través de un estudio sistemático de una ciencia, por gentes inexpertas en ella, da lugar a dos consideraciones: la principal, que es muy probable que los novatos repitan el término antes de comprenderlo a fondo, lo cual entraña grave riesgo de que se administre justicia perdonadme la licencia, 'al oído'...; y la secundaria, que, precisamente por ello, la ley y también la jurisprudencia, no han querido que los Jueces de hecho califiquen jurídicamente, inmiscuyéndose donde no pueden, un caso sometido su consideración para otros fines. Ellos, con toda la soberanía que se los suponga, apenas pueden calificar los hechos, por mandato legal, en lo cual se comprende naturalmente, la parte psíquica del delincuente o presunto delincuente. Y no más.

"Se ha violado por el Tribunal lo dispuesto en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal. (Ley 4 de 1943, Art. 29)".

"...En esta forma, la sentencia ha violado el numeral 1 del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, puesto que ha reconocido como válido un veredicto con intromisión ilegal de los jurados, en campo de competencia que no les correspondía: la calificación jurídica del hecho.

"Y que la disposición del Tribunal en ese sentido, yendo al fondo de la cuestión, perjudicó los intereses básicos de la justicia, lo podríamos probar, haciendo análisis de los experticios médicos. Los jurados que han ido perdiendo influencia en el país, pero que todavía la conservan para cosas tan ajenas a su saber, como es la determinación médica de la causa eficaz de una muerte, no se pronunciaron en sus propias palabras siquiera sobre fenómeno tan complejo. Sino que recogieron una palabra que repitió el señor Fiscal en la audiencia, por cierto poco explicada según las actas de esa diligencia, y la estamparón ahí".

A los anteriores razonamientos agrega el demandante parte de la sentencia dictada por esta Sala el 10 de agosto de 1951, de acuerdo con la cual, al jurado "le está prohibido toda calificación jurídica del hecho delictuoso".

Causal primera. Este cargo se resume en que el sentenciador no aplicó bien el artículo 36 del Código Penal al acordar una penalidad mínima y, según el señor Fiscal, teniendo en cuenta los elementos objetivos de los hechos, la gravedad de éstos exigían una sanción superior. En la parte final de su alegación dice:

"Silva no ejecutó el hecho con alevosía, no usó medios arteros. Pero sí ocasionó feroz cortada en el abdomen a un individuo que le hizo verter los intestinos. Eso es grave. El 27% de los casos, aún con toda atención médica, son mortales. Las adherencias intestinales son secuela directa de esas heridas. No estamos frente a un hecho, v. gr., en que una leve cortada de un dedo, por claro descuido del paciente, se infecte y cause una muerte. Todo esto lo debe analizar y compárar el jurista. Para que la justicia sea también distributiva, vigorosa, comprensiva, general.

"El hecho así, dentro de la concausalidad, no merece el mínimo de pena. Ni tampoco lo merece dentro de una riña imprevista en este descontar de máximos. Se violan los artículos 366 y 384 del Código Penal, puesto que se los aplica sin considerarse que ellos prevén un ámbito de pena dentro del cual ha debido moverse el sentenciador".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª La acusación formulada al fallo de que se trata carece de toda atinencia jurídica y, por lo

mismo, los motivos que se aducen no alcanzan demostración que determine a la Corte a invalidar el fallo. Ello, con apoyo en las razones que pasan a exponerse:

a) Es impropio (en este proceso) pretender deducir un vicio de nulidad en la actuación, sólo porque el jurado haya estimado concausal *el homicidio y cometido en* riña ocasional. *El empleo de estas expresiones por los Jueces de hecho en nada contraviene el ordenamiento impuesto por el Código de Procedimiento para los juicios por jurado, pues el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943, expresamente autoriza explicar el veredicto cuando "el hecho se ha cometido en circunstancias diversas" a las propuestas por el Juez de Derecho.*

b) De otra parte, los términos usados como aclaración o modificación en el veredicto no podrían, por motivo alguno, estimarse vedados para los señores miembros del jurado, y si los emplearon, lógicamente se infiere del acta de la audiencia, que fueron las partes las que trataron los aspectos de la concausa *y de la* riña ocasional, *cuestiones éstas que en rigor son de la técnica jurídico-penal pero susceptibles de entendimiento y evaluación del cargo formulado al procesado.*

c) Por último, en el campo de la supuesta nulidad, conviene observar que las agregaciones o explicaciones que se hagan a un veredicto, no entrañan incompetencia de jurisdicción, concepto que está circunscrito a los funcionarios que la ejercen por disposición de la ley, y que, de referirlo a los Jueces de Hecho, sólo se vincula a que la competencia de éstos es para los procesos que se siguen ante los Jueces Superiores y como participación ocasional en la administración de justicia, según lo enseña el inciso segundo del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, y

d) La causal primera aducida por el recurrente tampoco tiene asidero legal porque (como puede verse en el fallo del Tribunal), para la individualización de la pena se tuvieron en cuenta las modalidades de los hechos delictuosos, los motivos determinantes y las circunstancias personales aptas para determinar la sanción, en la forma que lo disponen los artículos 36, 37, 38, 39 y concordantes del Código Penal. No estaba obligado el sentenciador a atender a la sola gravedad material u objetiva de las infracciones, como que los factores subjetivos también influyen para la graduación de la pena.

2ª Es suficiente lo antes expresado para que la Corte estime que el recurso de casación no prospera en esta causa.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— 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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD

No corresponde deducir responsabilidad penal contra el Juez que, únicamente por error o falibilidad, hace una interpretación equivocada de la ley. —Factores subjetivos en el prevaricato y en el abuso de autoridad. — Denegación de justicia. — Notificación en estrados en la jurisdicción del trabajo. — Trámite del recurso de apelación introducido extemporáneamente. — Recurso de hecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, octubre 14 de 1964.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a calificar el mérito del sumario seguido, en virtud de la denuncia que formulara el señor Alberto Marulanda Grillo, contra los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores Arnaldo Maury Castro, Pablo José Cervera y Nicolás Fuentes Jiménez, por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, luego de un detenido examen de los elementos de juicio traídos al proceso, solicita que se sobresea definitivamente en favor de los acusados. Al concepto del señor Agente del Ministerio Público habrá de referirse la Sala más adelante.

HECHOS

Se refiere el denunciante al trámite seguido en el juicio laboral que adelantara, contra él, el señor Luis Enrique Mejía, ante el Juzgado Primero del Circuito Laboral de Barranquilla, negocio en el cual, afirma, por razón del estado de "contubernio de mi abogado con el de la parte actora", se incurrió en diferentes anomalías, particularmente en lo relacionado con el recurso de hecho que fuera interpuesto en cuanto a la sentencia de primera instancia.

Dice el señor Marulanda Grillo lo que pasa a transcribirse:

"*Tercero.* Mediante todo este trámite violatorio de las más elementales normas de procedimiento, se profirió el 16 de noviembre de 1961 sentencia de primer grado, condenándome al pago de cuantiosas prestaciones sociales que no adeudaba, y sobre la base injusta de pruebas no vertidas legalmente, y en contubernio de mi abogado con el de la parte actora.

"*Cuarto.* Apelada la anterior sentencia, el Juez *a quo* denegó esta apelación y dentro del término de la ejecutoria de este auto de sustanciación, de conformidad con los artículos 62 y 68 del C. de P. del T. y concordantes del Código Judicial (513 y siguientes) se pidió se ordenara la expedición de copias, para recurrir de hecho ante la superioridad judicial.

"*Quinto.* Denegada la reposición del auto que denegó la apelación, el Juez de primer grado ordenó compulsar las copias de lo pertinente, y con ellas el apoderado mío, con prudentes, sesudas, jurídicas y legales argumentaciones sostuvo el recurso de hecho ante la Sala Laboral del Tribunal Superior.

"*Sexto.* La honorable Sala Laboral, por providencia fechada el 16 de marzo de 1962, desató el recurso, y en extensa providencia en que analizó las argumentaciones en pro y en contra, en su parte resolutiva, expresó que el recurso estaba bien denegado por el inferior y en consecuencia ordenó que se cumpliera la sentencia de primera instancia.

"*Séptimo.* Dentro del término de la ejecutoria de esta providencia, mi apoderado presentó reposición de ella, mediante libelo sustentativo y fue así como la honorable Sala, por proveído de fecha 27 de agosto de 1962, después de desatar

este recurso, adentrarse en consideraciones de orden legal sobre la apelabilidad de la sentencia de primer grado, de manifestar expresamente que se trataba de un recurso de hecho, en su parte resolutiva determinó que se revocaba la anterior providencia de la Sala y en consecuencia se consideraba bien apelada la sentencia y ordenaba que se enviara el expediente, para abrir la segunda instancia y cumplir lo ordenado así por el artículo 514 del Código Judicial.

"*Octavo.* Dentro del término de ejecutoria de este auto, el apoderado del actor, doctor Jorge Tarud, interpuso reposición y fue así que la Sala, por providencia de agosto 29 de 1962, en corto y contundente auto, decretó que no podía haber reposición de reposición por no haber puntos nuevos a decidir y negó de plano las pretensiones del actor, dejando así en firme lo anterior.

"*Noveno.* Pero, encontrándose ya en firme este auto, contra el cual ya no procedía ningún recurso, desatado favorablemente el recurso de hecho, abierta la segunda instancia, tres meses después, la honorable Sala, por proveído de fecha 17 de noviembre, pretermitiendo las más elementales normas de derecho, retrotrajo el proceso y de oficio profirió providencia en la que determinaba que el recurso de hecho no se había resuelto aún, y que si el Tribunal había pedido el informativo era para estudiar a fondo el proceso y ver si era procedente concederlo, como si para conceder el recurso de hecho el Código estableciera que era necesario estudiar el proceso, ya que no se va a atacar la sentencia sino el auto que deniega la apelación.

"Con una serie de planteamientos absurdos, la Sala decidió revocar todo lo actuado, y en consecuencia ordenó que la apelación del inferior estaba bien denegada y ordenó devolver los autos para el cumplimiento de la sentencia. Era tan flagrante la violación, que uno de los mismos Magistrados, el doctor Berdugo, se pronunció dentro del auto, sin salvar el voto, así: 'El Magistrado Berdugo deja constancia que su inconformidad por el *sui generis* procedimiento que se le ha dado al recurso de hecho, pero que a pesar de ello, lo prohija porque aunque tardía, vuelve por los fueros de la justicia'.

"*Décimo.* Ante tal adefesio legal, el apoderado mío solicitó dentro de su ejecutoria, en un extenso y razonado alegato, nulidad de este auto, entre otras razones porque cuando la Sala profirió este auto, no tenía jurisdicción para ello, porque ya el recurso se había desatado y su trámite agotado y de conformidad con el artículo 146, numeral 3º, del Código Judicial, la Sala la había perdido por terminación del recurso y por lo tanto estaba usurpando jurisdicción, por carecer de ella.

"*Undécimo.* Así las cosas, se estructuraba una nulidad de orden legal y constitucional, de las taxativamente enumeradas en el artículo 448 del Código Judicial y ella fue invocada con los argumentos del caso.

"*Decimosegundo.* Después de nueve meses, la honorable Sala, por providencia de fecha 16 de septiembre de 1963, decretó la nulidad de lo actuado a partir del último auto, de fecha 17 de noviembre de 1963, y de conformidad con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo, fijó fecha para audiencia de juzgamiento y dentro de ella oír las alegaciones de las partes.

"*Decimotercero.* Habiéndose decretado la nulidad del auto de fecha 17 de noviembre de 1962, quedó en firme toda la actuación del recurso de hecho y por lo tanto, se había abierto la segunda instancia, ya que la Sala había citado para audiencia de juzgamiento y oír las alegaciones de las partes.

"*Decimocuarto.* El apoderado mío, en la audiencia de juzgamiento, de fecha 2 de octubre, sostuvo estas tesis, las más legales, jurídicas y convincentes, ya que si se había decretado la nulidad del auto de fecha 17 de noviembre de 1962, quedaba en firme toda la actuación del recurso de hecho, a saber: auto de fecha 16 de marzo, que la denegó; auto de agosto 27 de 1962, que revocó el anterior y consideró que la apelación de la sentencia de primer grado era procedente; auto de fecha 29 de agosto de 1962, que no concedió la reposición de reposición, quedando así agotado el trámite del recurso de hecho, de conformidad con el artículo 146, numeral 3º, del Código Judicial.

"*Decimoquinto.* Pero en la continuación de la audiencia de juzgamiento, la Sala Laboral del Tribunal de Barranquilla, violando flagrantemente todas las normas procedimentales, legales y constitucionales pertinentes, dictó un proveído que por lo absurdo, injusto, ilegal, violatorio de la ley, amerita una investigación criminal, pues en esta providencia determina que cuando 'el Juez de primera instancia concedió las copias ya no tenía jurisdicción para ello, para pronunciarse sobre la reposición del auto que denegó la apelación, porque el fenómeno de la competencia había precluido', y, por lo mismo, se ordenaba dejar en firme la sentencia de primer grado y volver el expediente al Juzgado de origen. Cuando precisamente, quien tenía la jurisdicción y competencia para considerar la reposición del auto que deniega la apelación es el Juez de pri-

mera instancia, pues hay actuaciones posteriores al pronunciamiento de la sentencia, que no inhiben al funcionario para pronunciar actos accesorios. Pero es de la esencia del mismo recurso de hecho, así lo ordena el Código, que se pida reposición del auto que deniegue la apelación, y en subsidio copias; luego si el Juez tiene competencia para pronunciar el auto que deniega la apelación, también la tiene para considerar y resolver la reposición de este auto denegatorio de la apelación, por participar de la misma naturaleza, y también por mandato expreso de la ley (artículos 62, 68 del C. P. del T. y 513 del C. J.).

"*Decimosexto.* Pronunciado en audiencia este auto, que viola todo el procedimiento, inmediatamente el apoderado mío, doctor Raúl Téllez Villamizar pidió reposición de él, y en subsidio la nulidad, por cuanto la Sala carecía de jurisdicción ya para pronunciarse sobre el recurso de hecho, amén por violar claras y precisas normas jurídicas, y durante una hora sustentó sus razones de orden legal y jurídico.

"*Decimoséptimo.* Pero la honorable Sala Laboral, estando dentro de la audiencia, no se pronunció sobre la reposición, ni sobre las nulidades, sino que a martillazo limpio cerró la audiencia, sin desatar estos recursos e incidentes que deberían ser atendidos por ser mandato expreso de la ley de que a nadie puede juzgársele y condenársele sin ser oído y vencido en juicio, con los trámites propios de cada juicio (artículo 26 de la Constitución Nacional).

"*Decimoctavo.* Denegación de justicia se cometió en esta audiencia del 9 de octubre, pues no se oyó a mi apoderado, ni se resolvieron sus peticiones legalmente incoadas, sino que sin pronunciamiento previo sobre ellas clausuraron la audiencia.

"*Decimonoveno.* Pero la Sala fue aún más lejos en su torcida actuación contra justicia y contra derecho. Dentro del término de la ejecutoria del proveído mencionado, mi apoderado sustentó, por escrito, la reposición y la alegación de las nulidades, entre las cuales estaban las de orden constitucional y legal, lo mismo que unas recusaciones, todo ello dentro de la ejecutoria de los dos días que ordena el Código Procesal del Trabajo. Pero sin oír nuevamente a mi apoderado, una vez notificado el auto, y vencida la ejecutoria en su término, con un simple 'cúmplase', ordenó enviar el proceso a primera instancia, sin pronunciarse sobre las peticiones incoadas dentro de la ejecutoria del mismo".

Concluye el señor Marulanda Grillo expresando que "la honorable Sala, al tenor de los hechos relatados, incurrió en el delito de *prevaricato,* ya que pronunció providencias notoriamente injustas, contrarias a la ley positiva, ya que se violaron las normas pertinentes de procedimiento. Las normas de procedimiento son de orden público y no pueden ser inventadas por los funcionarios, porque ello desquiciaría el orden jurídico de la Nación. La Sala inventó un procedimiento para favorecer a una parte, por interés y por animadversión contra mí, ya que de otro modo no se explica que hubiera violado tan notoriamente estas normas legales, que son conocidas por todos los Jueces de la República. A sabiendas, porque en los respectivos alegatos se sustentaron, se invocaron, se les hizo ver la situación procesal del juicio. Al negárseme a ser oído, hubo un abuso de funciones públicas, pues fue un acto arbitrario que estranguló el derecho de defensa de una de las partes".

ELEMENTOS DE JUICIO TRAIDOS AL PROCESO

Aparecen en el sumario las siguientes pruebas:

I

Sobre competencia de la Sala Penal de la Corte para conocer de este negocio.

De las copias de las actas de los folios 47 v. y 21 a 23 del cuaderno 4º, se desprende que los doctores Pablo J. Cervera, Arnaldo Maury Castro y Nicolás Fuentes Jiménez, para la época de los hechos denunciados, desempeñaban el cargo de Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, los dos primeros, y de Magistrado de la Sala Civil del mismo Tribunal, el último.

II

Sobre el trámite del juicio laboral aludido por el denunciante.

Fue traída al expediente la copia del juicio ordinario laboral instaurado por el señor Luis Enrique Mejía contra el señor Alberto Marulanda Grillo, la cual obra en el cuaderno 3º de este proceso, y, asimismo, se allegó copia de lo actuado con respecto al recurso de hecho propuesto en el mismo asunto, la que aparece en el cuaderno 2º del informativo.

De estas piezas, cabe hacer alusión de lo siguiente:

a) *Sentencia de primera instancia:* (Fs. 82 a 93, Cd. 3º).

Se dictó este fallo el 24 de noviembre de 1961. En él se hacen las siguientes declaraciones:

"1ª *Condenar,* como al efecto condena, al señor Alberto Marulanda G., representado en este juicio por el doctor Manuel Vanegas Mendoza, a pagar al señor Luis Enrique Mejía o a su apoderado judicial, doctor Jorge Tarud, la suma de trece mil setecientos cincuenta pesos ($ 13.750) moneda legal, y según el siguiente detalle:

"Por prima de servicios	$ 1.250
"Por incapacidad permanente parcial (disminución laboral o funcional)	12.500
"Total	$ 13.750

"2ª *Condenar,* como en efecto se condena, al señor Alberto Marulanda, representado en este juicio por el doctor Manuel A. Vanegas Mendoza, a pagar al señor Luis Enrique Mejía, o a su apoderado judicial, doctor Jorge Tarud, la cantidad de ochenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 83.33) moneda legal, diarios, por concepto de salarios caídos, a partir del día 8 de febrero de 1959, hasta el día en que pague las prestaciones sociales a que ha sido condenado en esta sentencia.

"3ª Absolver, como en efecto se absuelve, al señor Alberto Marulanda, representado por el doctor Manuel A. Vanegas Mendoza, de los demás cargos de la demanda instaurada por el doctor Jorge Tarud, como apoderado del señor Luis Enrique Mejía.

"4ª Sin costas. Cópiese, notifíquese, cúmplase y si no fuere apelada, archívese el expediente. Se hace constar que la anterior providencia fue leída íntegramente y en alta voz por el Secretario del Juzgado, quedando así legalmente notificada a las partes, en estrados...".

b) *Recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del demandado, señor Alberto Marulanda* (Fs. 94 y 95 del Cd. ib.).

Con fecha 30 de noviembre de 1961, mediante escrito dirigido al Juzgado 1º del Trabajo de Barranquilla, el doctor Vanegas Mendoza interpone el recurso de apelación contra la sentencia de que se hace mención en el punto anterior.

Dice el memorialista que estima "que esa providencia no fue notificada hasta ahora que me doy por notificado de ella".

Agrega lo que pasa a transcribirse:

"Aún más, no existe la providencia que declara ejecutoriada dicha sentencia, y no estando declarada ejecutoriada, cabe contra ella el recurso que estoy interponiendo. Pero admitamos que exista el auto que declare ejecutoriada esa providencia, auto que no existe en el expediente hasta ahora, dicho auto no correspondería a la verdad jurídica. En efecto, el ordinal 2º del artículo 41 del C. P. L. (Decreto 2158 de 1948) establece que se notifican en estrado oralmente, las providencias que se dicten en audiencias públicas. Dentro de ellas están las sentencias. Pero si en la audiencia no se encontraban presentes las partes o sus apoderados, o algunos de ellos, mal puede decirse que el ausente o los ausentes fueron notificados oralmente dentro de la audiencia, por tanto, no habiéndose notificado oralmente en estrados, debe notificarse por edicto. No hay duda de que, valiéndose de la disposición que en los autos interlocutorios y de sustanciación adopta el medio indirecto de notificación cuando las partes han estado ausentes de la audiencia, y de la que ha aplicado la Corte —Sala de Casación Laboral— para notificar sus sentencias, con base en el artículo 145 del C. P. L., cuando las sentencias de primera instancia no han sido realmente notificadas en *estrados* deben notificarse por edicto. Igual procedimiento ha adoptado el Tribunal Superior de Popayán, que al no cumplirse la notificación en estrados, por ausencia de las partes, procura, siguiendo integralmente la norma del artículo 309 del Código Judicial, hacer la notificación personal y no lograda ésta, recurre al edicto. Lo contrario sería consagrar en el procedimiento laboral, para acabar de labrar su desprestigio, una tergiversación de su espíritu, que busca ante todo la verdad real, y dar carta de naturaleza a formas ficticias que se prestan a las mayores arbitrariedades. Al ir al Juzgado, no encontré fijado, ni en estado, la notificación de dicho fallo; y hoy me enteré por la calle que ya la sentencia se encontraba ejecutoriada; al solicitar el negocio me doy cuenta que aún no se ha dictado la providencia que declare esa ejecutoria, por una parte, y por otra, que realmente yo no fui notificado en *estrado* y no habiendo sido notificado en estrado, la notificación debía hacerse por edicto, conforme a claras disposiciones de procedimiento laboral y civil...".

Mediante auto de la misma fecha —30 de noviembre de 1961— el Juzgado 1º del Circuito del Trabajo de Barranquilla "no accede a conceder el recurso de apelación que extemporáneamente ha presentado el doctor Manuel Vanegas Mendoza... y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Judicial, por no haberse interpuesto en tiempo oportuno el recurso de apelación, ni ser la sentencia materia de consulta, se declara la misma debidamente ejecutoriada...".

En nuevo escrito, el doctor Vanegas Mendoza solicita reposición del auto anterior y, en subsidio, para "el caso de que no sea repuesta la providencia", pide que se le expidan copias de algunas piezas, para recurrir de hecho. Dos días después, el 4 de diciembre de 1961, manifiesta que apela del preveído de que viene haciendo referencia, en cuanto a la declaración de ejecutoria contenida en él.

El juzgador *a quo* niega los dos pedimentos, en auto de 11 de diciembre del mismo año, del cual se copia lo siguiente:

"En la providencia recurrida el suscrito Juez se permitió transcribir la tesis sostenida por el honorable Tribunal Supremo del Trabajo, en providencia de fecha 14 de junio de 1955, según la cual la notificación en estrados se entiende surtida por el solo hecho del pronunciamiento del proveído, sin que importe la ausencia de las partes para que la providencia quede legalmente notificada... Es lamentable que el doctor Vanegas Mendoza hubiera dejado precluir el término de la ley para recurrir de la sentencia de fecha 24 de noviembre pasado, y que ahora se extrañe de que este Despacho 'sobre el humo', como él lo dice, hubiera declarado la ejecutoria de la sentencia, aun cuando como ya se dijo en la providencia de 30 de noviembre, el auto que tal declara, es meramente formal, toda vez que la sentencia está en firme aun cuando el Juez no lo diga nunca, por el solo hecho de haber transcurrido los términos para apelar de ella, siempre y cuando no sea objeto de consulta".

c) *Recurso de hecho ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla.*

El 17 de agosto de 1962 fue proferido por los Conjueces, doctores Alvaro García Solano y Juan Luis Mendoza, y por el Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Hernán Berdugo B. (quien salvó el voto), un auto por el cual se resuelve "conceder el recurso de hecho que viene interpuesto contra el auto de fecha 30 de noviembre de 1961, dictado por el señor Juez 1º del Trabajo, en el juicio laboral ordinario seguido por Luis Enrique Mejía contra Alberto Marulanda G., dejando así revocada la providencia de esta Sala que denegó el dicho de hecho. En consecuencia, se dispone solicitar al Juez del conocimiento el envío del expediente" (F. 112 del Cd. ib.).

Posteriormente, el día 27 de noviembre de 1962, los mismos Magistrados profirieron la siguiente providencia:

"Estando en audiencia pública los Conjueces, doctores Juan Luis Mendoza, Alvaro García Solano y el de la Sala Civil, Hernán Berdugo B., asistidos por el Secretario de la Corporación, a fin de resolver lo que fuere de lugar en este negocio de Luis Enrique Mejía contra Alberto Marulanda G., como consecuencia del auto de 17 de agosto del año en curso, dictado en el recurso de hecho promovido en este juicio. Ha subido a esta Superioridad el juicio ordinario laboral..., 'mencionado...' en cumplimiento de la decisión de este mismo Tribunal, con el fin de examinar dentro del mismo expediente si la apelación de la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Primero del Circuito Laboral, fue hecha o no dentro de los términos preclusivos que la misma ley indica. La decisión por la cual la mayoría de la honorable Sala revocó la denegación del recurso de hecho interpuesto por la parte demandada, si bien no ajustada en un todo a los cartabones procedimentales establecidos para el recurso aludido, procura a esta Sala la posibilidad importantísima de examinar, no ya en simples copias con todos los inconvenientes y defectos de su expedición, el expediente que contiene el juicio ordinario y la aplicación de los términos de preclusión que han dado origen al debate. Considera esta Sala innecesario volver a analizar el sentido jurídico que amplia y exhaustivamente explicó la Sala titular de este honorable Tribunal, por lo que se debe esta decisión únicamente contraerse a si la apelación, si fue interpuesta o no en tiempo oportuno. Con efecto, las distintas actividades ejecutadas por las partes dentro de un proceso, deben sujetarse a muchas condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión. Estas condiciones han sido llamadas por los procesalistas 'formas procesales'. Una de las formas procesales más comunes es la instrucción (sic) llamada de los 'términos', que pueden dividirse en dilatorios y términos preclusivos o perentorios. Unos y otros son plazos señalados imperativamente por la ley para que dentro de ellos se haga uso de un recurso, se tome una decisión por parte del fallador, o se ejecute un acto en el curso del juicio. Estos términos preclusivos, en algunos de sus muchos aspectos, son de orden público, porque en interés de la propia justicia no es posible dejar las decisiones de los Jueces al arbitrio inconsulto de las partes, sino que la misma ley necesariamente pone un límite dentro del cual la actividad personal del litigante debe rechazarse. Si dicha actividad personal no se ejercita dentro de los modos y condiciones que la misma ley indica, el simple transcurso del tiempo crea por mandato de la misma ley una situación jurídica diferente, vale decir, que la decisión con-

tra la cual podría intentarse en tiempo algún recurso, en virtud de esa misma preclusión, queda en firme, sin que contra ella quepa recurso alguno. Por eso algunos procesalistas llaman a las decisiones que quedan en firme por no haberse intentado contra ellas recurso alguno, sentencias preclusivas. En el caso de autos está debidamente demostrado que contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Primero del Circuito Laboral, con fecha 24 de noviembre de 1961, no se interpuso, en tiempo oportuno, recurso alguno, y por lo tanto dicha sentencia ha quedado en firme en virtud de la preclusión de que antes se ha hablado... El Magistrado Hernán Berdugo B. deja constancia de que la actuación acusa su inconformidad con la sui generis tramitación que se le ha dado al recurso de hecho, por la mayoría de la Sala, pero que sin embargo, prohija esta providencia porque considera que, aunque tardía, vuelve por los fueros de una justicia recta e imparcial. Estas consideraciones son suficientes para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla —Sala Laboral—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelva*: 1º Considérase bien denegada la apelación interpuesta inoportunamente contra la sentencia del Juzgado Primero del Trabajo, de fecha 24 de noviembre de 1961. 2º En consecuencia, la sentencia mencionada está en firme, en virtud de la preclusión. 3º Devuélvase el negocio a la oficina de origen...".

El Conjuez, doctor Juan Luis Mendoza V., en extenso escrito (Fs. 117 a 134), salva su voto, por considerar que la notificación del fallo ha debido hacerse mediante edicto. Dice, entre otras cosas, lo siguiente:

"En desarrollo del auto de fecha diez y siete de agosto del año en curso..." (1962)..., "por el cual se concedió el recurso de hecho en este negocio, pero sin que se definiese previamente si la apelación de la sentencia estuvo o no bien denegada, se procede a decidir este punto después de un detenido estudio y examen del expediente original que la Sala consideró indispensable, por cuanto requerida la lectura de la totalidad de un expediente, si es en copias, éstas no producen el mismo efecto, ni dan la exacta convicción sobre formas de una actuación en su integridad. Para ello se ajusta la Sala al artículo 40 del Código de Procedimiento Laboral, que permite realizar los actos procesales de la manera más adecuada al logro de su finalidad, cuando las leyes no prescriben una forma determinada, como es el caso a juicio de la Sala, en consecuencia con su apreciación de que conforme al texto del artículo 68 ib., al conceder el recurso de hecho, no es preciso definir previamente si se estima o no bien denegada la apelación, como sucede en el procedimiento civil, por estatuirlo así el artículo 514 del Código Judicial, en tanto que en el 68, precitado, nada se dispone al respecto...".

Y sobre el fondo de la cuestión, luego de hacer notar que los doctores Adán Arriaga Andrade y Alvaro Leal Morales, según concepto presentado por la parte demandada, opinan que "el pronunciamiento en estrados no produce *ipso facto* su notificación (de la sentencia), sino para la parte que se encuentre presente en la audiencia"; y de referirse a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de 18 de julio de 1957 (G. J., T. XXXV, pág. 825), expresa lo que pasa a transcribirse:

"...El artículo 81 del Código de Procedimiento Laboral distingue dos situaciones, al respecto: a), que en la audiencia de juzgamiento siguiente a la 'clausura del debate' el Juez profiera en el acto la sentencia, motivándola oralmente y la notificará en estrados; b), que si no estimare conveniente fallar en la misma audiencia en que se ha clausurado el debate, lo 'declara así y citará a las partes para una nueva audiencia que debe celebrarse dentro de los diez días siguientes, en la cual se leerá y notificará a los interesados la sentencia'. Con respecto a la primera parte del texto en referencia no hay duda, pues, que la notificación 'en estrados' es la apropiada y eficaz. Pero en cuanto a la otra eventualidad, el formalismo está cambiado en el mismo texto, porque ya para la aplazada, por una sola vez, como allí aparece, no se repite lo de la notificación en estrados, sino que se indica una manera distinta de poner el fallo en conocimiento de las partes, al decir que se leerá y se notificará a las partes la sentencia, lo cual presupone que la sentencia ya está escrita y que las partes estén presentes para oír la lectura, cosa distinta de la motivación oral de la primera, como tampoco es 'el pronunciamiento oral' contemplado en el ordinal 2º del artículo 41, que infiere efectos de la notificación en estrados. Luego, en cuanto a ésto, la propia norma distingue y por tanto la interpretación puede y debe ser distinta. Del anterior planteamiento..." se deduce... "que cuando el fallo se profiere una vez clausurado el debate, lo cual podrá ocurrir en cualquiera audiencia de trámite y en el mismo acto, procede la notificación en estrados. No así cuando se falla por escrito en la nueva audiencia que autoriza la parte final del artículo comentado. ¿Cuál la forma? Es cuestión

a dilucidar. Veamos: 'se leerá y notificará a los interesados la sentencia', reza la norma. No dice solamente se notificará, como para pensar que se prescindió por razón gramatical de repetir que debía ser en estrados, como en aquella del primer caso. Sino que impone algo nuevo: la lectura y además la notificación a los interesados; no basta el pronunciamiento, sino que parece significar que una vez leída a los interesados, se requiere además que se les notifique. *En fin, hay por lo menos un vacío,* no obstante que del artículo 47 pudiera deducirse que la notificación operaría firmándose el acta respectiva por los interesados. *Ante el vacío,* prosperaría la tesis de que debe aplicarse, por analogía, el artículo 309 del Código Judicial o el 311, que obliga a los Secretarios a notificar personalmente aún las providencias que deben hacerse saber en otra forma, si las partes, con ese fin, se presentan oportunamente a la oficina..." (subraya la Sala).

Concluye manifestando que "la sentencia, en el caso de autos, no está debidamente notificada, ni lo estaba cuando el apoderado de la demandada interpuso el recurso de apelación".

Días después, el doctor Clemente Salazar Movilla, en su condición de nuevo apoderado de la parte demandada en el cuestionado juicio laboral, interpuso el recurso de reposición de la providencia atrás transcrita, y, en subsidio, solicitó que se declarara la nulidad de lo actuado, desde el auto de 29 de agosto de 1962, por estimar que el proveído que recurre "es contrario a las normas procedimentales, pues la honorable Sala no podía resolver de oficio, porque estaba precluida la oportunidad procesal sobre un punto que había sido decidido por la misma Sala y que tenía el sello de la ejecutoria". Agrega que "al declararse en el proveído que reclamo bien denegada la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado 1º del Trabajo, de fecha 24 de noviembre de 1961, está fallándose sobre un punto que no estaba sometido a la jurisdicción de la honorable Sala, pues, estando ejecutoriada la providencia que admitió el recurso de hecho, no había materia sobre qué fallar. Esa honorable Sala, al resolver bien denegada la apelación, está revisando el fallo ejecutoriado dictado en el recurso de hecho. Consecuencialmente, está incurriendo en protuberante nulidad de lo actuado".

En virtud de la anterior petición, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, formada por los Conjueces, doctores Bernardo Jaramillo García y Alvaro García Solano, y por el Magistrado, doctor Nicolás Fuentes Jiménez (quien salva su voto), profirió el auto de 10 de septiembre de 1963, por el cual "declara nulo todo lo actuado, a partir del auto de fecha 27 de noviembre de 1962...", y "señala el día diez y ocho (18) de los corrientes, a las nueve de la mañana, para celebrar la audiencia de alegación en el presente negocio. Se expresa en esta ocasión que "ante la carencia de tramitación específica del recurso de hecho, se deben armonizar los principios que informan esta legislación, debiéndose establecer, por un lado, la aplicación analógica de las normas del decreto y por el otro lado, darle aplicación a las normas del Código Judicial, que reglamentan el recurso de hecho, sin menoscabo de las normas exclusivas del procedimiento laboral. Estas consideraciones llevan a la Sala a la conclusión de que es necesario la actuación en audiencia pública, del auto que decidió el recurso de hecho interpuesto, ya que no tiene norma especial su tramitación, ni tampoco tiene un régimen exceptivo dentro de los eventos establecidos en el artículo 42 del Decreto 2158 de 1948. Si la actuación no observó las normas de la oralidad señaladas en el Código, ni las decisiones de la Sala fueron mediante audiencia pública, es de lógica conclusión que existe una nulidad adjetiva, de acuerdo con el mismo artículo 42, y que la Sala tiene el deber de subsanar, una vez que ella ha operado de manifiesto. El auto de 27 de noviembre de 1962 no fue dictado en audiencia pública, puesto que no existe constancia del auto de sustanciación que la haya señalado, y por lo tanto, dicha decisión es nula y el proceso habrá de retrotraerse al estado que tenía antes de aparecer la mentada providencia...".

El doctor Fuentes Jiménez dice que "impugna la providencia que, por mayoría, se dictó, la cual firma sin entrar a considerar la materia en ella tratada, pues, a su juicio, lo primero que hay que definir en el estado actual de la causa es si la Sala, tal como está integrada, tiene jurisdicción para conocer del negocio. Y el suscrito Magistrado es de opinión que no la tiene, por estar integrada ilegalmente en lo que respecta al Conjuez, doctor Jaramillo García".

Realizada la audiencia pública, la Sala hizo la siguiente declaración, el día 9 de octubre de 1963:

"El Tribunal se inhibe, como Juez de instancia en este asunto, por carecer de competencia de jurisdicción, ya que el juicio, por haber recibido pronunciamiento que hizo tránsito a cosa juzgada, precluyó al quedar en firme la sentencia del Juez de la causa...".

Este proveído fue suscrito por los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores

Pablo José Cervera, Arnaldo Maury Castro y Nicolás Fuentes Jiménez, personas a quienes acusa el denunciante, señor Alberto Marulanda Grillo.

Corresponde copiar las consideraciones de la Sala, en este caso, las cuales son, a saber:

"En el presente juicio de Luis Mejía contra Alberto Marulanda Grillo, el Juez del conocimiento, con fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, profirió sentencia condenatoria contra el demandado, por lo que el apoderado de este último, en escrito de fecha 20 de noviembre de 1961, interpuso recurso de apelación, cuando ya la sentencia se encontraba debidamente ejecutoriada. El mismo día en que se interpuso el recurso mencionado, el Juez resolvió el memorial no accediendo a concederlo, y en la misma providencia declaró ejecutoriada la sentencia. Esta Sala es de opinión de que, desde el día siguiente al de la ejecutoria de la aludida sentencia, ya el Juez carecía de jurisdicción para resolver cualquiera petición, por haber precluido todos los términos y quedar en ese instante en firme la sentencia, operándose el fenómeno de la cosa juzgada: *res judicata pro veritate habetur*. Los autos que siguieron a la ejecutoria de la sentencia proferida por el Juez, después de haber quedado en firme la providencia que puso fin a todo el proceso, giraron en el vacío, pues carecían de base jurídica que pudieran sustentarlos. Una vez denegado por el Juez el recurso de apelación interpuesto inoportunamente, no cabía, legalmente, ningún recurso contra la providencia que había puesto final al negocio judicial; y ni siquiera el recurso de hecho, que pretendió construir sobre bases inequívocamente falsas, pues habían precluido todos los términos. Y no podía tener cabida este último recurso, por cuanto al no haberse interpuesto en tiempo oportuno el recurso de apelación, su interposición era improcedente y, por lo mismo, no podía ser conocido una vez ejecutoriada la sentencia; y siendo ello así, no se ve por qué el fallador de instancia procedió a resolver, declarando denegado el recurso, cuando él, según la providencia que corre a los folios 132, 133 y 134, carecía ya de jurisdicción y, por consiguiente, sin facultad procesal alguna para resolver ninguna suerte de peticiones de las partes que habían intervenido en el litigio fenecido. Podríase agregar, además, que por el hecho de que el Juez hubiera resuelto en auto denegar la apelación, ello no significa que su actuación o procedimiento fuera de la ley obligara en forma alguna al Superior, a resolver sobre el pretendido recurso de hecho, ya que en el caso materia de esta declaración no se conjugaban las exigencias de los artículos 513 a 518 del Código Judicial, y especialmente el artículo 516 ib. El Tribunal, sin embargo, desea observar que el Juez del conocimiento incurrió en error cuando, con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, dio lugar con el auto que denegó el recurso de apelación a que en torno de este pequeño problema procedimental se hubiera tejido por los diferentes apoderados del demandado toda una serie de teorías que no encajan con las constancias jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, ni con las normas de nuestro procedimiento judicial, ni mucho menos con la realidad del proceso. Su actuación ha debido reducirse a declarar que carecía de jurisdicción para resolver las peticiones que siguieron a la ejecutoria de la sentencia, por haberse operado, como ya se dijo, el fenómeno de la cosa juzgada. Es por todo lo anteriormente expuesto y después de un detenido estudio, que la Sala llega a las siguientes conclusiones: 1ª) El juicio ordinario laboral trabado entre el señor Luis Enrique Mejía R. y el señor Alberto Marulanda fue fallado por el Juez Primero del Trabajo de Barranquilla el día 24 de noviembre de 1961. 2ª) Dicho fallo quedó en firme por haber sido notificado legalmente a las partes, en estrados, no ser consultable y haber transcurrido el término de tres días sin haberse propuesto contra él recurso de apelación, que a las partes franquea el artículo 66 del Código de Procedimiento Laboral. 3ª) En esta forma quedó definitivamente fenecido el juicio, y la sentencia en él dictada asumió la obligatoriedad de la cosa juzgada. 4ª En consecuencia, terminado el juicio no puede revisarse derivándolo hacia una segunda instancia, porque ésta sólo emerge cuando el imperio de la cosa juzgada no ha cerrado la jurisdicción que le daría al juzgador de segundo grado competencia para entender en el asunto. En dicha causa laboral la competencia de jurisdicción para conocer en una segunda instancia precluyó al quedar en firme el fallo definitivo que pronunció el Juez de la causa. Y si no tiene vigencia ya el juicio, en cuanto no puede ya ser susceptible de otra instancia ante el Superior, todo lo que ha ocurrido con posterioridad en el expediente, que signifique revisar el proceso, es subalterno ante el imperio de la cosa juzgada, y por tanto inocuo e inoperante, por tratarse de un material al que se le trató de dar vida procesal sin tener virtualidad jurídica para serlo, quedando todo construido en el vacío. Ni se arguya que el Juez abrió las puertas a una segunda instancia, al declarar

ejecutoriada la sentencia, porque la firmeza de una providencia judicial sólo adviene cuando no se ha sometido oportunamente, por medio de alzada, a la revisión del Superior, resultando así que el admitente de la declaratoria es un acto que nada añade al estado de firmeza a que la sentencia pasó, por no haber sido apelada...".

Acto seguido, esto es, una vez leída la resolución anterior, el doctor Raúl Téllez Villamizar, en representación de la parte demandada, pide que se declare nulo el auto copiado y, en subsidio, que se reponga. Apoya sus pedimentos en que carecía el Tribunal Superior de Barranquilla de competencia para pronunciarse sobre el asunto.

La Sala, inmediatamente después, declaró que "se ratifica en su resolución de inhibición para conocer de este asunto, y por tanto no puede entrar a resolver ninguna petición".

Posteriormente, tanto el doctor Téllez Villamizar, como el doctor Clemente Salazar Movilla, en sendos memoriales dirigidos al Tribunal, insistieron en la reposición del proveído de que se está haciendo referencia y, en subsidio, que se declare la nulidad del mismo. A estas nuevas solicitudes respondió la Sala, el 14 de octubre de 1963, expresando que, "según consta en la declaración del día 9 de octubre, que obra en el informativo, la Sala carece de jurisdicción para conocer de este negocio, por tratarse de un juicio que hizo tránsito a cosa juzgada. Los memoriales referidos serán agregados a los autos y el expediente remitido al Juzgado de origen".

Al igual que la anterior providencia, esta fue suscrita por los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores Pablo José Cervera, Arnaldo Maury Castro y Nicolás Fuentes Jiménez.

III

Lo que declaran los Magistrados que fueron objeto de la acusación.

Los doctores Nicolás Fuentes Jiménez, Arnaldo Maury Castro y Pablo José Cervera, luego de hacer una relación pormenorizada de las incidencias del recurso de hecho interpuesto en el negocio laboral de que se ha hecho mención, anotan que en todo momento han obrado de acuerdo con los preceptos legales que era del caso tener en cuenta.

Anota el doctor Fuentes Jiménez que, en cuanto al juicio laboral seguido por Luis Enrique Mejía contra Alberto Marulanda Grillo, considera que "se quiso revivir el negocio con solicitudes extemporáneas, que, por desgracia, el Juez del conocimiento, seguramente por error, se puso a tramitar, trámite que quedó en el vacío, porque no correspondía a la temporalidad del momento en que esos recursos pudieron interponerse, y cuando los jueces dictan providencias que se salen del procedimiento, es como si no las dictaran, por carencia de virtualidad jurídica capaz de quebrar la cosa juzgada... ...Se observa en este expediente que hay algunos distinguidos abogados que propugnan la tesis que en estas sentencias laborales las partes no quedan notificadas por estrado, si no están presentes, pero esos conceptos son aislados y discrepan tanto de la ley, como de la jurisprudencia sostenida por todos los Jueces y Tribunales del país. Para que esa tesis prosperara, se necesitaría que el legislador modificase los estatutos legales vigentes, que establecen que las sentencias en estrados se notifican en ellos, en presencia o no presencia de las partes, cuando ha habido auto previo de citación a las audiencias...".

Observa el doctor Arnaldo Maury Castro que "la razón jurídica que tuvo la Sala para considerar que todo lo que se hizo después de la ejecutoria de la sentencia proferida por el *a quo*, giraba en el vacío..." fue el artículo 515 del Código Judicial... "aplicable en este caso laboral, por no haber disposición en el Código de Procedimiento Laboral..." sobre este punto..., "para admitir el recurso de hecho, pues se requiere que la apelación sea procedente, conforme a la ley, y haya sido interpuesta en tiempo, y en tiempo también se haya pedido la reposición e introducido el recurso de hecho...", y como "faltó el requisito indispensable de interponer la apelación en tiempo, mal podía decidirse sobre el recurso de hecho, pues todo lo posterior a la ejecutoria de la sentencia nada valía procesalmente".

Refiere que "cuando se entraba a resolver sobre la reposición pedida, el doctor Clemente Salazar Movilla le sustituyó el poder al doctor José Ulloque Meneses, abogado con quien yo estaba impedido, lo mismo que el doctor Rodríguez Arrieta. Así, pues, el doctor Rodríguez Arrieta y el que habla salimos del negocio, por impedimento, por enemistad personal con el doctor Ulloque Meneses, en ese entonces apoderado de Marulanda. Siguiendo la tramitación legal, se sortearon los Conjueces que debían actuar en reemplazo nuestro, si mal no recuerdo, en los primeros sorteos, salió el doctor Eduardo Llinás Mastrodoménico, quien se excusó, según impedimentos legales dichos por él. Nuevamente se hizo sorteo de Conjueces y salieron elegidos Alvaro García Solano y Juan Luis Mendoza y ellos,

en una serie de providencias que reposan en el informativo, manifestaron su pensamiento alrededor del recurso de hecho que se quería hacer valer en la segunda instancia. Ultimamente, al elegir la Corte el nuevo Tribunal, fue elegido el doctor Pablo José Cervera, quien se declaró impedido por amistad personal con el doctor Clemente Salazar Movilla, pero ya la Sala, que en esta ocasión la componían el doctor Fuentes Jiménez, el que habla y el doctor Bernardo Jaramillo García, se llegó a la conclusión de que el doctor Pablo José Cervera, no podía declararse impedido porque la amistad personal no impedía para que conociera del negocio, ya que el impedimento cabría si él hubiera sido enemigo de una de las partes, y como el abogado no es parte, el doctor Cervera oyó las consideraciones y entró a conocer del negocio, sacando al Conjuez Jaramillo García de la Sala Laboral de Decisión. En cuanto a mí se refiere, entré a conocer del negocio nuevamente, porque el doctor Ulloque Meneses dejó de ser apoderado para darle entrada nuevamente al doctor Clemente Salazar Movilla, amén de que el doctor Ulloque Meneses, en esos días, manifestó en todos los negocios que tenía en el Tribunal que me prorrogaba la jurisdicción. Ya el Tribunal constituido, o mejor dicho la Sala Laboral, por el doctor Pablo José Cervera, como ponente, y el que habla y el doctor Fuentes Jiménez, entramos a decidir del asunto planteado y después de oír a los abogados de las partes, entre ellos a un doctor Téllez de Bogotá, hizo el Tribunal la siguiente declaración: Que el Tribunal estaba inhibido para entrar a resolver cualquier petición de las partes, porque el negocio estaba ejecutoriado y todo lo que se hiciera después de la ejecutoria, giraba en el vacío, porque ningún funcionario tenía competencia, ni jurisdicción para resolver nada. Es decir, le estábamos dando nosotros, los de la Sala, vida al viejo precepto latino, *'res judicata pro veritate habetur'*, y como consecuencia de lo anterior no quedaba otro camino que remitir el negocio inmediatamente al Juzgado de origen.

Dice el Magistrado, doctor Pablo José Cervera, que en cuanto "a la notificación en estrados establecida en el artículo 41 del Código de Procedimiento del Trabajo, nada más adecuado que traer a colación lo dicho por el Tribunal Supremo del Trabajo, en auto de marzo de 1954, recaído en el juicio laboral de Isabel Briñez R., contra Alfredo Briñez, en el cual se dijo lo siguiente: 'El Código de Procedimiento del Trabajo, vigente desde julio de 1948, consagra la notificación en estrados como única forma de notificar las sentencias de primera y segunda instancia. En esta materia son claros los artículos 81 y 82 de dicho Código, ambos en consonancia con el 41 *ibídem* y con la doctrina que informa el principio de oralidad, dominante en el procedimiento laboral. Por lo tanto, es contrario a derecho el trámite adoptado por el Tribunal de Ibagué, al notificar personalmente la resolución judicial con que definió la controversia. Como la providencia respecto de la cual se ha propuesto el recurso de casación, fue proferida en audiencia pública de 11 de diciembre de 1953 y su notificación se hizo en estrados en la misma fecha, el término para interponer tal recurso, conforme al artículo 88 del Código Procesal del Trabajo, empezó a correr el 12 del citado mes de diciembre y venció el 17 del mismo mes. De lo anterior se deduce que la notificación que se hizo personalmente era innecesaria e ilegal y, en consecuencia, no puede admitirse, por extemporáneo el recurso de casación de que se ha hecho mérito'...". Agrega que "de conformidad con el artículo 81 del Código de Procedimiento del Trabajo, una vez clausurado el debate, el Juez podrá proferir en el acto la sentencia, motivándola oralmente; en ella señalará el término durante el cual debe ejecutarse, y la notificará en estrados. Si no estimare conveniente fallar en la misma audiencia, lo declarará así y citará a las partes para una nueva, que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes, en la cual se leerá y notificará a los interesados la sentencia. Así reza la ley y así lo hizo el Juez que falló el negocio tantas veces aludido, notificando a las partes, en estrados, la sentencia que puso fin a la controversia suscitada entre las partes en litigio. Este criterio, aplicado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla en el caso materia de esta indagatoria, lo ha aplicado también en el juicio instaurado por Peter Wilson Morgan contra la empresa 'Ason Drilling Company', al resolver la petición de reposición de un auto que denegó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juez de primera instancia en el juicio aludido. La Sala resolvió en el aludido juicio que, por haber precluido el término de cinco días para interponer el recurso de casación, carecía de jurisdicción y, por lo tanto, se inhibía para resolver ninguna petición que hagan las partes, y ordenó la devolución inmediata del negocio. Debo advertir que el abogado que interpuso el recurso en el negocio aludido, fue el doctor Ulloque Meneses, quien también figura en el ya fenecido juicio de Luis E. Mejía contra Alberto Maru-

landa Grillo, en calidad de apoderado sustituto del doctor Clemente Salazar Movilla. No debo terminar esta declaración sin manifestar que no conozco personalmente, ni los he visto nunca, a los señores Luis Enrique Mejía y Alberto Marulanda Grillo. La declaración hecha por el Tribunal con respecto al juicio laboral en que ellos fueron partes, no fue otra cosa que el resultado de un estudio sereno, detenido y honesto en el cual mis ilustres compañeros de Sala, los doctores Nicolás Fuentes Jiménez y Arnaldo Maury Castro, y yo, pusimos todo nuestro interés, todos nuestros deseos más fervientes de asertar en la decisión que tomamos al declararnos inhibidos de conocer de un juicio ya fenecido, por incompetencia de jurisdicción...".

Al terminar su declaración, el doctor Pablo José Cervera presentó, entre otros documentos, las copias de los autos de marzo de 1954 y de 16 de noviembre de 1963, del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y del Tribunal Superior de Barranquilla —Sala Laboral—, respectivamente, piezas a las cuales se refirió en la indagatoria.

IV

Prueba documental.

Al informativo fueron traídos los siguientes documentos:

1º *Auto de 16 de noviembre de 1963, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla.*

Se dice en esta providencia lo que pasa a transcribirse:

"El doctor José Ulloque Meneses, en escrito de fecha 14 de noviembre del presente año, refiriéndose al juicio laboral de Peter Wilson Morgan contra la empresa 'Anson Drilling Company', pide 'reposición del auto que deniega el recurso de casación interpuesto, por la sencilla razón de que no se ha notificado la sentencia definitiva, como ordena el Código Judicial, para que tales providencias se consideren notificadas. Solo los autos interlocutorios pueden notificarse por estrados, por estados, no así sucede con las sentencias definitivas'. En relación a las exigencias del peticionario, la Sala tiene que hacer las siguientes declaraciones: a) La sentencia de la referencia fue proferida el 30 de octubre del año en curso y se notificó en estrados en ese mismo momento, de acuerdo a lo ordenado en el inciso 2º del artículo 41 del Código de Procedimiento Laboral, que dice: 'Forma de las notificaciones: Las notificaciones se harán en la siguiente forma:... 2º En estrados, oralmente, las de las providencias que se dicten en las audiencias públicas. Se entenderán surtidos los efectos de esas notificaciones desde su pronunciamiento'. b) El artículo 88 expresa que 'el recurso de casación podrá interponerse de palabra en el acto de la notificación, o por escrito dentro de los cinco días siguientes'. El apoderado de la empresa solo vino a interponer el recurso, según consta a folio 13 del cuaderno número dos, el día siete de noviembre del presente año, es decir, que no se interpuso el recurso en tiempo. c) Esta Sala ha sido de concepto y así lo expresó en el juicio de Luis Mejía contra Alberto Marulanda, que una vez ejecutoriada la sentencia, el juzgador correspondiente no tiene jurisdicción para decidir sobre posteriores peticiones a la ejecutoria de la providencia, que implique no estar en firme, en cuanto ella ha hecho tránsito a cosa juzgada, ejecutoria que se cumple de acuerdo a la ley. d) En el presente juicio la notificación de la providencia de fecha 30 de octubre del presente año, se hizo de acuerdo a lo estipulado en el Código de Procedimiento Laboral, siendo ello así, la Sala no ha hecho otra cosa que cumplir la ley procedimental, y estar acorde con la jurisprudencia del más alto Tribunal, que para ilustración se inserta parte de la sentencia de 14 de junio de 1955, que dice, así: 'La notificación en estrados se entiende surtida por el solo hecho del pronunciamiento del proveído, sin que importe la ausencia de las partes para que la providencia quede legalmente notificada. Por ello tampoco es necesario que a la parte que esté presente se le haga la notificación en acto especial y dentro de la misma audiencia' (sentencia 14 junio de 1955). e) Habiéndose notificado la providencia de acuerdo a la ley, y habiendo precluido el término para interponer el recurso mencionado, lógico es que el Tribunal quede sin jurisdicción para decidir cualquier petición posterior a la preclusión del referido término. Las anteriores declaraciones tienen por objeto manifestar que la Sala, en este momento, no puede entrar a decidir ninguna petición que hagan las partes en el sentido indicado. En consecuencia, por la Secretaría remítase el expediente al Juzgado de origen para que sea archivado. Cúmplase. (Firmados): Arnaldo Maury Castro, Pablo José Cervera, Nicolás Fuentes Jiménez. El Secretario, Carlos A. Berdugo Manotas. Es copia de su original, que se expide en Barranquilla, a los 22 días del mes de abril de 1964. El Secretario (fdo.) Carlos A. Berdugo M.".

2º *Auto de marzo de 1954, del Tribunal Supremo del Trabajo.*

Reza este proveído lo siguiente:

"Tribunal Supremo del Trabajo. — Bogotá, marzo de mil novecientos sesenta y cuatro. Se va a resolver acerca de la admisión del recurso de casación propuesto por el apoderado de Isabel Briñez, contra la sentencia de fecha 11 de diciembre del año próximo pasado, dictada por el Tribunal Superior del Trabajo de Ibagué, en el juicio seguido por la recurrente contra Alfredo Briñez. El fallo materia del recurso fue pronunciado en la audiencia de juzgamiento que se celebró el once de diciembre antedicho, y notificado en estrados en la misma oportunidad, tal como se halla establecido para los juicios del trabajo; el once de enero del año en curso se notificó personalmente al apoderado de la demandante y, en el acto de la notificación, éste manifestó que interponía el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal. El día trece de los mismos mes y año, se notificó al representante de la parte demandada, también personalmente. Al día siguiente de esta última notificación, en anotación secretarial, se dice que en esa fecha comienza a correr el término de los cinco días para interponer el recurso de casación contra la providencia del *ad quem*. En auto de fecha 21 de enero pasado, el Seccional concedió la casación, por considerarla interpuesta oportunamente. Se considera: El Código de Procedimiento del Trabajo, vigente desde julio de 1948, consagra la notificación en estrados como única forma de notificar las sentencias de primera y segunda instancias. En esta materia son claros y terminantes los artículos 81 y 82 del dicho Código, ambos en consonancia con el 41 *ibídem* y con la doctrina que informa el principio de oralidad dominante en el procedimiento laboral. Por lo tanto, es contrario a derecho el trámite adoptado por el Tribunal de Ibagué, al notificar personalmente la resolución judicial con que definió la controversia. Como la providencia respecto de la cual se ha propuesto el recurso de casación fue proferida en audiencia pública el 11 de diciembre de 1953, y notificación se hizo en estrados en la misma fecha, el término para interponer tal recurso, conforme al artículo 88 del Código de Procedimiento del Trabajo, empezó a correr el 12 del citado mes de diciembre y venció el 17 del mismo mes. De lo anterior se deduce que la notificación que se hizo personalmente era innecesaria e ilegal, y, en consecuencia, no puede admitirse, por extemporáneo el recurso de casación de que se hace mérito. Por lo expuesto, el Tribunal Supremo del Trabajo, no admite el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Isabel Briñez R., contra la sentencia proferida por el Tribunal del Trabajo de Ibagué, de fecha 11 de diciembre del año próximo pasado, en el juicio seguido por la recurrente contra Alfredo Briñez. Ejecutoriado este auto, vuelva el expediente al Tribunal de origen. Cópiese y notifíquese. (Fdo.) Eduardo Ronderos Tejada, José María Velasco Guerrero, Guillermo González Charry. Alvaro Díaz Granados, Secretario".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, después de un estudio de las pruebas traídas al informativo, solicita que se sobresea definitivamente en favor de los Magistrados, doctores Arnaldo Maury Castro, Pablo José Cervera y Nicolás Fuentes Jiménez, con fundamento en lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Dice el señor Agente del Ministerio Público:

"En este estado de cosas cabe inquirir ¿si la honorable Sala en lo Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, con su comportamiento y decisión, ha cometido algún reato que merezca sanción penal? A esta pregunta la Procuraduría contesta rotundamente que no, para lo cual se basa en lo siguiente:

"Al proceder en la forma que ocurrió en la audiencia del 2 de octubre y en la negativa o declaración de incompetencia en sus actuaciones posteriores, no hizo otra cosa que continuar y finalizar lógicamente el programa, errado o no, que se había trazado para resolver el problema jurídico planteado a su consideración, programa establecido por la misma Sala, como se ha visto, en diferentes ocasiones y por diferentes aspectos, y lo que es más importante, por medio de la Sala de Decisión formada por diferentes Magistrados, algunos de los cuales actuaron como Conjueces, pero en todo caso distintos, una u otra vez, de los doctores Maury Castro, Cervera y Fuentes Jiménez, aunque alguno hubiese también actuado, pero en asocio de otros Magistrados, como componente de la Sala...".

"Al obrar así, actuaron los señores Magistrados con plena y absoluta buena fe, con el mejor ánimo de administrar justicia y de cumplir de la manera más propia, según su leal saber y entender, errado o no, el procedimiento legal pertinente y respecto, como en forma satisfactoria, en sentir de esta Procuraduría, lo exponen y explican en las indagatorias a las que

fueron sometidos, amén de la gravísima y difícil comisión que les había tocado en suerte, tanto más dura y escabrosa, si se tiene en cuenta la especialidad del caso en estudio, la escasa jurisprudencia al respecto, debido ésto a la relativamente reciente implantación entre nosotros de la justicia laboral, de lo cual es muestra las contradictorias opiniones de tan importantes profesores y profesionales del Derecho Laboral, opiniones traídas a los autos, en respaldo de sus propios intereses y fines, por cada una de las partes enfrentadas en el litigio y las cuales obran en las copias traídas a esta investigación.

"Así las cosas, no es posible afirmar que en las actuaciones de los tres Magistrados, que por estar de acuerdo firmaron o actuaron en la referida sesión del dos de octubre y en sus posteriores pronunciamientos, concurre el 'dolo malo' de que hablan los romanos al tratar del prevaricato, principal imputación que les hace, pues sencillamente es ajena a los sindicados, por todo aspecto... No hay duda de que una de las intenciones de la denuncia es obtener, en forma indirecta y por lo demás inapropiada, una revisión del juicio laboral y de su fallo, ocurrido entre el señor Alberto Marulanda Grillo, como demandado y el señor Luis Enrique Mejía, como demandante, a fin de conseguir por esta vía inadecuada e imposible legalmente, un enderezamiento de la situación existente en beneficio de las pretensiones o aspiraciones de la parte desfavorecida...".

ALEGATO DE LA DEFENSA

El doctor Carlos Reyes Posada, personero de los acusados, manifiesta, entre otras cosas, lo que a continuación se copia:

"Al conocer los elementos objetivos sobre los cuales se pretendió montar un proceso penal de tan hondas repercusiones en la conciencia pública, como es la simple sindicación contra tres Magistrados, por imputaciones que atañen directamente a los deberes primordiales que los encargados de administrar justicia deben cumplir con escrupuloso celo, no pude menos que calificar de insólita la acusación, que por otra parte, es un brote de un estado de alma que vive el país como signo del clima de disgregación social de que somos víctimas, por circunstancias que no es el caso de estudiar en este comedido escrito. El respeto de que debe estar rodeado el Organo Jurisdiccional del Poder Público, el que todo pueblo culto profesa por sus jueces, ha sido sustituido en Colombia por la intemperancia verbal contra los funcionarios que en cumplimiento de sus deberes dictan una decisión, que casi siempre lesiona intereses de una de las partes. Aludir al delito de *prevaricato* en el caso de los Magistrados de la Sala Laboral de Barranquilla, con los rabulescos pretextos que se han esgrimido, a sabiendas, como no ha podido menos de ocurrir en los apoderados y asesores jurídicos del denunciante, es un simple caso de irresponsabilidad que no puede dejarse pasar por alto y que estoy seguro, esa honorable Corporación destacará condignamente. La anterior opinión la emito, especialmente, al leer el siguiente aparte de la denuncia: 'La honorable Sala, al tenor de los hechos relatados, incurrió en el delito de prevaricato, ya que pronunció providencias *notoriamente injustas*, contrarias a la ley positiva, ya que se violaron las normas pertinentes del procedimiento. Las normas del procedimiento son de orden público y no pueden ser inventadas por los funcionarios, porque aquello desquiciaría el orden jurídico de la Nación. La Sala inventó un procedimiento para favorecer una parte por interés y por animadversión hacia mí, que de otro modo no se explica que hubiera violado tan notoriamente estas normas legales que son conocidas por todos los Jueces de la República. A sabiendas, porque en los respectivos alegatos se sustentaron, se invocaron, se les hizo ver (sic) en cuenta la situación procesal del juicio...' ¿En qué se apoyan las imputaciones anteriores, cómo se ha tratado siquiera de demostrar que los Magistrados de la Sala Laboral colectivamente o uno siquiera de los integrantes tuvieron o tuvo interés en violar las normas legales en perjuicio del afectado con el fallo del señor Juez Primero del Circuito del Trabajo de Barranquilla? ¿A qué clase de interés alude la denuncia? ¿En dónde hay un solo elemento de juicio para dar por probada la animadversión hacia el denunciante por parte del Juez que dictó el fallo en el juicio laboral incoado por el señor Luis Enrique Mejía contra el señor Marulanda Grillo, o por los Magistrados acusados? La absolución de los interrogantes anteriores sólo pueden tener como corolario, ante la diáfana posición jurídica de la Sala... la calificación de *temeraria* para la denuncia que hoy debe desatar la honorable Corte Suprema de Justicia, con un sobreseímiento definitivo, como lo solicita con sólido fundamento el señor Procurador Delegado en lo Penal, en representación del Ministerio Público, en su más destacada jerarquía. A la conclusión del representante de la sociedad, llegaría cualquier estudiante de tercer año de derecho, porque ya para ese momento de sus estudios universita-

rios, sabría el significado exacto y la implicación procesal de la cosa juzgada: *res judicata pro veritate habetur*".

Hace luego el señor apoderado de los doctores Fuentes Jiménez, Cervera y Maury Castro un minucioso estudio de los fundamentos legales de la actuación cumplida por éstos, para concluir expresando que ningún acto arbitrario se llevó a cabo.

Anota que lo ocurrido consiste en que, "después de haber dejado precluir toda oportunidad procesal de que el fallo fuera revisado en segunda instancia, en alzada, el señor Marulanda Grillo pretendió, con habilidosidad, interponer una apelación improcedente, que, como es obvio, fue rechazada".

Y después de ocuparse del examen jurídico y doctrinario de la *cosa juzgada,* respecto de la cual expresa que es su distintivo "la irreversibilidad de la sentencia, cualidad que se denomina en el derecho moderno preclusión de las impugnaciones", asevera que dicha preclusión "tuvo lugar, al cumplirse el último minuto del término de ejecutoria del fallo, reglamentada en el Código Procesal del Trabajo, artículo 41, en consonancia con los artículos 81 y 82 de la misma obra...".

Alude, por último, el fallo del Tribunal Supremo del Trabajo, de marzo cinco de mil novecientos cincuenta y cuatro, antes mencionado, respecto del cual dice que esta "sentencia es norma uniforme que se ha seguido en la jurisdicción laboral para la notificación de las sentencias que ponen fin a la litis, las cuales se hacen invariablemente, en estrados...", y, agrega: "Las consideraciones anteriores me llevan, con el respeto con que siempre me he dirigido a esa Corporación, a solicitarle no sólo un sobreseimiento definitivo, como lo pide el señor Procurador Delegado en lo Penal, sino a una calificación en sí de la denuncia formulada, porque después de hechas las sugestiones que comenté desde la iniciación de este escrito, ni siquiera hubo el menor esfuerzo por demostrarlas, lo que por otra parte es apenas obvio. Los tres Magistrados acusados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla pueden poner sus vidas, para que se penetre en ellas a saco, en la seguridad de que los más implacables sabuesos se estrellarían contra la diafanidad, tranquila y serena de sus vidas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dos imputaciones delictivas hizo el denunciante, señor Alberto Marulanda Grillo, a los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores Nicolás Fuentes Jiménez, Arnaldo Maury Castro y Pablo José Cervera: las de prevaricato y abuso de autoridad.

El primer delito lo hace consistir el señor Marulanda Grillo en que la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Barranquilla, al resolver sobre un recurso de hecho interpuesto en el juicio laboral seguido por Luis Enrique Mejía contra aquél, relacionado con la providencia por la cual el Juzgado 1º del Circuito Laboral de Barranquilla denegó el recurso de apelación introducido contra la sentencia de primera instancia, "la Sala inventó un procedimiento para favorecer a una parte por interés y por animadversión contra mí, ya que de otro modo no se explica que hubiera violado tan notoriamente estas normas legales que son conocidas por todos los Jueces de la República; a sabiendas, porque en los respectivos alegatos se sustentaron, se invocaron, se les hizo ver (sic) en cuenta la situación procesal del juicio".

Y el segundo reato, en el hecho de "negárseme a ser oído..., pues fue un acto arbitrario que estranguló el derecho de defensa de una de las partes".

Ninguna de las dos infracciones penales imputadas a los acusados ha tenido ocurrencia. De los elementos de juicio traídos al informativo no se desprende que los Magistrados que fueron objeto de la denuncia hayan cometido, en el trámite del asunto a que se refiere el acusador señor Marulanda Grillo, "acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad" (Art. 171 del Código Penal), y, mucho menos, que "a sabiendas..." hubieran dictado "resolución contraria a la ley, expresa o manifiestamente injusta", o "negado un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros" (Art. 168 de la misma obra).

Se tiene, en efecto:

Para llegar a la conclusión de que el recurso de hecho aludido en este fallo era improcedente, tuvo en cuenta la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla que, para la fecha en que el señor apoderado de la parte demandada en ese negocio, introdujo la apelación, la sentencia estaba ejecutoriada, esto es, que el recurso fue propuesto inoportunamente, pues el fallo objeto de él había sido legalmente notificado en estrados y transcurrió el lapso indicado para recurrirlo.

Es cierto que algunos juristas, según conceptos llevados al juicio en cuestión, estiman que la notificación de la sentencia proferida en los ne-

gocios de la jurisdicción del trabajo, hecha en estrados, solamente produce efectos en cuanto a la parte que esté presente. Pero otros abogados, cuya opinión fue allegada a este proceso penal, consideran, a su turno, que esa forma de notificación en estrados se surte sin que importe la ausencia de las partes en la audiencia de juzgamiento.

También resulta que tanto el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en el auto que se dejó transcrito —de 5 de marzo de 1954—, como la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según fallo de 18 de julio de 1957, señalan el mismo criterio a que llegó, sobre este particular, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, esto es, el de que el Código Procesal del Trabajo indica la notificación en estrados como única forma de poner en conocimiento de las partes las sentencias de primera y de segunda instancia. En el proveído de la Corte se dice lo siguiente:

"El Código Procesal del Trabajo, consagra la notificación en estrados como única forma de notificar las sentencias de primera y de segunda instancia. Esta es la correcta interpretación de los artículos 81 y 82 de la obra que se acaba de mencionar, en consonancia con el artículo 41 *ibídem*, y con la doctrina que informa el principio de la oralidad, dominante en el procedimiento laboral. En efecto, el ordinal 2º del artículo 41 dispone que se harán en estrados, oralmente, las notificaciones de providencias que se dicten en las *audiencias públicas* (se subraya) y como de conformidad con los artículos 81 y 82 el juzgamiento se produce en audiencia pública, es natural que las sentencias tendrán que ser notificadas en estrados. Los autos interlocutorios y de sustanciación cuando no se hubieran dictado en audiencias, se notificarán por estado (numeral 3º del artículo 41), lo cual quiere significar, contra la estimación del recurrente, que cuando se producen en audiencias, se notifican en estrados. El artículo 82 del Código Procesal del Trabajo, permite que si terminada la audiencia de juzgamiento no se pronuncia el fallo oral, se cite para otra audiencia que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes con el fin de proferir el fallo, que desde luego producido, como debe hacerse, en *audiencia*, se notificará también en estrados, no como lo sugiere el recurrente que tiene que notificarse por edicto. Para la casación es diferente porque prevalece el procedimiento escrito. Cuando el fallo se produce en audiencia, es claro que se hará la notificación en estrados; mas si no se profiere en audiencia, como el Código Procesal del Trabajo no dice cómo ha de surtirse la notificación, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en creación jurisprudencial que esta Sala acoge, estableció la notificación por edicto con aplicación analógica de las disposiciones del Código Judicial, atendiendo a la categoría de las providencias y teniendo en cuenta que sólo los autos interlocutorios y de sustanciación dictados fuera de audiencia, según el Código de Procedimiento Laboral, se notifican por estado" (G. J., T. LXXXV, Nº 2184, págs. 825 a 826).

Corresponde anotar, asimismo, que en el juicio laboral de que se ha hecho referencia se llevó a cabo la cuarta audiencia de trámite el día 10 de octubre de 1961 y en esa diligencia se citó, para audiencia de juzgamiento, en la siguiente forma: "...se fija para audiencia de juzgamiento el día veinte del corriente mes, a las cinco de la tarde. Para constancia se firma, como aparece, por todos los que en ella han intervenido. El Juez (fdo.), Emilio A. Osorio de Fex. Los apoderados de las partes (fdos.), Jorge Tarud M. A. Vanegas M...".

Como en la fecha citada no se llevó a cabo la audiencia de juzgamiento, el día para cumplirla fue señalado en tres oportunidades sucesivas, mediante autos de sustanciación que se notificaron por estado, como legalmente correspondía. No puede aseverarse, entonces, que las partes no fueran noticiadas, en debida forma, de la fecha de la audiencia pública de juzgamiento, la cual, como se sabe, fue realizada el día 24 de noviembre de 1961.

Se desprende de lo anterior que los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, al estimar improcedente el recurso de hecho de que se ha hecho mención, no cometieron acto arbitrario o injusto alguno, pues sólo interpretaron, según su leal saber y entender, los artículos 41, 81 y 82 del Código de Procedimiento del Trabajo, en forma contraria al criterio de la parte demandada en el juicio laboral de que se ha hecho referencia.

Ni aún en el supuesto de que los preceptos citados hubieran sido erradamente entendidos cabe, por ello sólo, deducir responsabilidad penal alguna, pues, si bien corresponde esperar de quienes tienen a su cargo la delicada misión de administrar justicia una atinada aplicación de la ley, lo cual pone de presente el buen criterio jurídico del juzgador, no por ello se puede afirmar que exista dolo y responsabilidad en el Juez que la interprete en forma equivocada, por error o falibilidad.

Mal se puede incurrir en delito únicamente porque el Juez no se acomode a las pretensiones

de una de las partes, ni siquiera cuando, de buena fe, ha hecho una interpretación equivocada de un precepto legal. Si así fuera, se estaría erigiendo en infracción penal el hecho de tener un concepto distinto del que otro sustente, o el simple error en materia de derecho. Así, se llegaría a paralizar la labor de la jurisprudencia y el avance en la interpretación de las leyes, pues, de tal suerte, se crearía en los Jueces el temor de estar en desacuerdo con el criterio de sus superiores jerárquicos, aun cuando fuera con respecto a las más anacrónicas doctrinas. Y lo que sería peor, se daría carta de naturaleza al sistema de intimidar a los juzgadores mediante el delictuoso procedimiento de denunciar delitos inexistentes, sólo porque sus resoluciones no se acomodan al querer de las partes no favorecidas en los juicios.

En auto de 9 de febrero de 1954 (G. J., T. LXXVII, pág. 184), y en sentencia de 24 de junio de 1958 (G. J., T. LXXXVIII, pág. 295), dice esta Sala que "el hecho de que una providencia haya sido revocada por el superior no demuestra por sí sólo que el inferior cometió un delito cuando la profirió, porque no puede erigirse en delito el error de un Juez en materia de puntos de derecho. Sería una pretensión inadmisible que toda equivocación judicial de por sí constituyera un ilícito".

Y en otra oportunidad (auto de 3 de junio de 1957. (G. J., T. LXXXV, pág. 420), expresa la Corte que "en los Jueces cabe error, como humanos que son, pues es de su naturaleza la falibilidad en las apreciaciones y la disparidad de criterios, la existencia de las cuales no sería suficiente para deducir el ánimo doloso de obrar contra el derecho, pues para esto haría falta acreditar otras circunstancias que demostraran sin equívocos la intención criminosa".

Corresponde recordar que la Sala, en diferentes ocasiones, ha manifestado que "el solo hecho de haber dictado una providencia contraria a una de las partes y favorable a la otra, no implica que se haya inspirado en animadversión a la una y simpatía a la otra; se requiere la prueba de que, en verdad, el funcionario, bajo la acción de uno de esos sentimientos, actuó contrariamente a la ley", (auto de 9 de Dic. de 1946, G. J., T. LXII, pág. 195; sentencias de 7 de diciembre de 1951, G. J., T. LXX, pág. 913, y de 21 de mayo de 1957, G. J., T. LXXXV, pág. 187; auto de 25 de julio de 1957, G. J., T. LXXXV, pág. 794).

Téngase presente que el concepto de arbitrariedad implica una determinación que no tiene respaldo en la ley, sino que depende sólo del capricho del agente, en "la voluntad o propósito de cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y de los intereses ajenos", como señala Vicenzo Manzini. *La idea de injusticia exige algo que resulte contrario a la ley y a la razón, con desconocimiento de la equidad (véanse autos de 22 de octubre de 1945, G. J., T. LIX, pág. 998, y de 1º de febrero de 1949, G. J., T. LXV, pág. 420).*

Corresponde observar, asimismo, que no es cierta la afirmación contenida en la denuncia del señor Marulanda Grillo, de que se cometió "denegación de justicia en la audiencia de nueve de octubre..." de 1963..., "pues no se oyó a mi apoderado, ni se resolvieron sus peticiones legalmente incoadas, sino que sin pronunciamiento previo sobre ellas, clausuraron las audiencias", ya que, al respecto (como aparece en la relación de las pruebas, p. 20 de este fallo), la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla sí se ocupó de las peticiones del doctor Téllez Villamizar y con ese particular dijo que "se ratifica en su resolución de inhibición para conocer de este asunto, y por tanto no puede entrar a resolver ninguna petición". De igual manera, tampoco cabe aceptar como cierto lo que dice el mismo señor Marulanda Grillo en el punto decimonoveno de su denuncia, pues la misma Sala Laboral respondió a las nuevas solicitudes presentadas por escrito por los doctores Téllez Villamizar y Salazar Movilla, expresando que, "según consta en la declaración del día 9 de octubre, que obra en el informativo, la Sala carece de jurisdicción para conocer de este negocio, por tratarse de un juicio que hizo tránsito a cosa juzgada. Los memoriales referidos serán agregados a los autos y el expediente remitido al juzgado de origen" (véase la misma página 20 de esta sentencia).

La denegación de justicia no consiste en que se profiera una resolución equivocada, sino en que, con pretexto de obscuridad, silencio o insuficiencia de la ley, el Juez se abstenga de aplicarla o rehuse juzgar. Nada de ésto han realizado los Magistrados que fueron objeto de la acusación.

No debe perderse de vista que la equivocación en el procedimiento o en la forma de apreciar las normas que lo señalan para resolver un caso dado, no permite, por sí sola, conformar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad, en la hipótesis prevista en el artículo 171 del Código Penal, cuando la buena fe precede a aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esa buena fe. Esa condición síquica de esta infracción penal (aun cuando no hace parte

del cuerpo del delito, sino de la culpabilidad —dolo—) obliga, cuando no resulta demostrada, no a cohonestar el proceder errado, sino a considerar que no es justo que cuando la equivocación del funcionario público no va acompañada de mala fe, se le pueda reprimir penalmente por abuso de autoridad. Es necesario que a más de las condiciones típicas de esta violación punible (cuerpo del delito), exista el elemento subjetivo, en este caso el dolo o propósito manifiesto de violar la ley.

Todo delito requiere un comportamiento típicamente antijurídico y culpable.

Sólo la conducta humana, de acción u omisión, que se acomode exactamente a una definición de la ley penal, es típica y consiguientemente antijurídica (salvo los casos de justificación del hecho). Mas para que sea delictuosa, requiere, además, que el actor obre culpablemente, esto es, que su conducta sea cumplida con intención —dolo—, o con negligencia o imprudencia, sin querer el resultado dañoso —culpa—.

El Código Penal Colombiano desarrolla este criterio en sus artículos 11 y 12. Por tanto, es necesario, para deducir responsabilidad penal contra alguien, que su comportamiento encuadre en una definición del Código Penal, esto es, que reúna las condiciones de tipidad; que el hecho sea antijurídico, vale decir, que no resulte justificada la conducta, en razón de alguna de las circunstancias que eximen de responsabilidad o que permiten estimar el comportamiento como jurídico, y que exista "una acción síquica que oriente y guíe la acción física" (Ferri) *—salvo lo previsto en el artículo 29 del Código Penal Colombiano—, esto es, que se dé la culpabilidad: dolo o culpa.*

El dolo es la orientación de la voluntad a un fin ilícito. Y en el caso de abuso de autoridad, se repite, corresponde al propósito de cumplir un acto arbitrario o injusto, que perjudique a una persona o a una propiedad.

Al declararse la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla inhibida para conocer del recurso de hecho, por estimar, equivocadamente, que el *a quo* no podía atender solicitud alguna relacionada con la sentencia de que se ha hecho mérito, por haber hecho tránsito a cosa juzgada, en definitiva estaba negando el recurso de hecho tantas veces aludido, en relación con el cual la misma Sala, de buena fe y apoyada en doctrinas del Tribunal Supremo del Trabajo y de la Sala Laboral de la Corte, ya citadas, tenía el convencimiento de que no era pertinente, por haber quedado notificada legalmente la sentencia a las partes, en estrados, y haber transcurrido el lapso señalado en la ley para recurrirla.

Se dice que equivocadamente se consideró por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla que el *a quo* no ha debido adelantar trámite alguno con respecto al recurso de apelación interpuesto contra el fallo recaído en el juicio de Luis Enrique Mejía contra Alberto Marulanda Grillo, porque era su deber, como lo cumplió, expresarse mediante la providencia correspondiente sobre dicho recurso, así como disponer la expedición de las copias solicitadas a los fines de interponer el recurso de hecho ante el Superior. Si la apelación es interpuesta inoportunamente, por encontrarse ejecutoriada la providencia que se pretende reclamar, es obvio que el Juez debe decirlo mediante un proveído, y, asimismo, debe resolver sobre la reposición que de él se solicite.

La actuación del juzgador de primera instancia, sobre este particular, fue correcta. Pero de la conclusión a que llegó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, sobre inhibición para conocer del recurso de hecho, no se desprende, se repite, la intención de cumplir un acto arbitrario contra una persona o contra una propiedad, pues, en últimas, se declaraba improcedente el recurso de apelación, respecto del cual dicha Sala Laboral había llegado al convencimiento de que no procedía, por haber sido introducido cuando el fallo impugnado se encontraba en calidad de cosa juzgada.

Cabe repetir que no incurre en responsabilidad penal el Juez que, por error o falibilidad, llegue a una interpretación equivocada de la ley, pues es necesario el dolo, esto es, que se quiera atentar contra una persona o contra una propiedad.

Y sobre este elemento subjetivo, no existe elemento de juicio alguno. Ninguna de las pruebas traídas al proceso permite afirmar que los yerros en el trámite de este asunto se hayan cumplido con conocimiento de la equivocación, vale decir, con el ánimo de cumplir ese acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad.

Corresponde, en consecuencia, aplicar el ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "el sobreseimiento será definitivo... cuando aparezca que no se ha realizado el hecho que dio lugar a la investigación, o cuando ese hecho no sea constitutivo de delito".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuer-

do con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, *sobresee definitivamente* en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores Nicolás Fuentes Jiménez, Arnaldo Maury Castro y Pablo José Cervera, en relación con los cargos que les fueron formulados por el señor Alberto Marulanda Grillo.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION EN PROCESO SEGUIDO A AUDITOR PRINCIPAL DE GUERRA. — INCOMPATIBILIDAD ENTRE DISPOSICIONES DEL CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR Y EL ARTICULO 170 DE LA CARTA. LA CORTE RATIFICA SU CRITERIO SOBRE APLICACION PREFERENTE DE NORMAS DE CARACTER CONSTITUCIONAL A OTROS PRECEPTOS LEGALES. — DEL DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS. — ENTRE OTRAS INFRACCIONES PENALES, CORRESPONDE CONOCER A LOS JUZGADOS SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, octubre 24 de 1964.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

El Tribunal Superior Militar, mediante providencia de doce de agosto del corriente año, sobresee definitivamente en favor del doctor Raúl Cortés González, respecto de los cargos que por su condición de Auditor Principal de Guerra, de la Brigada de Institutos Militares, le fueron formulados por el Exauditor Auxiliar Segundo de la misma Brigada, señor Gabriel Torres Gaona.

El negocio fue enviado a esta Sala Penal de la Corte en consulta del proveído de que se hace referencia.

La Procuraduría Delegada de las Fuerzas Militares estima que corresponde confirmar lo resuelto por el *ad quem*. Sin embargo, es obvio que *tanto el Tribunal Superior Militar como la Corte Suprema de Justicia carecen de competencia para conocer de este proceso, pues de acuerdo con el artículo 170 de la Constitución Nacional, únicamente corresponde a la jurisdicción penal castrense conocer "de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio".*

Dado el precepto de la Carta *mencionado, es clara la incompatibilidad de esta norma con las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar que le atribuyen el conocimiento, en primera instancia, al Tribunal Superior Militar "de los juicios que se adelanten contra los Jueces de Instrucción Penal Militar y Auditores de Guerra" (ordinal 1º del Art. 234) y que, en forma general, señalan que "están sometidos a la jurisdicción penal militar... los civiles que formen parte de las Fuerzas Armadas" (ordinal 5º del artículo 307). En efecto, como el mismo Código lo indica, se trata sólo de "civiles que forman parte de las Fuerzas Armadas" y no de militares en servicio activo. Y únicamente estos últimos están sometidos a la jurisdicción penal castrense, en relación con los delitos que cometan por razón del mismo servicio.*

Y como de acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Nacional, "en todo caso de incompatibilidad entre la..." Carta... "y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales", cabe concluir, como ya se dijo, en que, tanto el Tribunal Superior Militar como la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia carecen de competencia para conocer de este proceso, como juzgadores de primera y de segunda instancia, respectivamente.

Ahora bien:

El Código de Procedimiento Penal señala, en el ordinal 1º del artículo 198, que constituye nulidad en los procesos penales "la incompetencia de jurisdicción", la que corresponde decretar oficiosamente. También indica este estatuto que los Juzgados Superiores de Distrito Judicial conocen, entre otras infracciones penales, del delito de falsedad en documentos (Art. 45, aparte "e"). En consecuencia, corresponde declarar la nulidad de lo actuado desde el auto de 26 de febrero de 1960 (F. 130 del Cd. 1º), por el cual se declaró cerrada la investigación y disponer el envío del proceso al reparto de los Jueces Superiores del Distrito Judicial de Bogotá, dado el cargo de falsedad en documentos hecho al doctor Raúl Cortés González.

En igual forma se ha pronunciado esta Sala en otras oportunidades.

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 Delegado para las Fuerzas Armadas, *declara* nulo lo actuado en este negocio, a partir de la providencia a que se alude en la parte motiva y *dispone* su remisión al reparto de los Juzgados Superiores del Distrito Judicial de Bogotá, para su conocimiento.

Envíese copia de este proveído al Tribunal Superior Militar.

Cópiese y notifíquese.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

PROCESO POR VIOLENCIA CARNAL. — EL DERECHO DE PEDIR PRUEBAS Y LA DEFENSA DEL ACUSADO. — INTERROGATORIOS. — PLANTEAMIENTO DE HIPOTESIS INCONCILIABLES ENTRE SI. — TECNICA DE LA CASACION Y SUSTENTACION DE TESIS CONTRADICTORIAS. — CAUSALES 2ª Y 1ª

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, octubre 27 de 1964.

(Magistrado ponente: Julio Roncallo Acosta).

VISTOS

Ferney Hurtado Hurtado interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de tres (3) de octubre de mil novecientos sesenta y tres, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la cual se le condenó, como responsable del delito de violencia carnal, a la pena principal de ocho (8) años de presidio y correspondientes accesorias.

Surtido el trámite de rigor, procede la Sala a decidir:

ANTECEDENTES

1º El hecho que dio origen al proceso lo resume la sentencia del *ad quem* en estos términos:

"Tal ilícito ocurrió en esta ciudad (Cali) en las primeras horas de la noche del día domingo 5 de noviembre de 1961 cuando —como dice el *a quo* en la providencia que se revisa— la señora María Inés Silva inquilina de una de las piezas de la casa ubicada en la carrera 21 Nº 26-62, tuvo que salir a efectuar una diligencia personal, dejando a su pequeña hija de ocho meses de edad, al cuidado de su hijo Gonzalo el cual contaba con once años. Estando únicamente en la residencia los anteriormente nombrados, se presentó de improviso Ferney Hurtado Hurtado, hombre de 22 años de edad, el cual fue con el propósito de visitar a su tía Aura Gutiérrez viuda de Ceballos, la cual también era inquilina de la residencia comunitaria. Ya eran las 7 de la noche cuando Ferney invitó a Gonzalo a tomar una leche y cocacola, en la tienda de la esquina y al regresar, Ferney requirió al niño a que se acostaran juntos a dormir en la cama de la tía, pero como se negó, lo tomó por la mano, sin embargo el infante pudo zafarse para salir corriendo hacia la calle, oportunidad aprovechada por el acusado para cerrar la puerta. Como escuchara llorar a su hermanita, se resolvió tocar a fin de que le abrieran la puerta, mas no obtuvo respuesta; fue entonces cuando se presentaron las señoras María Josefa Santillán e Isabel Díaz, las cuales escucharon los gritos del niño con el propósito de conseguir que Ferney abriera la puerta. Por fin este sujeto lo hizo apareciendo en la misma e inclusive fue visto dentro de la pieza de la criatura, la cual estaba toda ensangrentada. Al verse sorprendido in fraganti (sic) explicó su presencia allí, manifestando que la niña se había caído de un cajón y que él la había alzado del suelo, sin embargo lo cierto era que el cajón se hallaba en el piso. De brazos de Gonzalo —agrega la Sala— la niña fue cogida por la señora Santillán quien la limpió y al ver que seguía manando sangre se fue a llamar a su mamá a quien le dijo que tenían que hacerla examinar en el Hospital Departamental a donde fue llevada y en donde después de haberla examinado les manifestaron que debían conducirla donde los médicos legistas a donde la llevaron al día siguiente y quienes ese mismo día conceptuaron: 'Presenta el himen desgarrado y no cicatrizado, lo que indica que está desflorada y que la desfloración es reciente. La desgarradura se extiende también a la horquilla vulvar posterior y al perine superficial. La examinada revela ocho meses de edad'. Posteriormente el funcionario instructor solicitó a tales expertos que se sirvieran complementar su informe en el sentido de expresar si en su concepto los estragos hallados en la horquilla vulvar y el perine como secuelas de la desfloración se debieron a la introducción, total o incompleta, de un pene en erección o a una causa distinta,

y los legistas expresaron lo siguiente: 'Las lesiones que presentó, teniendo en cuenta el escaso desarrollo de los órganos genitales, pueden producirse mediante la introducción incompleta del miembro viril erecto. Es excepcional que esta clase de lesiones se produzcan en diferente forma. Las demás fuentes de la investigación dirán los detalles de la forma como se produjeron las lesiones vulvares comprobadas, recientes...' ''.

2º Concluida la etapa investigativa, el Juzgado Segundo Penal del Circuito, en providencia de 7 de febrero de 1963, llamó a responder en juicio a Hurtado Hurtado por el delito de violencia carnal, y, cumplido el plenario de la causa, dictó el fallo de primer grado el veintitrés (23) de abril del mismo año, en el que impuso al procesado la pena principal de tres (3) años y seis (6) meses de prisión y accesorias del caso. Esta decisión la reformó el Superior en la sentencia que es objeto del recurso de casación.

CONTENIDO DE LA DEMANDA

En escrito visible de folios 12 a 33 del cuaderno de la Corte, el doctor David Melo Cifuentes, apoderado del procesado, impugna el fallo del Tribunal con fundamento en las causales 4ª, 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. El libelo, formalmente, está ceñido a las prescripciones legales, pues a más de una relación de los hechos materia de la controversia y del desarrollo de la actuación procesal, para cada una de las causales aducidas hace las consideraciones jurídicas que estima pertinentes.

Se divide la demanda en tres capítulos separados. En cada uno de ellos se plantean los motivos de impugnación, seguidos de los argumentos en que se apoyan y de su respectivo resumen. Atendiendo el orden lógico adoptado por el actor, la Sala recogerá de cada capítulo, en lo esencial, los cargos formulados a la sentencia recurrida.

Fundamentos de la causal 4ª

Afirma la demanda, al formular el cargo principal de nulidad:

''Las pruebas solicitadas por el procesado durante el término legal, le fueron negadas por los juzgadores de instancia, con menoscabo del derecho de defensa, lo cual constituye una clara violación del artículo 26 de la Constitución''.

En orden a demostrar el cargo así formulado, el señor apoderado plantea, siguiendo el desarrollo sufrido por el juicio, las cuestiones que pasan a transcribirse, para mejor entendimiento del punto debatido:

''El cargo contra la sentencia recurrida con fundamento en la causal 4ª de casación, prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, lo hago consistir en el quebrantamiento de defensa a que tiene derecho el procesado en las etapas del juicio, pues de conformidad con los claros mandamientos de la ley procedimental, los juzgadores de instancia están en la obligación ineludible de practicar todas las pruebas solicitadas por el procesado o su defensor y que tiendan a aclarar su situación jurídica.

''Dice el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal:

'' 'Artículo 356. No podrá limitarse al procesado el derecho de hacer constar cuanto tenga por conveniente para sus descargos o para la explicación de los hechos, y se verificaran con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones'.

''Referente a la norma anteriormente citada, la honorable Corte ha sostenido lo siguiente:

'' 'La norma del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, según se desprende de sus términos, es totalmente imperativa, obligatoria; y manifiesta su íntima relación con el derecho de defensa. Cualquiera que sea la finalidad de la indagatoria, respecto de la cual disienten los doctrinantes; ora se considere como un medio de prueba, bien como parte del derecho de defensa, o como ambas cosas a un tiempo, lo cierto es que las citas hechas en ella por el acusado y las diligencias que proponga, deben verificarse no como una gracia o favor de los funcionarios, sino en cumplimiento de un deber terminante, categórico, impuesto por la ley'.

'' 'Puede ocurrir, desde luego, que las citas o diligencias propuestas por el indagado, sean manifiestamente extravagantes, cual es la verificación de un hecho físicamente imposible, caso en el cual carece de fuerza obligatoria el precepto, como es obvio'.

'' 'Si se trata de hechos fundamentales como los que giran al rededor de la imputabilidad o de la no imputabilidad, la responsabilidad o la (no) responsabilidad, o la irresponsabilidad, las circunstancias que obligan a disminuir la pena (el estado de ira del Art. 28 del C. P. en lugar de las de asesinato) u otros fenómenos semejantes, que se rozan esencialmente con la defensa o descargos del imputado, la omisión en el cumplimiento del referido texto puede conducir, según se presente el caso concreto en su integridad, a la anulación del proceso sobre la base del ar-

tículo 26 de la Constitución'. (Casación, 18 de diciembre de 1958, LXXXIX, 644).

"De autos aparece que el señor defensor de Ferney Hurtado Hurtado dentro del término legal, solicitó del honorable Tribunal sentenciador que se decrete 'la práctica de las siguientes diligencias probatorias:

" '1ª Que se reciba declaración legalmente juramentada al testigo señor Félix Pérez, sobre los siguientes hechos:

" 'A) Legales y generales.

" 'B) Si es cierto, sí o no, que el declarante en su condición de testigo, puede declarar con toda certeza sobre los hechos ocurridos entre el procesado Hugo (sic) Ferney Hurtado y la niña desflorada, ya que el declarante era el arrendador del total de la casa en donde se desarrollaron los hechos que originaron la presente causa.

" 'C) Todo cuanto le conste en relación con los hechos investigados y el gallo de menores (hermanos de la desflorada) relatan; como para plena realidad. El testigo se identifica con la cédula de ciudadanía 2286352 de Cali'.

" '2ª Que se reciba declaración legalmente juramentada; a la señora María Cesarina Núñez sobre los siguientes hechos:

" 'A) Sobre legales y generales.

" 'B) Lo que conste en relación con los hechos anteriores, marcados con las letras A, B y C de este mismo memorial.

" 'C) Todo cuanto más le conste a la declarante sobre los hechos sometidos a la prueba. Sobre todo en la conducta de los niños. (Hermanos de la desflorada) con el gallo'...

" '3ª Que se reciba declaración legal juramentada; a la señora Blanca V. de Romero.

" 'A) Legales y generales.

" 'B) Si es o no cierto; que la declarante es madre de una niña de tres años de edad y tuvo que ser víctima de la persecución de los muchachos que acusan a Ferney Hurtado a Fernei (sic) Hurtado como autor de la desfloración de la niña a que se contrae la investigación; porque pretendía violarla y le habían hecho al menor desconocido de la declarante en su condición de madre.

" 'C) Todo cuanto más le conste en relación con los hechos procesales'.

" '4ª Que se reciba declaración legalmente juramentada al señor Edgar Aulí Hurtado (hermano natural, padre y madre del procesado. Si la quieren tomar; sobre los hechos determinados en los puntos anteriores con la constancia del parentesco dicho'.

" '5ª Que si el señor Magistrado sustanciador, lo estima conveniente; ordene la práctica de una inspección ocular; al teatro de los hechos para confrontar los graves errores, cometidos en la investigación sumaria. Diligencia que puede ser asesorada por peritos o testigos designados por el mismo funcionario, con el carácter de actuarios'.

" '6ª Todas las pruebas que el señor Magistrado sustanciador estime conveniente practicar; al tenor legal; para dar mejor claridad a los hechos procesales'.

"La petición anterior, fue presentada por el señor doctor Ernesto M. Sandoval, en su condición de defensor del procesado Ferney Hurtado Hurtado, y aunque adolece del tecnicismo propio de un profesional versado en la ciencia jurídico-penal, no por ello deja de llenar el cometido a la cual estaba destinada esta prueba, como era el de tratar de mejorar la situación jurídica del imputado. Llama la atención el memorial anterior por la forma como está redactado y por la abundancia del punto y coma al cual se mostró muy adicto el señor defensor del procesado.

"La jurisprudencia tiene establecido que al procesado no se le puede exigir que diga cual es el objeto de la prueba solicitada pues se sobreentiende que toda prueba solicitada por el procesado y por su apoderado y defensor busca tutelar el sagrado ministerio de la defensa, puesto que ningún defensor pide la práctica de pruebas que tiendan a perjudicar al procesado, ya que ello iría contra la institución de la defensa. Por ello considero que el honorable Tribunal sentenciador incurrió en 'tiranía' al negar la práctica de las pruebas solicitadas por el señor doctor Sandoval. El memorial fue presentado dentro del término legal, y el honorable Tribunal Superior tuvo oportunidad de pronunciarse mucho antes de dictar la sentencia de segunda instancia.

"Dice el honorable Tribunal Superior:

" 'Para resolver se considera:

" 'De acuerdo con el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal, en la segunda instancia 'las partes no podrán pedir la práctica de pruebas sobre hechos suficientemente probados en el expediente, pero si podrán solicitar la de aquellas que tiendan a aclarar o a rectificar los mismos hechos'. Lo que quiere decir que en esta instancia el derecho de pedir pruebas es limitado y solo se pueden solicitar las relativas a

hechos suficientemente probados para aclararlos o rectificarlos'. (Fl. 197).

"Y continúa el honorable Tribunal:

" 'Pero ocurre que en el presente caso, el peticionario no expresa cuáles son esos hechos ni qué es lo que específicamente se propone establecer con las pruebas que solicita. En cuanto a la materia *sub judice* propiamente tal, apenas si alude a ella y pide que el testigo declare lo que sepa al respecto. Esto cuando se refiere a otros hechos ajenos a la investigación, como el intento de violación de otra niña por parte de los muchachos (no dice quienes) que acusan a su defendido, o sobre hechos como el del gallo que no incide fundamentalmente sobre los cargos que se le hacen a aquél, y que en todo caso el peticionario no expresa con qué fin los aduce de acuerdo con lo previsto en el artículo citado'.

" 'Por la misma razón se le escapa a la Sala la utilidad que podría tener la susodicha inspección ocular, pues en cuanto a la primera esa prueba se practicó (Fs. 82), y en cuanto al segundo, folio 40. También se recepcionó'.

" 'La forma como han sido solicitadas todas esas pruebas, sin las especificaciones que requiere la ley en esta instancia, impide a la Sala justipreciar siquiera su procedencia, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 544'.

" 'Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *niega la práctica de tales pruebas'*. (Fs. 197 vuelto).

"Atrás dijimos que la finalidad de la práctica de las pruebas solicitadas por el señor defensor del procesado Ferney Hurtado Hurtado en la segunda instancia, tenían la específica finalidad de mejorar la situación jurídica del imputado y enervar los cargos formulados por el señor Juez *a quo* en la sentencia apelada, o cuando menos, plantear una situación dudosa en favor de su defendido, la que por mandato del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal debería haberse resuelto a favor del procesado. Dice el honorable Tribunal sentenciador que el defensor no se refiere a hechos relacionados con la investigación, como el intento de violación de otra niña por parte de los muchachos (no dice quienes) que acusan a su defendido, o sobre hechos como el del gallo que no incide fundamentalmente sobre los cargos que se le hacen a aquél.

"Posiblemente el honorable Tribunal no leyó con la atención que merecía el memorial del señor defensor del procesado, por cuanto que a folios 193 se lee muy claramente que los muchachos a que se refiere el memorial petitorio, son los hermanos de la desflorada, o sea de la niña María Berenice Silva, luego la disculpa que dio el Tribunal para negar esa prueba, no tiene respaldo procesal, en razón de que el señor defensor sí dijo qué era lo que se proponía con la práctica de tales pruebas, y también dijo cuales eran los muchachos.

"Se adivina que el defensor pretendía, con la práctica de esas pruebas, buscar como ya se dijo, una mejor ubicación procesal de su defendido, y allegar a los autos prueba testimonial sobre la conducta altamente inmoral de los hermanos de Berenice Silva, con el fin de responsabilizarlos como posibles autores del delito cuestionado.

"La honorable Corte ha sostenido que al procesado le basta insinuar a la justicia las pruebas que necesita para sus descargos o para la explicación de los hechos, y ésta tiene la obligación de practicarlas. Así lo dejó establecido la honorable Corte en la casación de Jacinto Torres y otros, del 18 de diciembre de 1958, Gaceta Judicial Nº LXXXIX, página 644)".

Un segundo cargo, al amparo de la causal cuarta, se aduce contra la sentencia recurrida. El actor compendia nítidamente su pensamiento sobre el particular en los siguientes términos: "Haber omitido los juzgadores de instancia los interrogatorios exigidos en los artículos 452 y 548 del Código de Procedimiento Penal, factor que constituye una grave informalidad procesal con incidencia en el desconocimiento del derecho de defensa y garantías procesales a que tiene derecho todo sindicado. Considero que por este aspecto se ha quebrantado el artículo 26 de la Constitución Nacional, por omisión en la plenitud de las formas propias del juicio".

Finaliza el primer capítulo de la acusación con la solicitud de que se invalide la sentencia impugnada y se devuelva el proceso al Juzgado de origen para que se reponga el procedimiento, "este nuevo sí rodeado de todas las garantías procesales que le faltaron en la actuación anulada".

Fundamentos de la causal 2ª

Dos cargos se formulan a la sentencia acusada con apoyo en la causal segunda, a saber:

a) "El honorable Tribunal sentenciador en el fallo recurrido, desconoció el valor probatorio que tienen los siguientes hechos: 1º La total ausencia del móvil para delinquir. 2º Los caracteres de mostruosidad que rodearon el hecho criminoso. La falta de un detenido examen somático

y psiquiátrico del procesado por los señores médicos legistas para determinar la anormalidad del imputado, en razón de la personalidad de la ofendida y los caracteres mismos del hecho, hacen adquirir al juzgador desprevenido e imparcial (sic) que el delito memorado fue cometido no por un hombre normal, sino por un anormal".

En desarrollo de este planteamiento razona así el impugnador:

"El expediente prueba que Ferney Hurtado Hurtado no es un hombre normal, sino un alienado mental que debe ser recluido en un manicomio criminal por un tiempo, hasta que deje de ser peligroso para la sociedad. La peligrosidad que dio muestras en la ejecución del delito, está suficientemente probada en el expediente, y ella no fue tomada en cuenta por los juzgadores de instancia, a pesar de estar dicha peligrosidad acreditada dentro del expediente. Si para determinar esa peligrosidad es necesario que obren en los autos los exámenes médicos indispensables para que al juzgador le sirvan de elementos de juicio para determinar la modalidad del juzgamiento y la clase de sanción que se debe imponer, esto es, si las penas previstas en el Código, o las medidas de seguridad consagradas especialmente puntualizadas en el artículo 29 del Código citado. Si el juzgador de segunda instancia descartó la 'grave anomalía síquica', o el estado de 'enajenación mental', lo hizo por omisión de sus funciones, como eran el deber de investigar con 'igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella, o la extingan o atenúen', ordena el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, pero como este cargo se refiere a fallas procesales, lo doy por reproducido en la acusación formulada a la sentencia con base en la causal 4ª de casación, del Capítulo I de esta demanda".

En pasos posteriores de la demanda se repiten las mismas ideas, aunque con léxico diferente.

b) "La sentencia recurrida no se acomoda a los presupuestos procesales exigidos por la ley y la doctrina para dictar sentencia condenatoria en materia criminal. Señaló como claramente violados los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal en armonía con el 224 de la obra *ibídem*".

Con el objeto de demostrar su aserto, el demandante transcribe a continuación los testimonios de *María Inés Silva, María Josefa Santillán, Ana Isabel Díaz y Gonzalo Silva,* anotando que "fueron sopesados por el honorable Tribunal sentenciador como indicativos de la responsabilidad penal del procesado, y sobre ellos fundamentó la sentencia condenatoria".

El contenido de tales testimonios, empero, le merecen al impugnador una apreciación diferente:

"Como fácilmente se puede apreciar —dice— la prueba tenida en cuenta por el honorable Tribunal fue la testimonial, pero esos testigos a los cuales la Corporación le da pleno crédito, no alcanzan a reunir la prueba exigida por el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria en contra del procesado, por la potísima razón de que son testimonios interesados en las resultas del proceso, ya que entre ellos está la madre de la ofendida, señora de Silva, el hermano de la niña y la amiga íntima de dicha familia. Además, son testigos de referencia, en razón de que personalmente no vieron a Ferney Hurtado Hurtado atropellar la niña.

"Dentro de la más ortodoxa legalidad como corresponde a un Tribunal de Casación, la apreciación de las probanzas aportadas al informativo, solamente tienen el valor de prueba indiciaria en virtud de que los testimonios ya citados son de referencia, y no directos.

"El Tribunal sentenciador interpretó erróneamente los hechos, les dio el valor de prueba testimonial a las declaraciones de referencia ya tantas veces citadas, cuando en sana lógica solamente puede ser tenida como prueba indiciaria, la que entre otras cosas, no alcanza a reunir los presupuestos exigidos por el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, para dictar sentencia condenatoria en contra de un procesado.

"Las tres declaraciones citadas versan sobre unos mismos hechos, los que por mandato del artículo 222 del Código de Procedimiento Penal que dice: 'Artículo 222: Los indicios referentes a uno solo por numerosos que sean, no constituyen más que un solo indicio'; no pueden ser tenidos como indicios diversos de un solo hecho. Además, si nos atenemos a las voces del artículo 217 del mismo Código, tenemos que un sólo indicio jamás puede servir de base para la sentencia condenatoria. Las anteriores normas fueron también violadas por el honorable Tribunal sentenciador, por haberles omitido en el cuerpo de la sentencia recurrida".

Luego de citar algunos conceptos de Mittermaier y Framarino de Malatesta, que el actor juzga oportunos para robustecer sus argumentos, resume su criterio en los siguientes términos: "La sentencia recurrida debe invalidarse por los motivos de que el *ad quem* le dio un valor probatorio que no tienen, a los tres testimonios

de referencia anteriormente citados, calificándolos de prueba testimonial idónea para dictar la sentencia recurrida, desconociendo el valor que pueda tener tal medio de prueba que es la de un solo indicio, que por mandato del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal no reúne los presupuestos exigidos por el artículo 203 de la misma obra".

Fundamentos de la causal 1ª

Aparecen expuestos de la siguiente manera en el tercero y último capítulo de la demanda:

"El fallador *ad quem* interpretó erróneamente el artículo 316 del Código Penal y el 317 de la misma obra, pues la sanción que pudiera corresponderle a Ferney Hurtado Hurtado en el evento de que su responsabilidad penal sea confirmada por la honorable Corte, hubiera sido la fijada por el citado artículo 316 del Código Penal en la forma que lo hizo el *a quo*, o sea de tres años y seis meses de prisión. Con esa pena, quedaba reprimido el delito en sus manifestaciones más graves.

"Quebrantó el honorable Tribunal Superior lo preceptuado en el artículo 38 del Código Penal, al desconocer la buena conducta anterior del procesado, la indigencia y la falta de ilustración, y las condiciones de inferioridad psíquica, determinadas por las circunstancias orgánicas transitorias o definitivas, ya que por las modalidades del delito, el procesado es un alienado mental.

"Quebrantó también el Tribunal el artículo 39 del mismo Código, al desconocer las circunstancias de menor peligrosidad, pero en el caso de autos concurren algunas de menor peligrosidad, lo que implica que la pena impuesta no consulta la recta aplicación de la ley penal. También desconoció el precepto del artículo 40 del Código Penal que manda al juzgador tener en cuenta cualquier otra circunstancia de menor peligrosidad a favor del procesado.

"La facultad discrecional que al juzgador otorga el artículo 36 del Código Penal no es ilimitada, sino que ella debe consultar en todo caso la defensa social y el espíritu de equidad y de justicia. Ha sido norma de nuestros Tribunales, aplicar la pena, teniendo en cuenta el espíritu restrictivo de las normas sustantivas, cosa que el honorable Tribunal olvidó aplicar".

Concluye el demandante con la petición de que se invalide el fallo recurrido y se dicte, en su lugar, el que deba reemplazarlo, "al tenor de lo dispuesto por el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal". Y agrega que la presente causal "es consecuencia de la segunda, anteriormente analizada y demostrada en el Capítulo II de la demanda".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal después de estudiar los planteamientos de la demanda sobre el primer cargo de nulidad del juicio y examinar lo ocurrido en el trámite dado a la segunda instancia, respecto a las pruebas solicitadas por la defensa, concluye expresando que "la garantía de defensa constitucionalmente tutelada se violó gravemente en el caso de autos; y que, por ende, la nulidad supralegal promovida con base en la causal 4ª está demostrada", aserto que funda en la consideración de que las pruebas pedidas tendían a mejorar la situación jurídica del procesado, por lo que erró el *ad quem* en la interpretación del artículo 544 del Código de Procedimiento Penal.

Consecuente con tal criterio, la Procuraduría Delegada se abstiene de estudiar los motivos de impugnación formulados al amparo de las causales 2ª y 1ª, y pide a la Corte que proceda de acuerdo con el ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª El derecho de pedir pruebas en la segunda instancia del proceso penal es limitado, como lo expresó el ad quem *al interpretar el sentido del artículo 544 del Código de Procedimiento Penal en el auto de 24 de julio de 1963, mediante el cual négó la práctica de las solicitadas por el defensor del procesado. El peticionario, en el caso de autos, no señaló cuáles eran los hechos que se proponía aclarar o rectificar, y en tales circunstancias, como se advirtió en el proveído citado, el Tribunal carecía de los presupuestos necesarios para apreciar la conducencia o inconducencia de la prueba. Así las cosas, no puede hablarse con seriedad de que al procesado se le conculcó el derecho de defensa, lo cual significa que, por este aspecto, la nulidad supralegal aducida se halla huérfana de todo fundamento.*

2ª En cuanto al cargo consistente en haber omitido los falladores de instancia los interrogatorios a que se refieren los artículos 452 y 548 del Código de Procedimiento Penal, tal omisión, si bien constituye una grave irregularidad, no alcanza a configurar una nulidad sustancial, porque, como lo ha dicho la Corte de manera reiterada, esos interrogatorios son apenas uno de los medios de información previstos por la ley para que el Juez forme juicio sobre la personalidad del infractor.

3ª Precisa reparar ahora en que el demandante, al proponer los cargos formulados con apoyo en la causal segunda, parte de la base de "que el delito memorado fue cometido no por un hombre normal, sino por un anormal". "El expediente prueba —repite— que Ferney Hurtado Hurtado no es un hombre normal, sino un alienado mental que debe ser recluido en un manicomio criminal por un tiempo, hasta que deje de ser peligroso para la sociedad". En otros términos: Que el hecho criminoso se cometió dentro de las circunstancias previstas por el artículo 29 del Código Penal, y que, en consecuencia, al procesado se le debieron aplicar las sanciones fijadas en el Capítulo II, Título II, Libro I de la obra citada.

4ª No obstante el planteamiento anterior, el impugnador sostiene luego que la sentencia recurrida no se acomoda a los presupuestos procesales exigidos por la ley y la doctrina para dictar sentencia condenatoria en materia criminal. Y señala como claramente violados los artículos 203, 204 y 224 del Código de Procedimiento Penal.

5ª Finalmente, y ya con fundamento en la causal primera, adopta una tercera posición: "El fallador *ad quem* —dice— interpretó erróneamente el artículo 316 del Código Penal y el 317 de la misma obra, pues la sanción que pudiera corresponderle a Ferney Hurtado Hurtado en el evento de que su responsabilidad penal sea confirmada por la honorable Corte, hubiera sido fijada por el citado artículo 316 del Código Penal en la forma que lo hizo el *a quo*, o sea de tres años, seis meses de prisión. Con esa pena, quedaba reprimido el delito en sus manifestaciones más graves".

6ª Jurídicamente, las tres hipótesis planteadas son inconciliables entre sí, tanto como podrían serlo las que pretendieran sustentar que alguien obró simultáneamente dentro de las circunstancias previstas en los artículos 25 y 28 del Código Penal, todo mientras se afirma, por otra parte, que en relación con el mismo hecho no existe la prueba idónea para condenar, y que, en consecuencia, el sentenciador incurrió en grave y ostensible yerro al apreciar la prueba.

7ª Conforme a la técnica del recurso extraordinario de casación, que no es una tercera instancia, como tantas veces se ha repetido, es preciso demostrar lo que se afirma. Y quien sostiene tesis contradictorias, nada ha demostrado, como ocurre en el presente caso, porque aquéllas recíprocamente se destruyen, dejando a la Corte frente a un vacío conceptual que ésta no puede llenar de manera oficiosa cuando actúa como tribunal de casación.

8ª Significa lo anterior que ninguna de las causales propuestas prospera, y que, consecuentemente, habrá de mantenerse el vigor de la sentencia recurrida.

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, *no casa* la sentencia acusada del Tribunal Superior de Cali.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al proceso. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Octavio Laserna Villegas, Conjuez.

Pioquinto León L., Secretario.

ROBO. — LAS HUELLAS DACTILARES COMO INDICIO VEHEMENTE DE RESPONSABILIDAD DE LA INFRACCION PENAL

Examen del acerbo probatorio. — Tacha a la sentencia con base en las causales 2ª y 1ª de casación. — Técnica del recurso. — Facultad de la Sala Penal de la Corte en la estimación de las pruebas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, noviembre 5 de 1964.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Alberto Garzón contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 30 de abril de 1963, por la cual le fue impuesta la pena principal de ocho (8) años y seis (6) meses de presidio, como responsable del delito de robo.

Contra el mismo fallo también recurrieron en casación los sindicados Guillermo Martínez López y Hernán Blanco González, condenados, junto con Aristóbulo Ayala Guzmán, Manuel José Sánchez Lancheros, César Indaburo González y Héctor Jaime González Castillo, por el mismo delito, pero quienes no presentaron en la debida oportunidad y mediante abogado inscrito en la Corte, las correspondientes demandas de casación.

HECHOS

Se trata de tres delitos de robo cometidos contra los intereses de tres entidades bancarias de Bogotá, de cuya ocurrencia hace el *a quo* la siguiente síntesis:

"A. Banco de Colombia, Sucursal Barrio Santa Fe. El 28 de octubre de 1959, en la hora de las ocho de la mañana, cuando todos los empleados se encontraban dentro de las oficinas de la sucursal listos a empezar sus labores correspondientes a ese día, cuatro sujetos levantaron intempestivamente la reja de la calle y penetraron armados de revólver, encañonaron a los presentes y se apoderaron de la suma de $ 20.480 moneda legal, para luego emprender la huida en un automóvil marca 'Ford', modelo 1948, de placas E-85798, de color anaranjado, conducido por un quinto hombre. Dicho vehículo fue encontrado por el Teniente Edmundo Mora Guerrero totalmente abandonado en la calle 27 Sur, frente a la casa marcada con el número 24-C-24, a eso de las nueve horas y treinta y cinco minutos.

"B. Banco Popular, Sucursal Barrio Siete de Agosto. El 2 de marzo de 1960, pocos minutos después de las seis de la tarde, estando ajustadas las puertas de esta sucursal y los empleados dando fin a su trabajo diario, de súbito se presentaron varios sujetos armados que penetraron encañonándolos y requiriendo los dineros que se encontraran en ese momento. Los asaltantes tomaron de sobre el mostrador un paquete en el que se había empacado una fuerte suma, y, otro que, en ese instante tenía en sus manos uno de los empleados, hecho lo cual salieron vertiginosamente haciendo disparos. Ya en la calle abordaron una camioneta de color verde, de placas E-30220, en la que emprendieron la huida y que fue localizada al día siguiente, a las nueve horas, cincuenta minutos, por unidades de la Policía Nacional en la carrera 25-A con calle 3ª-B, de esta ciudad. En total los asaltantes se llevaron la suma de $ 51.400 moneda legal.

"C. Banco de Colombia, Sucursal Barrio Palermo. El 30 de marzo de 1960, aproximadamente a las ocho y cincuenta minutos de la mañana, llegó en el carro blindado de la institución el señor Jorge Eduardo González Arias, procedente de la oficina número quince, con la

suma de $ 41.000 moneda legal, destinada a las operaciones del día en esta sucursal, cuando sorpresivamente penetraron seis sujetos, quienes con revólveres en mano amenazaron a todos los empleados, uno de ellos se apoderó del maletín en que llegó el dinero, acto seguido salieron precipitadamente y abordaron el carro negro, marca 'Ford', modelo 1953, con placas K-06128, en el que emprendieron la fuga cruzando por la carrera octava con calle 41, vehículo que más tarde fue abandonado en la calle 27, entre carreras 22 y 23 y encontrado por unidades de la Policía Nacional".

FALLOS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA, EN CUANTO AL PROCESADO DEMANDANTE

El Juzgado 8º Superior de Bogotá, luego de anotar que el cuerpo del delito, en las tres infracciones penales, se encuentra plenamente comprobado, hace un examen de los elementos de juicio que militan en contra de cada uno de los sindicados. En lo que respectá al recurrente Jorge Alberto Garzón, señala lo que pasa a transcribirse:

1º *Asalto a la Sucursal del Barrio Santa Fe, del Banco de Colombia.*

"Jorge Alberto Garzón se encuentra sindicado por Aristóbulo Ayala Guzmán y por Arnulfo Garzón Maldonado. Ya hemos sostenido que la sola sindicación de Ayala Guzmán, cuando no encuentra corroboración en los autos, no puede ser admitida por sí sola como prueba plena de responsabilidad, porque no hay que olvidar que proviene de un incriminado confeso y si bien la confesión, por definición, es la aceptación por el exponente del hecho que lo perjudica, a contrario sensu, no es confesión la formulación de un hecho que compromete a terceros, lo que significa que en este aspecto es condición esencial que esos cargos estén plenamente respaldados por otros medios de prueba. Se diría entonces que el señalamiento de Ayala Guzmán encuentra apoyo en el efectuado por Garzón Maldonado (Arnulfo), pero ya también expresamos que las sindicaciones de este último se fundan en simples referencias. Si Jorge Alberto Garzón niega que le informó a Garzón Maldonado sobre las personas que cometieron este ilícito, ¿quién puede demostrarle lo contrario?".

2º *Robo a la Sucursal del Barrio Siete de Agosto, del Banco Popular.*

"Jorge Alberto Garzón se encuentra incriminado por Aristóbulo Ayala Guzmán, por el reconocimiento que hicieron de él los testigos Antonio López Guzmán y Luis Humberto Cabrera y por la prueba científica, pues en el carro empleado para la comisión del hecho se encontraron sus huellas dactilares. Dice en su injurada Garzón que el día del robo se encontró en la calle 63 con carrera 30, con una comioneta varada, marca 'Ford', modelo 1955-1956, de la que se bajó Hernán Blanco y le hizo señas para que le ayudara, lo que efectivamente hizo, destapándole el motor, limpiándole la batería y empujándola hasta lograr prenderla y que al día siguiente supo por la prensa que ese vehículo fue con el que se perpetró el robo del Banco Popular. Esta versión, que a simple vista informa de un hecho casual y de mera coincidencia para justificar las huellas que de él fueron localizadas por los técnicos en ese automotor, tiene como respaldo procesal la indagatoria de Manuel José Sánchez Lancheros y en el testimonio de Jorge Gutiérrez Agudelo, su odontólogo, quien manifiesta que ese día este sindicado estuvo en su consultorio a las seis de la tarde. Todo este andamiaje empieza por desmoronarse a través del propio planteamiento de Garzón, pues asegura que antes de encontrarse con el vehículo varado llevaba en su camioneta a Matilde Triana, Juvenal Martínez, Gonzalo Meza y Arturo Carvajal, quienes tuvieron que darse cuenta de ese hecho, pero lo cierto es que ni Juvenal Martínez, ni Gonzalo Meza declararon en el proceso y que Arturo Carvajal, en su deponencia, afirma que no conoce a Jorge Alberto Garzón; entonces, ¿cuáles son los terceros que puedan dar fe sobre ese hecho casual? Ninguno. Queriendo hacer más verosímiles sus explicaciones, las ha puesto en bretes. El odontólogo ha manifestado, después de varias incursiones testimoniales en el proceso y de un extrajuicio, que por fin se recordó que el dos de marzo, a las seis de la tarde, precisamente, se encontraba en su consultorio Garzón, recuerdo que le vino por conversación que sostuvo con otro de sus clientes 'de buenos antecedentes', señor Elías Buitrago Ríos, quien tampoco aparece declarando; es, pues, bastante curioso que este profesional, después de dar tantos pasos en ciego, tuviera memoria feliz de esa fecha y de esa hora inolvidable para cualquier persona, y, precisamente, en una declaración extrajuicio, que se vio en la necesidad de ratificar bajo juramento, recordación que tuvo muchos meses después, por los buenos oficios de Buitrago Ríos, hombre de buenos antecedentes, como lo dice, quizás para curarse en salud. En todo caso, para el Juzgado la coartada de Garzón no merece credibilidad;

es más fuerte y veraz la prueba de cargo si se tiene en cuenta que los testigos Antonio López Guzmán y Luis Humberto Cabrera son personas totalmente ajenas a componendas, a intereses venales, a presiones de cualquier índole, que tuvieron la virilidad de identificar a Jorge Alberto Garzón como a uno de los individuos que integraba la banda de delincuentes que robaron a la institución bancaria. Así, pues, la imputación que le hace Ayala Guzmán, corroborada por el reconocimiento de estos empleados de la sucursal y por el hallazgo de sus huellas en el automotor usado para el asalto, llevan al Juzgado a la convicción legal de que Jorge Alberto Garzón integraba el grupo de antisociales que cometieron el robo que aquí se investigó''.

3º *Delito cometido contra los intereses de la Sucursal del Banco de Colombia, en el Barrio Palermo.*

''...Los técnicos en dactiloscopia del Servicio de Inteligencia Colombiano encontraron en el vehículo marca 'Ford', modelo 1953, pintado de negro y con placas K-06128, las huellas dactilares de Jorge Alberto Garzón, Guillermo Martínez López y Héctor Jaime González Castillo. Es indudable que el mencionado automotor fue servido por los antisociales en la comisión del hecho investigado; por otra parte, con respecto al valor legal de tal experticio, el Juzgado tuvo oportunidad de pronunciarse cuando hizo el análisis probatorio del robo efectuado a la Sucursal del Banco de Colombia, del Barrio Santa Fe. Allí expresó este Despacho que las huellas digitales constituían un indicio necesario en contra de los incriminados, por las razones de orden científico anotadas, que permiten tener esas huellas como la firma del delincuente, estampada en el lugar del crimen o en los medios utilizados para su consumación... Jorge Alberto Garzón dejó en el espejo retrovisor del mencionado carro la huella de su dedo índice de la mano izquierda. Los peritos encontraron en la huella revelada trece puntos de identidad, los que según el profesor *Balthazard* son más que suficientes para determinar la persona a quien pertenece. Este sindicado ha sostenido que a mediados de marzo de ese año viajó a Simijaca, a casa de su hermana y que allí fue a buscarlo Manuel Sánchez Lancheros con un carro 'Ford', pintado de negro, para que le entregara unos revólveres, a finales de ese mismo mes, que por tal circunstancia se vino para Bogotá manejando el mentado vehículo, el que tenía el espejo retrovisor dañado y que en Zipaquirá compró un tornillo que le hacía falta y lo arregló, que luego de haber llegado a la ciudad se ocultó en el taller de Luis Eduardo Jiménez, a donde el día del atraco llegó Sánchez Lancheros a contarle que habían efectuado el robo, precisamente en el aludido carro, en donde quedaron sus huellas. En este relato Garzón resulta corroborado, en parte, por su hermana y cuñado y también por Jiménez. El Juzgado considera que esos hechos fueron ciertos en lo que respecta a su estadía en Simijaca y su ocultación en el taller de zapatería, pero no admite que ello lo hubiera imposibilitado físicamente para actuar en el delito, pues contra su propia explicación se levanta contundente el señalamiento que de su presencia en los hechos investigados hizo la señora Gladys Sarmiento de Bocanegra, empleada de la Sucursal. Pero lo que más pone en situación crítica su explicación de la huella, es el hecho de que a última hora hubiera entrado a hacerlo, precisamente cuando ya tuvo conocimiento del experticio y del lugar en que fue localizada, porque está muy bien que se admita el contacto con el automotor, pero es sospechoso que se determine con toda exactitud el lugar en donde se estampó la huella digital para rodear de verosimilitud su versión. Es más, resulta ingenuo pensar que uno de los que participaron en el ilícito, según sus palabras, fuera a buscarlo hasta ese lejano municipio para que le entregara unas armas, que alguna finalidad tenían y que Garzón hubiera ignorado su destino, como también resulta improbable que estando en Bogotá se hubiera marginado del robo, no obstante habérsele visto por la señora de Bocanegra en el lugar, día y hora de los hechos''.

Expresa el Juzgado 8º Superior de Bogotá, asimismo, que ''también se encuentran en el expediente dos cartas, ambas dirigidas a Jorge Alberto Garzón, en las que los presuntos firmantes garantizan a éste, o bien que no le han hecho cargo alguno, o que declararon en su contra por dinero. Lo primero lo sostiene Iván Hoyos Robledo en una de las misivas, y, lo segundo, lo acredita en la otra carta Aristóbulo Ayala Guzmán, quien además ha negado haber firmado dicho documento. Era lógico que la proveniente de Hoyos Robledo no se tuviera en consideración, porque tampoco se tuvo en cuenta el ya mencionado informe secretarial y, la que se afirma fue escrita y suscrita por Ayala Guzmán no podía justipreciarse por el origen viciado de la prueba, ya que fue objeto de clara y expresa negociación, como lo confirman las deponentes Matilde Triana y Aura María Posada de Ramírez''.

Sobre el informe de la Secretaría del Juzgado, anota la sentencia lo siguiente: "En dicha pieza se afirma que éste..." Iván Hoyos Robledo... "individualizó a los autores de dos de las infracciones que aquí se resuelven... y que éste así lo expresó delante del empleado informante y de los agentes secretos. Para el Juzgado esa información no alcanza a tener entidad probatoria, por cuanto la persona que se dice fue fuente de la misma no expresó esos cargos bajo la gravedad del juramento, porque los secretos a que alude no rindieron declaración a ese respecto y porque cuando Hoyos Robledo tuvo la oportunidad de formalizar esos cargos, no lo hizo".

Se considera en este fallo que es pertinente "para Jorge Alberto Garzón, por el robo del Banco Popular, Sucursal del Barrio Siete de Agosto, siete años de presidio, aumentados en nuestro criterio en dos años y medio por el robo cometido al Banco de Colombia, Sucursal Barrio Palermo, quedando, en definitiva, una pena total de nueve años y seis meses de presidio", sanción que el *ad quem* disminuyó en un año.

El Tribunal Superior de Bogotá, en el fallo objeto del recurso de casación, prohija las apreciaciones del Juzgado 8º Superior de Bogotá, en cuanto al valor probatorio de los elementos de juicio tomados en cuenta para afirmar la responsabilidad penal de Jorge Alberto Garzón en los delitos de robo mencionados.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor apoderado de Jorge Alberto Garzón invoca las causales 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, con fundamento en las cuales solicita que se invalide el fallo recurrido a fin de absolver a su mandante.

Luego de hacer una crítica a la forma como se adelantó la averiguación de los delitos imputados al recurrente, de la cual dice que fue arbitraria y escandalosa, pues se acudió a la búsqueda de delaciones, a la violación de la reserva del sumario, a publicaciones fotográficas de los sindicados, a idear supuestas conjuras de los procesados, a practicar diligencias de indagatoria y careo, así como a recibir testimonios en presencia de numerosos detectives, a descuidar la práctica de las pruebas de descargo y rechazar el diligenciamiento conducente a demostrar los abusos del instructor, sustenta el demandante los motivos de casación alegados de la siguiente manera:

a) *Causal segunda de casación.*

"El honorable Tribunal Superior de Bogotá, ratificando lo decretado por el *a quo,* rechazó —como no podía ser de otro modo— la prueba derivada de las acusaciones de Arnulfo Garzón y Aristóbulo Ayala, únicos deponentes, y a la vez comprometidos y confesos, que en los procesos tratan de sindicar a Jorge Alberto Garzón, por haber estimado que es protuberante la mentira y falacia de sus asqueantes relatos. En esto los juzgadores de las dos instancias procedieron con estricta justicia, siendo de consiguiente inobjetable e intocable la absolución que decretaron para Jorge Alberto Garzón por el asalto al Banco de Colombia, Sucursal Santa Fe, en el que pretendieron comprometerlo los dos citados sujetos.

"Pero cuando el honorable Tribunal Superior de Bogotá, en el fallo que se está impugnando, confirma la condenación decretada por el *a quo* contra Jorge Alberto Garzón como partícipe en los asaltos al Banco Popular, Sucursal Siete de Agosto, y al Banco de Colombia, Sucursal Palermo (con la sola modificación de disminuir un tanto la pena impuesta por el señor Juez Superior), da al hecho en que esa condenación se sustenta un valor que no tiene, interpretándolo y apreciándolo erradamente, mientras desconoce el que sí tienen hechos acreditados en el proceso que le desvirtúan a aquél todo valor acusatorio. Permitiendo, de paso, que los mendaces testimonios de Arnulfo Garzón y Aristóbulo Ayala, que en un caso se rechazan con sobra de justicia, en los otros dos casos resulten inexplicablemente acogidos. Y saneando, lo que resulta grave cuestión de fondo, los arbitrarios y escandalosos sistemas de instrucción empleados por el Juez Quinto de Policía.

"Este hecho o prueba en que el honorable Tribunal Superior de Bogotá sustenta la condenación para Jorge Alberto Garzón por dos de los asaltos, consiste, exclusivamente, en las huellas dactilares que de éste aparecieron en los vehículos utilizados para la comisión de los ilícitos. Prueba científica, como la llama el honorable Tribunal Superior, cuya seriedad e importancia, considerada aisladamente, no puede desconocerse, pero a la que dentro del proceso se le encuentran explicaciones, suficientemente acreditadas, que no solo no son 'inaceptables', ni 'inverosímiles', ni 'acomodaticias', como dice el fallo impugnado, sino que por su sencillez, claridad, coherencia y poder de convicción descargan esa prueba, por completo, de todo valor acusatorio.

"Y las explicaciones de Jorge Alberto Garzón sobre las huellas dactilares que aparecieron sobre los vehículos utilizados en la comisión de los asaltos... aparecen procesalmente acreditadas de dos maneras:

"*Directamente,* por idónea y no controvertida prueba testimonial. Para el primer caso, analícense las declaraciones del doctor Jorge Gutiérrez Agudelo, producidas dentro del proceso, y las rendidas extrajuicio por Juvenal Alfonso Martínez y Gonzalo Mesa. Para el segundo caso, las de Alonso Sarmiento, Rosa de Sarmiento y Eduardo Jiménez.

"*Indirectamente,* pero de manera no menos eficaz, por las pruebas cuya práctica se solicitó ahincadamente, sin que hubiera sido posible allegarlas por la sistemática renuencia del funcionario instructor para procurar su recaudo. En el primer caso están las declaraciones del testigo citado por el doctor Gutiérrez Agudelo, de excepcional trascendencia, y de Carlos Arturo Carvajal, quien se dijo coaccionado por el Juez Quinto al rendir su testimonio. Y la certificación del Juez Séptimo, definitiva para establecer que Jorge Alberto Garzón físicamente no pudo participar en este asalto. Y en el segundo caso, los testimonios de Enrique Martínez y Clara Rodríguez, solicitados con ahinco, como ya se dijo y consta de autos, decretadas y no practicadas por malintencionada negligencia del instructor.

"Cuando el honorable Tribunal Superior sustenta el fallo condenatorio para Jorge Alberto Garzón en la prueba científica de sus huellas dactilares, comete un error de apreciación y de interpretación de este hecho, dándole un valor que no tiene, error que se repite al negarle el que sí tiene a las explicaciones que se acreditaron para tales huellas, suficientes a restarles todo mérito incriminatorio.

"Ahora bien: de la errada interpretación y apreciación de la prueba científica de las huellas dactilares el honorable Tribunal Superior extrajo, además, una conclusión no menos equivocada, peligrosa e injusta: la de que carecían de apoyo las acusaciones formuladas contra el Juez Quinto de Policía por los métodos empleados para la instrucción y perfeccionamiento de estos procesos.

"Aquí la errada interpretación y apreciación del hecho en que se sustenta el fallo condenatorio contra Jorge Alberto Garzón, sitúa al honorable Tribunal Superior de Bogotá en abierto contraste con realidades impresionantes. Son ellas:

"Un estudio de este proceso, situados en la posición en que el Juez Quinto quiso colocar a Jorge Alberto Garzón, lleva a la conclusión de que no hubo irregularidad, ilegalidad, abuso, atropello, violación de normas escritas y fundamentales principios éticos y jurídicos en que deliberadamente no hubiera incurrido ese funcionario.

Y, de otra parte, sobre las condiciones morales del Juez Quinto de Policía, el célebre..." funcionario..., "fue este mismo quien con actuación ilícita de público conocimiento las puso en evidencia. Por eso se dijo que sanear los sistemas y métodos investigativos de este..." Juez..., "mediante sentencia condenatoria para Jorge Alberto Garzón, constituye grave atentado contra el derecho. Que es la grave cuestión de fondo implícita en este proceso. Y cuando se alude al caso concreto del fallo condenatorio contra Garzón, es para dejar en claro que una providencia de esta naturaleza se justifica para los autores confesos de participación en los asaltos, que aceptan su responsabilidad. Lo que desmonta cualquier prejuicio respecto al evento de una dañina impunidad".

b) *Causal primera de casación.*

Expresa el actor que "basta formular esta causal de casación, con base en lo alegado para sostener la anterior, para que obviamente quede sustentada.

"Al condenar el honorable Tribunal Superior de Bogotá a Jorge Alberto Garzón, por errada interpretación y apreciación de unos hechos, a uno de los cuales dio un valor de que carecía negándoles a otros el valor de que estaban provistos, incurrió en la indebida aplicación de los artículos 2º de la Ley 4ª de 1943 y 404 del Código Penal, normas sustantivas que definen el robo simple y el robo agravado".

Concluye el demandante con la siguiente petición:

"Si se aceptan como justificadas las propuestas causales de casación, la honorable Corte Suprema de Justicia (Art. 570, aparte a) del C. de P. P.) debe proceder a invalidar el fallo impugnado y a dictar el que deba reemplazarlo. Que en este caso sería de absolución para mi asistido".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, luego de un estudio de la prueba de cargo en la que el *ad quem* apoya la resolución condenatoria de Jorge Alberto Garzón, estima que "la causal segunda de casación, que implica un examen total y minucioso del acervo probatorio, fue invocada con criterio muy restringido por parte del impugnador; las razones que aduce al servicio de los cargos que con base en ella formula, no logran demostrar la realidad de los ataques a la sentencia, haciendo ostensible la errada interpretación y apreciación que la Corporación diera a unos hechos, que en el supuesto de ser

bien examinados, hubieran eximido a Garzón de toda responsabilidad. El fallo condenatorio, en concepto de este Ministerio Público, es absolutamente invulnerable; los cargos que se le formulan son de mera apariencia, y aún, podría agregarse, que ellos fueron, apenas, planteados en la demanda, pero, ni siquiera intentados demostrar por el opositor. Como la causal primera es obvia consecuencia de la demostración de la segunda, no es necesario detenerse a responderla expresamente''.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de entrar en el examen de los cargos que el demandante propone a través de las causales segunda y primera de casación, observa la Sala que, aún en el supuesto de que estuvieran comprobadas las tachas que formula el actor a la forma como el Juzgado de Instrucción Criminal adelantó la averiguación de los hechos, no podrían tomarse en cuenta dentro de las causales invocadas, pues la técnica del recurso señala una diferente al efecto, pues se trataría de la violación de preceptos relacionados con el trámite del proceso penal.

Ahora bien:

I

CAUSAL SEGUNDA

No incurre el Tribunal Superior de Bogotá en error manifiesto en la estimación de los elementos de juicio en que apoya el fallo condenatorio proferido contra Jorge Alberto Garzón, por los delitos de robo cometidos en las sucursales del Banco Popular y del Banco de Colombia, de los Barrios ''Siete de Agosto'' y ''Palermo'', de esta ciudad, respectivamente.

Al concederle al *ad quem* credibilidad a la acusación que al recurrente Jorge Alberto Garzón le hacen los procesados de los mismos delitos, Arnulfo Garzón y Aristóbulo Ayala, sin embargo de que se la niega con respecto a los cargos que contra aquél también le formulan en cuanto al asalto cometido en la Sucursal del Banco de Colombia, del Barrio ''Santa Fe'', de Bogotá, aparentemente deja planteada una actitud contradictoria, pues es lo cierto que la demostración de la responsabilidad penal de Jorge Alberto Garzón, en los dos delitos de robo porque fue condenado, la funda, asimismo, en el concepto de los expertos en dactiloscopia, según el cual las huellas dactilares del recurrente fueron encontradas en los dos vehículos usados por los delincuentes en aquellos dos asaltos.

Dado el carácter diversiforme de las crestas papilares de los dedos de las personas —lo cual lleva a tener como cierto que no pueden darse dos datilogramas iguales en individuos distintos, y ni siquiera en dos de los dedos de un mismo sujeto— es obvio que el hallazgo de una huella dactilar del sindicado en el lugar del crimen conduce, necesariamente, a encontrar como evidente su presencia allí. A la misma conclusión cabe llegar con respecto a los rastros digitales que del procesado se encuentren en los instrumentos empleados en la comisión del delito, en cuanto al manipuleo de éstos por aquél. Y si en uno y otro caso, las explicaciones dadas por el sindicado no son atendibles, ese encuentro de sus huellas dactilares constituye un vehemente indicio de su responsabilidad en la infracción penal averiguada.

Pues bien:

En la sentencia acusada, mediante una crítica racional de la prueba, fueron considerados sin valor de convicción alguno los elementos de juicio traídos al informativo, con el propósito de darle una explicación a los rastros digitales de Jorge Alberto Garzón, encontrados en los dos automotores usados por los delincuentes para cometer los delitos de robo de que se ha hecho referencia.

Y dada la fuerza demostrativa del informe de los peritos en dactiloscopia, es lógico que los testimonios de Arnulfo Garzón y Aristóbulo Ayala, acordes con los datos que arroja aquella pericia, ofrecen serios motivos de credibilidad.

Tenía el *ad quem,* por tanto, pluralidad de pruebas sobre la responsabilidad penal del recurrente Garzón, para proferir en su contra el fallo condenatorio impugnado. No así con respecto al robo cometido en la Sucursal del Banco de Colombia, del Barrio ''Santa Fe'', de esta ciudad, pues en este caso no se contaba con el rastro digital del procesado recurrente.

Como se dijo, es, pues, aparente la contradicción del *ad quem* al negarle credibilidad a los testigos mencionados, en un caso, y aceptarla en el otro, en cuanto a la acusación que hacen a Jorge Alberto Garzón, pues de lo que se trata, en la realidad, es de que en uno y otro evento no se tienen los mismos elementos de juicio.

No incurre, en consecuencia, en error manifiesto el Tribunal Superior de Bogotá en la estimación de la prueba de cargo tomada en consideración para condenar a Jorge Alberto Garzón, ni en el rechazo que hace de los testimonios con los cuales el recurrente pretendió señalar un motivo diferente a los asaltos porque fue con-

denado, a la presencia de sus huellas digitales en los vehículos empleados por los delincuentes para llevarlos a cabo.

Con este último particular, la Sala prohija la crítica que el *ad quem* hace en el fallo acusado, atrás transcrita.

Cabe indicar que en repetidas ocasiones la Sala ha expresado que su facultad en la estimación de las pruebas, dentro del recurso de casación, "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad" (G. J., T. LXXXI, Nos. 2160-2161, pág. 845 a 846 y otras providencias).

II

CAUSAL PRIMERA

Fundada esta causal en los resultados de la anterior, es obvio que tampoco prospera este motivo de casación propuesto por el demandante.

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, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se ha hecho mérito, en cuanto impuso al procesado Jorge Alberto Garzón la pena principal de ocho (8) años y seis (6) meses de presidio, como responsable de los delitos de robo aludidos.

Declárase desierto el recurso de casación que contra la misma sentencia interpusieron los procesados Guillermo Martínez López y Hernán Blanco González, a quienes se les condena en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.



COMPATIBILIDAD ENTRE UN HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL Y LA IRA COMO MODALIDAD ATENUATIVA

Siendo la circunstancia de la ira, en las condiciones del artículo 28 del Código Penal una atenuante, no hay razón de orden jurídico para que no pueda incidir sobre el delito preterintencional de homicidio. Sicológicamente no es aceptable que sea la ira incompatible con el propósito de herir que caracteriza aquél ilícito. — Veredicto contradictorio.— Causales 1ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, noviembre 5 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS

Por sentencia de 17 de diciembre de 1962, el Tribunal Superior de Tunja confirmó la de 7 de marzo anterior del Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, por la cual se condenó por el delito de homicidio a Julio Roberto Moya Medina a la pena principal de diez y seis meses de presidio, a las accesorias correspondientes y en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados con esa infracción por la que se le llamó a responder en juicio en auto de 10 de enero de 1961 que consintieron las partes y en el que se calificó ese reato, cometido en la persona de Rafael Antonio Ariza, como un homicidio preterintencional.

El señor Fiscal del referido Tribunal recurrió en casación ante esta Sala de la Corte, invocando contra aquél fallo la causal 1ª y subsidiariamente la 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

En la tramitación del recurso, la Procuraduría se abstuvo de hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 3º del Decreto legislativo número 1154 de 1954.

HECHOS

Se sintetizan así en el auto de proceder:

"Julio Roberto Moya Medina, José Adán Doncel y María Oliva Moya Medina se encontraban el día 7 de septiembre del año pasado de 1960, en las primeras horas de la noche en la tienda de Tomás León, situada en la población de Guateque, bebiendo cerveza. Rafael Antonio Ariza, quien pretendía a Oliva Moya Medina llegó al establecimiento citado, posiblemente en estado de embriaguez y quitó a Julio Roberto Moya Medina el sombrero, motivo por el cual surgió entre éstos una discusión sin consecuencia alguna.

"Rato después salieron de la tienda Julio Roberto Moya Medina, Oliva Moya Medina y José Adán Doncel con ánimo de dirigirse a su casa de habitación, seguidos de cerca por Rafael Antonio Ariza y Mercedes Ariza, y estos dos últimos discutían, al parecer con Moya Medina. Ya en las afueras del poblado, Ariza intentó impedir a María Oliva Moya que se fuera para su casa, agarrándola del brazo, momento este en que Julio Roberto Moya, su hermano, propinó a Ariza un fuerte golpe con la chapa del cinturón de dotación militar, causándole seria lesión que le determinó la muerte".

ESTUDIO DE LA CAUSAL PRIMERA

Sentencia violatoria de la ley penal. Se señalan como normas conculcadas por errónea interpretación, los artículos 365 y 28 del Código Penal, en relación con el 362 de la misma obra.

De conformidad con el cargo que se le formuló al procesado en el auto de vocación a juicio, se propuso al Jurado la cuestión siguiente:

"El acusado Julio Roberto Moya Medina es responsable, *si* o *no*, de haber causado la muerte, sin intención de matar y sí con la de causar una lesión personal, a Rafael Antonio Ariza, quien falleció a consecuencia de herida producida por

cuerpo contundente, según la correspondiente diligencia de autopsia; hecho que tuvo ocurrencia en la población de Guateque, en las horas de la noche del siete (7) de septiembre de mil novecientos sesenta (1960)?".

El Jurado contestó: "Si en estado de ira grave he (sic) injusta provocación".

Se afirmó así la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio preterintencional, atenuado por el estado emocional que el Jurado le reconoció de acuerdo con las peticiones que al respecto hizo en la audiencia pública su defensor.

En las instancias se consideró conforme con la realidad procesal ese veredicto y, consecuencialmente, los juzgadores de derecho ajustaron a él, en armonía con lo previsto en el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, la sentencia proferida en su desarrollo, sancionando al acusado en consonancia con las normas que el recurrente considera infringidas y que eran precisamente las aplicables en vista de la calificación que el Jurado dio a los hechos materia del debate.

Sin embargo, para el demandante "hay radical exclusión entre las atenuantes previstas en la ley penal en los artículos 28 y 365, o sea, los que contemplan el homicidio dentro de un estado de ira o intenso dolor por grave e injusta provocación, y el homicidio preterintencional".

Según él, la ira, que estudia por todos sus aspectos a través de diversos autores de las más opuestas tendencias (Leopoldo Baeza y Acévez, Ribot, P. Iacobson, Mira y López, Carrara), es incompatible con el dolo que informa tal homicidio. Al respecto propone en relación con el acusado, esta disyuntiva: *"O razonó, previó, distinguió, en una palabra, tuvo un propósito determinado,* entonces su mente fue libre, no estaba gravemente perturbada, *no había ira,* grave ira que es atenuante específica (no leve, que es apenas circunstancia de menor peligrosidad) *o había ira* y entonces *no hubo un dolo determinado,* el dolo genérico de herir con que se encabeza el artículo 365 del Código Penal...".

Más adelante, repite de acuerdo con sus perentorios puntos de vista, que aquéllas "circunstancias atenuantes" no pueden coexistir y que por consiguiente el Tribunal debió fallar desechando una de ellas y reconociendo la más favorable, que en este caso, según su criterio, es la de la ira. En no haber procedido así y favorecido al procesado con ambas "atenuantes", hace consistir la causal 1ª de impugnación de la sentencia.

SE CONSIDERA

El homicidio preterintencional no puede catalogarse al mismo nivel de la ira como circunstancia atenuante. Es una modalidad fundamental del delito común de homicidio. Es un delito tipo, en que el elemento subjetivo de aquél (el común), se sustituye por "el propósito de perpetrar una lesión personal". No cabe estimarlo como si fuera, al igual de la ira, una circunstancia atenuante. Se trata de cosas diametralmente diferentes.

Dedúcese de ésto que siendo la circunstancia de la ira, en las condiciones previstas en el artículo 28 del Código Penal, una atenuante que esta norma no restringe a determinados hechos criminosos, naturalmente bajo el presupuesto de que, dada la naturaleza de los mismos, pueda predicarse de ellos, no hay ninguna razón de orden jurídico para que no pueda incidir sobre el delito preterintencional de homicidio, que es un delito doloso como el común de esta índole.

Tampoco es aceptable que sicológicamente sea la ira incompatible con el propósito de herir que caracteriza aquél ilícito. Esa emoción no elimina en su fase incipiente la vis selectiva *de la voluntad. Constituye en tal momento un estado subjetivo especial que —como dice Nelson Hungría—, si en su culminación es impulsividad casi automática, permite en cambio, en esa fase, la interferencia de los frenos inhibitorios o tutelares, el ejercicio del poder lógico en el sentido de resistencia a la emotividad, el predominio de la inteligencia, la actuación moralizadora de la facultad de crítica y de selección de los motivos.*

La Corte, por eso, ha venido sosteniendo que puede existir compatibilidad entre la modalidad atenuativa de la responsabilidad prevista por el artículo 28 del Código Penal, y un homicidio preterintencional (Art. 365). Es posible —dice— que una persona, sin intención de matar hiera a otra produciéndose la muerte como consecuencia obligada de la lesión y que ese atentado se haya producido en estado de súbita exaltación del ánimo causado por grave e injusta provocación.

Por tanto, si ni en el plano jurídico, ni en el sicológico, existe al respecto la incompatibilidad de que habla el recurrente, no violó el Tribunal en la sentencia impugnada las normas que éste señala y que, según lo dicho atrás, eran las aplicables de acuerdo con la calificación que el Jurado le dio a los hechos.

No puede, por consiguiente, prosperar la causal primera.

CAUSAL SEPTIMA

El recurrente afirma que la referida sentencia se profirió sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Para sustentar esta causal invoca la misma razón que adujo como fundamento de la anterior, o sea, que en ese veredicto el Jurado incurrió en la antinomia de hacer coexistir del propósito de herir, con la ira.

Pero como ya se expresó que puede existir compatibilidad entre un homicidio preterintencional y la ira como modalidad atenuativa, tal veredicto no viola el principio de contradicción.

Tampoco puede, por tanto, prosperar esta causal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley *no invalida* la sentencia a que se refiere esta providencia y que profirió el Tribunal Superior de Tunja el 17 de diciembre de 1962.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO, CALIFICADO DE ASESINATO

Cuestionarios sometidos al Jurado. — Las condiciones personales y la identidad del procesado. Integración del asesinato. — Circunstancia específica de la asechanza. — Motivo de nulidad invocado con fundamento en los artículos 422 y 178 del Código Penal. — Facultad de investigador para usar la inspección ocular. — "Peritos" y "testigos actuarios". — Funciones de unos y de otros. — Señalamiento concreto de la pena imponible. — Causales 1ª y 4ª de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, 10 de noviembre de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS

Procede la Corte a decidir del recurso extraordinario de casación, interpuesto por el procesado Juan de Jesús Pardo Durán, contra la sentencia de veintitrés de junio de 1962, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, lo condenó a la pena principal de quince (15) años y seis (6) meses de presidio, aparte de las correspondientes accesorias, como responsable del delito de homicidio, calificado de asesinato.

ANTECEDENTES

1º Los hechos que dieron origen a este proceso los resume el Juzgado del conocimiento en el auto de calificación, en estos términos:

"El lunes veintisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho, día de mercado en Puente Nacional, como de costumbre concurrieron numerosos vecinos a la cabecera del municipio. Segundo Rafael Aldana, quien residía en la vereda de 'Bajo Guamito', emprendió desde temprano la marcha hacia el poblado. Se dispuso el regreso para las primeras horas de la tarde y efectivamente Segundo Rafael, su hermano Reyes Julio, Gregorio Durán y Ricardo Duarte hicieron buena parte del recorrido en compañía. El semoviente que cabalgaba Segundo Aldana tomó la delantera, seguido de cerca por sus compañeros. Súbitamente le fue hecho un certero disparo de arma de fuego desde un lado del camino que sólo dio tiempo a la víctima para decir 'me mataron'. El criminal no satisfecho con su acción se acercó a la víctima y le dio un fuerte golpe en la cara con la cantonera del arma que le fracturó los huesos de la región.

"Como en ese momento se acercaban los compañeros de Aldana al lugar de la tragedia el homicida emprendió la fuga por entre la maleza y las labranzas; aquellos trataron de seguirlo pero en vista de que no le dieron alcance regresaron a acompañar el cadáver (folios 206 y 207 del cuaderno número 2)".

Calificó el mérito del sumario el Juzgado Tercero Superior del Socorro, mediante auto de diez de febrero de 1960, en el cual dispuso:

"*Primero.* Llamar a responder en juicio criminal con intervención del Jurado a Juan de Jesús Pardo Durán, de las condiciones civiles anotadas en esta providencia por el delito de homicidio cometido en Segundo Aldana hecho ocurrido en las circunstancias de modo, tiempo y lugar relatadas anteriormente.

"De esta infracción trata el Capítulo I del Título XV del Libro Segundo del Código Penal.

"*Segundo.* Sobreseer definitivamente en favor de Julio Pardo por los cargos que le fueron formulados en relación con el mismo hecho.

"*Tercero.* Sobreseer temporalmente en favor de José Angel Pardo por los cargos que le aparecen en relación con el homicidio en Segundo Rafael Aldana.

"Como consecuencia de esta determinación se reabre la investigación para lo cual se tomará copia de lo pertinente".

3º En la parte motiva del auto de proceder se advirtió que "la responsabilidad del procesado en el homicidio debe considerarse agravada por la circunstancia a que se refiere el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, por haber obrado con asechanza y por lo tanto poniendo a la víctima en condiciones de la más absoluta indefensión". Dicha circunstancia se ordenó ponerla en consideración del Jurado.

4º En la vista pública de la causa, la cuestión propuesta a los Jueces de Conciencia fue de este tenor:

"El acusado Juan de Jesús Pardo Durán es responsable de haber ocasionado la muerte a Segundo Rafael Aldana, con el propósito de matar y por medio de las heridas descritas en la diligencia de autopsia visible al folio 71 del expediente, hecho perpetrado en las horas de la tarde del veintisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho, en la vereda de 'Bajo Guamito' del Municipio de Puente Nacional, y en la ejecución de hecho obró el procesado poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, por medio de la asechanza?".

5º La respuesta del Jurado fue *"sí"*, simplemente (Fl. 313, cuaderno Nº 2) y de acuerdo con ella el Juzgado dictó la sentencia condenatoria el 27 de febrero de 1962, confirmada por el Tribunal mediante el fallo sometido a casación.

DEMANDA DE CASACION

El doctor Carlos E. Camacho, obrando como apoderado del recurrente, formuló la correspondiente demanda, contenida en el escrito que aparece de folios 9 a 19 del cuaderno de la Corte.

Aparte de la relación de los hechos y de la historia de la actuación procesal en sus etapas de sumario y juicio, el libelo contiene la acusación, formalmente bien elaborada, contra el fallo del Tribunal, con base en las causales 4ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, según el siguiente desarrollo:

CAUSAL CUARTA

Con invocación de ésta, es decir, por ser la sentencia violatoria de la ley procedimental y haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, el acusador hace tres cargos, los cuales entra la Sala a resumir:

Primer cargo.

"El cuestionario propuesto a la consideración del Jurado no reúne las exigencias previstas en la Ley 4ª de 1943".

Para tratar de demostrarlo el demandante observa que no se interrogó "al Jurado sobre las condiciones personales del procesado", entendiendo por tales las "conocidas en autos", con lo que "se pretermitió observar un acto sustancial del juzgamiento, por cuanto que al Jurado debe interrogársele por las condiciones personales del procesado".

Este aspecto del extraño e insólito cargo de nulidad, lleva al señor apoderado a esta conclusión:

"No estando determinada la personalidad del infractor, se presenta la duda sobre si en realidad el Tribunal Popular conoce o no la verdadera personalidad del procesado. Ante el vacío surgido en el cuestionario mencionado, se imposibilita al juzgador formarse una idea clara sobre si los Jueces de Conciencia conocieron, o estaban enterados de la personalidad del procesado".

"El segundo vicio del cuestionario aludido —continúa diciendo el demandante— está en que al Jurado es necesario proponerle o interrogarlo sobre el factor negativo o positivo de la infracción penal que se juzga. Por tal motivo, es necesario preguntarle al Jurado si el procesado es responsable *si* o *no* de la infracción que se juzga. Interrogar al de Juri en sentido afirmativo implica una negación de un elemento tan importante como el negativo, constituye desconocimiento de una circunstancia favorable al procesado, por cuanto que si al Jurado no se le interrogó sobre el factor negativo de la infracción, se le imposibilitó deducir una circunsancia favorable al procesado, factor que tiene incidencia en el derecho de defensa que garantiza la Constitución colombiana, en razón de que todo procesado tiene derecho al planteamiento de circunstancias eximentes o atenuantes en su juzgamiento".

Por último, estima "vulnerable" la cuestión propuesta al Jurado porque se le interrogó sobre "si en la ejecución del hecho obró el procesado poniendo a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión, por medio de la asechanza".

Aquí hace el acusador una digresión acerca de las condiciones de inferioridad o indefensión, lo que es abusar de ellas, o poner a la víctima en tal situación, para terminar en la siguiente forma el punto referido:

"Si al Tribunal del Pueblo se le interrogó sobre una circunstancia que no tiene existencia procesal alguna, sencillamente se juzgó al procesado quebrantando el precepto constitucional que manda juzgar observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, y una de estas formalidades esenciales es el juzgamiento de todo sindicado, con imputación de cargos que tengan respaldo probatorio dentro del proceso. Un cuestionario defectuosamente redactado como el cuestionario sometido a la consideración del Jurado que se reunió para juzgar a Juan de Jesús Pardo Durán, no constituye honrada observancia del juzgamiento del procesado, quebrantándose en tal forma el precepto consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Segundo cargo.

Se refiere, dentro de la causal de nulidad, a la violación del artículo 422 del Código de Procedimiento Penal en armonía con el 178 *ibídem.*

Esta acusación carece de sentido porque se reduce a afirmar que el Juzgado, por el hecho de comisionar para la práctica de las pruebas pedidas en el juicio, a otro funcionario, quebrantó la norma procedimental que autoriza, dentro del sumario, cuando hay detenido, para una sola ampliación, por el término de 20 días.

Tercer cargo.

Lo hace consistir en que el Juzgado violó el artículo 266 del Código de Procedimiento Penal "al no poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial que obra a folios 253 del segundo cuaderno". La demostración la intenta así:

"Los señores peritos designados por el señor Juez Promiscuo del Circuito, rindieron el dictamen visible a folios 253 del segundo cuaderno, pero al señor Juez se le olvidó ponerlo en conocimiento de las partes para que éstas tuvieran la oportunidad legal de objetarlo, para que los señores peritos lo explicaran o lo ampliarán, o lo rindieran con mayor claridad.

"Si a la defensa no se le permitió ejercitar un derecho consagrado expresamente por las normas procesales, claro está que se le está disminuyendo un derecho, y en rigor, en tal estado, no se puede afirmar que en el juzgamiento del procesado existió plenitud de garantías procesales".

CAUSAL PRIMERA

Con apoyo en esta causal se formula a la sentencia el cargo de ser violatoria de la ley penal sustantiva, en razón de haber señalado un aumento de seis meses de presidio sobre el mínimo imponible por el delito, de acuerdo con el artículo 363 del Código Penal.

Para sustentar la acusación en este particular cita la demanda lo ordenado por el artículo 72 del Decreto 0014 de 1955 y, parcialmente, una sentencia de esta Sala, de fecha 16 de julio de 1953, que se refieren a los medios de prueba admisibles para acreditar la mala conducta de un sindicado.

Concreta el cargo así:

"Acuso el fallo recurrido en razón de que el honorable Tribunal sentenciador, sin fundamento legal para ello, aumentó la pena de quince años de presidio, que era la que legalmente le correspondía al procesado, de acuerdo con el veredicto de los Jueces de hecho, en seis meses más, teniendo en cuenta la prueba testimonial aportada a los autos, la que de acuerdo con las normas legales (Art. 72 del Decreto 0014 de 1955) y la jurisprudencia de la honorable Corte, no puede ser tomada en cuenta para establecer la conducta peligrosa del delincuente. Por tal motivo, el honorable Tribunal sentenciador quebrantó el artículo 72 del Decreto 0014 de 1955, en armonía con el artículo 36 del Código Penal. Señaló también como quebrantado el artículo 363 del Código Penal al cual se le dio indebida aplicación por parte del Tribunal, en atención a que el procesado tenía derecho al mínimo de 15 años de presidio, y se le aumentó la sanción a quince años, seis meses de la misma pena".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al dar respuesta a la demanda, rechaza todos los cargos propuestos por el impugnador con fundamento en la causal cuarta, abonando razones jurídicamente valederas, coincidentes con el criterio que la Sala se ha formado al respecto. De esos razonamientos del Ministerio Público se hará referencia concreta en las consideraciones finales.

El cargo, con base en la causal 1ª sí lo acoge el colaborador fiscal, y en este punto de su concepto expresa:

"Este Ministerio Público no comparte el criterio del *ad quem* en el caso concreto del procesado Juan de Jesús Pardo Durán cuando dice que con base en los testimonios referidos para establecer la personalidad del enjuiciado 'el incremento en seis meses sobre la pena mínima es apenas equitativo'. Porque si bien es cierto

que disposiciones como los artículos 294 y 375 del Código de Procedimiento Penal, ordenan averiguar por la personalidad y antecedentes de los procesados, también es cierto que tal conocimiento debe allegarse, preferencialmente, por medio de pruebas documentales que tengan el valor de plena prueba. Pues que es díficil acertar en la valoración de testimonios en tal sentido, toda vez que no se sabe, y casi nunca se sabe, si los mismos van cargados de interés, de afectos o desafectos, y, en fin, de pasiones o de emociones, sean ellas bajas o nobles.

"No debe olvidarse que la peligrosidad en el sujeto pasivo de la acción penal la constituye su propia capacidad antisocial, que puede revelarse por la gravedad y modalidades del reato y por los elementos objetivos que lo rodeen, todo lo cual permite agravar la responsabilidad e intensificar la sanción. Pero nunca, considera este Despacho, tales circunstancias, para los mismos efectos, pueden derivarse de simples testimonios, los cuales sólo podrían tenerse en cuenta sí, como simples principios indiciarios.

"Valga para reforzar este aserto la siguiente jurisprudencia de la honorable Corte:

" 'La *mala conducta* se caracteriza por la frecuente comisión de actos contrarios a las normas jurídicas, morales y sociales, capaces de revelar una personalidad inadaptable a las condiciones normales de la vida; no se puede probar mediante testimonios' (sentencia, 22 noviembre de 1944, LVIII, 371).

"Así que el aumento de la pena en seis meses contra el procesado Juan de Jesús Pardo Durán se considera inequitativo, y asiste la razón al recurrente cuando hace su cargo a ese respecto, ya que se ha violado, por errónea aplicación, el artículo 36 del Código Penal".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª Los cargos relacionados con el motivo previsto en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, no ofrecen base jurídica alguna y se reducen, en su conjunto, a planteamientos extraños a las normas procedimentales y, en particular, a las que definen y regulan lo atinente a las nulidades en el juicio criminal.

En efecto:

a) La cuestión que el Juez de Derecho debe someter al Jurado está reglada por el artículo 28 de la Ley 4 de 1943, texto éste que en parte alguna exige interrogar al Jurado acerca de las condiciones personales del acusado. Tal requisito, que tiene que ver no con los aspectos subjetivos del agente, sino con las simples condiciones de identidad, para los efectos del artículo 101 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el 102 y 431 ibídem, *se exige en la motivación del auto de proceder.*

Lo propio puede argüirse en cuanto al cargo que dice relación a que se omitió en el cuestionario formular la pregunta comprendiendo las palabras "sí" o "no", pues tampoco el nombrado artículo 28 reclama esa redundante fórmula.

Por lo que toca a la observación sobre las circunstancias de indefensión o inferioridad, ninguna irregularidad ofrecen el auto de proceder, la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y la sentencia.

Para la integración del asesinato, igual es colocar a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, recurriendo a la alevosía, la insidia o la asechanza, que aprovecharse de un estado personal, permanente o transitorio, de inferioridad del ofendido.

En el caso sub judice la calificación del homicidio hace comprender que al deducirse la circunstancia específica de la asechanza, ésta determinó, por los medios adoptados por el Agente, la situación de indefensión o de inferioridad.

b) El motivo de nulidad invocado con fundamento en los artículos 422 y 178 del Código de Procedimiento Penal, como antes se afirmó, es inadmisible. Se trata de una lamentable confusión jurídica del acusador.

Refiriéndose la Procuraduría Delegada a este cargo y después de observar que la nulidad pretendida no se invocó en las instancias, lo refuta en estos términos, que la Corte acoge:

"No obstante la verdad que encierra el aserto anterior, se procede a demostrar, como corolario, que no han sido violados los artículos 178 y 422 del Código de Procedimiento Penal:

"El 178 *ibídem* expresa:

" 'Todo acto procesal debe cumplirse dentro del término fijado por la ley o por el Juez'.

"Y el 447 de la misma obra, comprendido en el Capítulo I, Título II del Libro III, que habla del término de prueba en la primera instancia, estatuye:

" 'Dentro de los dos días siguientes a aquel en que quede ejecutoriado el auto de apertura a prueba, las partes podrán pedir la práctica de las pruebas que consideren necesarias; el Juez ordenará inmediatamente que se practiquen,

PARA LO CUAL FIJARA UN TERMINO HASTA DE TREINTA DIAS, MAS EL DE LA DISTANCIA SI FUERE EL CASO, (Subrayado y mayúsculas de la Procuraduría).

"Fue esta la norma aplicada por el juzgador, y que en rigor tenía que ser y no el artículo 422 del Código de Procedimiento Penal, comprendido en el Capítulo I, Título IV del Libro II, que trata de las disposiciones generales sobre la calificación del sumario. Este error imaginativo —que no interpretativo— llevó al muy distinguido y eminente jurista recurrente a sostener cosas tan absurdas como las que plantea en este segundo cargo".

c) En cuanto al último cargo, con apoyo en la misma causal cuarta, la Sala acepta estas consideraciones de su colaborador, suficientes para desechar la nulidad:

"En este nuevo planteamiento el abogado recurrente se refiere, aun cuando trata de callarlo, a una inspección ocular solicitada por el apoderado de Juan de Jesús Pardo Durán en la primera instancia del juicio (Fl. 244 del segundo cuaderno). Tal diligencia fue decretada por el *a quo* a folio 245 y fue practicada por Juez comisionado, según acta de folios 249 y siguientes. Y si se lee esta pieza procesal, podrá advertir la honorable Corte que los que aparecen como 'peritos' no intervinieron como tales sino como testigos actuarios. No se echa de ver que sean expertos en algo ni que tal condición se les hubiera exigido. No se advierte, porque no se dice, que por títulos o por funciones sean técnicos o expertos en alguna rama del saber. Y en verdad que para la inspección ocular no se requería concepto técnico alguno, sino la presencia y actuación de ciudadanos de reconocida honorabilidad, y así se hizo.

"En concepto reciente esta Procuraduría tuvo oportunidad de expresar:

" 'La facultad del investigador para usar de la inspección ocular como uno de los medios probatorios para obtener la verdad en materia penal está bien determinada en el Capítulo II, Título V, Libro I del Código de Procedimiento Penal, y no es otra cosa que el 'examen o reconocimiento personal que hace el Juez o el funcionario de instrucción, o el comisionado en su caso, ante su Secretario, y acompañado de testigos o peritos, de hechos que son materia del proceso' (Art. 210). Es decir, esta definición comprende perfectamente el objeto de la diligencia y dice quiénes y cómo deben intervenir en ella...'".

"La disyuntiva empleada en la expresión 'testigos *o* peritos' no permite confundir las dos nociones. O intervienen los unos o los otros o todos, pero con sus funciones bien determinadas. En el caso de autos intervinieron solamente los 'testigos actuarios'. Así que lo que se ha dado en denominar caprichosamente 'dictamen de los peritos' a folio 253 del segundo cuaderno no lo es, sino el dicho de lo que a ellos consta que pudo verificar el investigador en la diligencia de inspección ocular.

"Debe tenerse en consideración que la inspección ocular fue diligenciada el 10 de agosto de 1960; y que el apoderado que la solicitó, pidió al *a quo*, el 17 de los mismos mes y año, 'señalara fecha y hora para el sorteo de Jurados' (folio 256), sin que tampoco se hubiera alegado por parte alguna cualquier vicio de nulidad en relación con la diligencia aludida; esto tampoco ocurrió en la segunda instancia del juicio".

2ª La violación de la ley penal, atribuida al sentenciador, sólo por haber elevado en seis meses la pena mínima indicada en el artículo 363 del Código Penal, ciertamente no ocurrió, lo que quiere decir que el recurso tampoco puede prosperar frente a esta acusación parcial, basada en la causal primera, no obstante encontrarla justificada el distinguido colaborador fiscal.

El señalamiento concreto de la pena lo hacen las instancias, dentro del arbitrio que la ley les ha otorgado, consultando todos los factores evaluativos de la peligrosidad contemplados en los artículos 36 a 39 del Código Penal, referentes unos a la propia naturaleza del hecho, y otros, a la personalidad del delincuente o elementos subjetivos de la conducta.

Necesariamente la circunstancia de mayor peligrosidad en la sentencia para la agravación de la pena, no es la señalada en el ordinal 2º del artículo 37, como se afirma por el demandante. El fallo alude al hecho de estar reputado el homicida como sujeto de malos antecedentes y atribuirle las gentes su participación en depredaciones de toda índole, cuestión que tuvo en cuenta para un prudente aumento de la pena privativa de la libertad, sin quebrantar con ello lo ordenado en el artículo 39 del Código Penal.

3ª Lo considerado es suficiente para que la Corte estime no demostrados los motivos de casación alegados.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República y

por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación de que se ha hecho mérito, y *ordena* devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.—DESDE CUANDO ESTA EMPIEZA A CORRER PARA LAS TENTATIVAS, DELITOS FRUSTRADOS Y PARA LAS INFRACCIONES CONTINUAS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, noviembre 18 de 1964.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

La Sala, dados los elementos de juicio traídos con la denuncia que formula la señorita Beatriz Osorio Cordero contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Luis Gonzalo Fajardo, Ricardo Medina Moyano y Eduardo Millán Millán, estima que no corresponde abrir averiguación penal alguna, pues los hechos no configuran infracción punible de ninguna naturaleza.

En efecto:

Se trata de la providencia de 3 de agosto de 1964, por la cual la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, compuesta por los Magistrados acusados, confirma el proveído del Juzgado 6º Superior de esta misma ciudad, mediante el cual se declara prescrita la acción penal adelantada contra el médico, doctor Hernando Corredor Rodríguez, por el supuesto delito de homicidio culposo.

Dice la denunciante que para la fecha en la que el *ad quem* confirmó lo resuelto por el inferior, dicha acción penal no había prescrito, pues desde el fallecimiento de la señora madre de aquélla, doña Eva Cordero viuda de Osorio, presunta víctima del delito imputado al doctor Corredor Rodríguez, no había transcurrido el lapso de cinco años, indispensable para que dicho fenómeno de la prescripción tenga lugar.

Sin embargo, y de acuerdo con los datos que suministrados por la señorita Osorio Cordero y los que se desprenden de la copia del proveído del Tribunal Superior de Bogotá, al cual alude la denunciante, se tiene que la intervención quirúrgica cumplida en la señora Cordero viuda de Osorio por el doctor Corredor Rodríguez, la cual califica la acusadora de "desastrosa, imprudente e inoportuna" y señala como causa determinante del fallecimiento de su señora madre, se llevó a cabo el día 25 de febrero de 1959. Y desde esta fecha corresponde contar el lapso de cinco años, necesario para la prescripción de la acción penal, en este caso, y no desde el día del fallecimiento de la señora Cordero viuda de Osorio, ocurrido el 11 de agosto de 1960, pues los supuestos actos consumativos se cumplieron, con la aludida intervención quirúrgica, ese día 25 de febrero de 1959.

El artículo 106 del Código Penal dispone que "la prescripción de la acción empezará a correr, para las infracciones consumadas, desde el día de la consumación...", esto es, desde cuando el Agente cumple los actos consumativos del delito. Dicho de otra manera: cuando cesa la actividad sico-física del delincuente, habiendo llegado el iter criminis *a la etapa consumativa.*

De ahí que en este mismo artículo se indique que la prescripción, para las tentativas y delitos frustrados, empezará a correr "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".

Se tiene, entonces, que para la fecha del proveído del Juzgado 6º Superior de Bogotá (y obviamente para el día en el que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó dicha providencia, el 3 de agosto de 1964), la acción penal seguida al doctor Corredor Rodríguez, por homicidio culpuso, se encontraba prescrita.

No resulta, pues, violado el artículo 106 del Código Penal y es jurídica la providencia a que alude la denunciante. Corresponde, entonces, prescindir de cualquiera averiguación penal de los hechos denunciados, pues no configuran ilícito punible de ninguna especie.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la

República y por autoridad de la ley, *dispone* no adelantar investigación penal por razón de los hechos que denuncia la señorita Beatriz Osorio Cordero.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PECULADO

Fundamentos del artículo 430 del Código de Procedimiento Penal. — Competencia por la naturaleza del hecho. — Las nulidades sustanciales por violación del derecho de defensa del inculpado. — Valoración del material probatorio. — Invocación del estado de necesidad y alcance de la confesión libre y espontánea. — Carácter de establecimiento público de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. — El delito de peculado lo puede cometer no solo el empleado o funcionario público sino "el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado". — Fundación de la Corte en casos de estimación de la prueba. — Causales 4ª, 1ª y 2ª de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, noviembre 24 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS

El doctor Carlos Arturo Gil obrando como apoderado del procesado Albeiro López Jaramillo, formuló demanda de casación contra la sentencia de 28 de mayo de 1963 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por la cual se confirmó la de 26 de enero anterior del Juzgado 3º Superior del mismo Distrito, en la que se condenó a su mandante como responsable del delito de peculado a la pena principal de cuatro años y ocho meses de presidio, a las accesorias correspondientes y en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados con esa infracción, consistente, según los autos que le llamaron a responder en juicio por este reato, "en haberse apropiado de la cantidad de $ 21.250, pertenecientes a la Caja Agraria, Industrial y Minera, Sucursal de Balboa, y en haber hecho uso indebido de los fondos de esta institución, en provecho propio, prevalido de su condición de Director de la Agencia y en forma continuada, hechos ocurridos hallándose en ejercicio de sus funciones entre el 10 de julio del año de 1960 y el 31 de octubre del año de 1961, en las condiciones modales de que da cuenta el expediente" y que se describen así en el fallo de primera instancia:

"El sistema de que se valió el Director para obtener los ilícitos fines perseguidos, fue el de cambiar cheques contra una cuenta personal suya en el Banco Industrial Colombiano de La Virginia, por cheques otorgados o girados por clientes que tenían abierta su correspondiente cuenta corriente en la Caja de Balboa y algunos además en bancos de Pereira. En ocasiones los cheques dados por los clientes tenían respaldo de fondos suficientes y así podían ser cobrados por el Director sin dificultad, pero otras veces era necesario que él autorizase la *'negociación'* de los mismos, aunque de antemano se supiese que no iban a ser cubiertos por carencia de dinero en cantidad necesaria para su pago en la cuenta girada. En el primer evento, para responder a los clientes por el valor de los cheques entregados por el Director, éste autorizaba la negociación de esos cheques, a sabiendas de que el banco girado no los pagaría puesto que él sabía muy bien que en su cuenta personal del Banco de La Virginia no había fondos para cubrirlos. En los dos casos el resultado para la Caja era el mismo, ya que al autorizar la *'negociación'* de los instrumentos eran retirados esos valores así negociados en dinero efectivo sacado de los fondos de la Agencia, pero en cambio los cheques 'negociados' necesariamente iban a ser devueltos con la leyenda 'fondos insuficientes', lo que implicaba un desequilibrio económico para la Caja, es decir, que por obra de las actuaciones del Director la Caja había entregado dinero en efectivo y había recibido en cambio cheques sin

respaldo. El objetivo final de esta operación, como claramente se supo, fue para Albeiro López Jaramillo el de obtener ilegalmente dineros de los fondos de la Caja para aprovecharse de ellos. Los clientes de la Caja que entregaban sus cheques al Director a cambio de los que éste les proporcionaba obraban seguramente de muy buena fe; no tenían por qué saber la ilícita destinación que se les iba a dar. Mas Albeiro sí sabía con claridad para qué le iban a servir esos cheques; y efectivamente se sirvió de ellos.

"Resultado final de todas estas maniobras fue la sustracción indebida, la ilícita apropiación que de los fondos de la Caja hizo Albeiro en cuantía de veintiún mil doscientos cincuenta pesos ($ 21.250). Esto último quedó acreditado no sólo con el acta de visita sino con la propia confesión del reo.

"La apropiación de esos dineros en parte se realizó de una manera más o menos directa. En efecto, el Director debía trasladar con alguna frecuencia dineros de la Agencia de Pereira a la de Balboa, para contar en esta última con efectivo. Son las llamadas remesas de dinero. En dos ocasiones, remesas que debía conducir por valor total de cuarenta mil pesos las entregó en Balboa reducidas a treinta mil. Valiéndose de los cheques en el sistema ya narrado, hizo que el cajero-contador legalizase contablemente la maniobra, diese por recibidos los cuarenta mil pesos y como retirados por ventanilla los otros diez mil, aunque tal cosa no ocurrió en la realidad. En ambos casos, los diez mil pesos de cada remesa fueron a parar al bolsillo del Director. Algo similar realizó cuando hizo el encargo a John Echeverry, Inspector Avaluador de la Caja, para que de una remesa por valor de cuarenta mil pesos cuyo traslado se le confió desde Pereira, consignase la cantidad de cinco mil pesos en la cuenta corriente del señor Jesús Vásquez Hincapié en el Banco Cafetero de Pereira. Estos cinco mil pesos fueron retirados con un cheque que engañosamente el Director obtuvo del señor Vásquez, diciéndole que tal cosa era necesaria para ordenar uno de los tantos canjes de cheques que con él realizó. El desprevenido señor Vásquez le dio el cheque, completamente inocente de los ardides puestos en práctica por López Jaramillo.

"El alcance total a cargo del Director de la Agencia fue de veintiún mil doscientos cincuenta pesos ($ 21.250), pero debe anotarse que el sistema puesto en práctica por él lo sostuvo durante un tiempo más o menos largo, realizando sobre la base de las mismas maniobras reintegraciones parciales de las sumas ya sustraídas. Sencillamente mediante nuevos canjes de cheques, el Director obtenía fondos que provisionalmente destinaba a cubrir los vacíos dejados por los cheques más antiguos 'negociados' a los clientes de la Caja. Tales fondos los destinaba Albeiro a cubrir el valor de esos cheques más antiguos; mas como el sistema era escalonado, permanentemente tenía que estar haciendo unos 'rotos' para tapar otros, como se dice".

El demandante aduce contra la sentencia recurrida diversas causales de casación, pero al hacerlo propone dos de ellas, la cuarta y la primera, repetidamente, bajo distintas numeraciones, dislocadamente como si fueran distintas, contrariando lo que acerca de la forma como deben presentarse previene así el segundo inciso del artículo 531 del Código Judicial, en relación con el 7º del Código de Procedimiento Penal: "Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una de ellas".

Empero, en este caso el actor invoca la causal 4ª como primera y tercera, y la 1ª como segunda y cuarta, en capítulos separados, agregando un nuevo cargo, tras de esta última, a la aducida como tercera. En seguida de la segunda, bajo enumeración errada, invoca también la del ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Este defecto del libelo, que lo hace incoherente y aún contradictorio, y que la Sala no lo puede subsanar, la obliga, agotado el trámite preparatorio del recurso, a estudiarlas, con las consecuencias lógicas que tal dislocación conlleva, en el mismo orden en que el demandante las propone.

Estudio de la causal cuarta invocada como primera.

El actor impugna la sentencia por este concepto en vista de que en el auto de 4 de junio de 1962, calificatorio del mérito de la investigación, se definió la situación jurídica de su mandante frente a los cargos que le aparejaba ella, de peculado y de falsedad, llamándolo a responder en juicio por el primero y sobreseyendo en su favor definitivamente por el segundo.

Esta última decisión se fundamenta así en esa providencia:

"En el proceso se hizo hincapié sobre presunta falsedad en los asientos de la contabilidad, en relación con las remesas que llegaron incompletas a Balboa; tal falsedad se hacía necesaria para legalizar contablemente el faltante, y en esa forma concebida constituía un complemento de la actividad delictuosa puesta en práctica por

el reo a fin de ocultar sus maniobras y no ser descubierto. Pero de tal hecho no se trajo al expediente ninguna demostración. La diligencia que en asocio de peritos se hizo en los libros de contabilidad, de inspección ocular para constatar algunos de los hechos delictuales, resultó demasiado restringida en la práctica. El acta correspondiente dice que se constató la veracidad de lo expuesto por el señor visitador de administración en sus diferentes informes, pero estos elementos, en forma aislada, no se pueden tener como pruebas del cuerpo del delito de falsedad...".

Revisado por apelación tal auto, el Tribunal en el suyo de 3 de septiembre siguiente, lo confirmó "con la *reforma* de que el *sobreseimiento* con que se favoreció a Albeiro López Jaramillo por el delito de 'falsedad' no es definitivo sino *temporal*. Se reabre —dijo— la investigación por este ilícito".

Sobre dicho reato y esta determinación se expresa el *ad quem* en los siguientes términos:

"Como lo anota el *a quo*, no se demostró debidamente el cuerpo del delito de falsedad, porque la inspección ocular practicada sobre los libros de la Caja, no dice nada al respecto, ni tiene ningún valor probatorio, como atrás lo vimos. De otro lado, la autoría material de esa falsedad, en caso de llegar a demostrarse, sólo le sería imputable al cajero-contador y no al Director de la Caja, a quien no le corresponde verificar esos asientos. Además, éstos se hicieron para ocultar el uso indebido de fondos previamente distraídos.

"De otro lado, es preciso dilucidar si esos libros se consideran como oficiales o privados, pues si tienen esta última categoría, los asientos falsos hechos en los libros de la Caja para justificar el faltante de los $ 25.000 en las tres remesas de dinero atrás referidas no son punibles...".

"De todos modos, como no se investigó el presunto delito de 'falsedad' ni se vinculó al proceso al autor material, se sobreseerá temporalmente al acusado en cuanto a este ilícito se refiere ya que aparece como autor intelectual de él, según el cajero, modificando en esa forma el calificatorio en revisión".

El Juez de primer grado, en cumplimiento de lo así resuelto por el Tribunal, ordenó en auto de 11 de septiembre de 1962 que se tomara copia del expediente y se enviara oportunamente al señor Juez Municipal de Balboa para que prosiguiera la investigación en relación con ese ilícito.

En cuanto al de peculado, el proceso continuó su curso culminando con la sentencia impugnada.

Frente a esta situación, el demandante estima que tratándose, como se reconoce, según él, en las instancias, de delitos conexos, al dividir en tal forma la continencia del negocio se violó el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal, lo que por otra parte somete a su mandante a un doble procedimiento que no es el indicado en la ley, ni lo previsto en ella en materia de competencia (Art. 50 *ibídem*), y lo coloca en una condición desfavorable, puesto que de ser condenado en procesos diferentes, se dificultaría su defensa y no operaría el sistema de la acumulación jurídica de las penas que rige para los delitos conexos (Arts. 31 y 33 del C. Penal), sino el abolido de la acumulación aritmética, más oneroso que aquél.

"La conexidad delictiva —dice— conlleva su propia forma, que debe cumplirse obligatoriamente para la justicia legal; el detrimento de esa forma, que se debe aplicar plenamente, viola el artículo 26 de la Constitución Nacional. Se comete, así, una nulidad de orden sustantivo con perfecta vigencia dentro de la doctrina", y concluye solicitando que se invalide la sentencia y se decrete la nulidad de todo lo actuado desde el auto de proceder de primera instancia a fin de que se investiguen y fallen en un mismo proceso los delitos de peculado y falsedad que se atribuyen a su mandante.

Se contesta:

Sobreseyó, pues, temporalmente el ad quem, *porque "no se investigó el presunto delito de falsedad, ni se vinculó al juicio al autor material", lo que por este aspecto sitúa el caso sub judice dentro de los términos del artículo 430 del Código de Procedimiento Penal, que —como ha dicho la Corte —obedece a una necesidad social y a un alto interés público, como son los de definirle prontamente la situación jurídica al sindicado respecto de quien la investigación está ya completa o perfeccionada, a fin de impartir la justicia debida, sin condicionar ese aprovechable estado procesal al de otros sindicados en el mismo sumario que aún no están en condiciones de dictarles auto de proceder o auto de sobreseimiento, porque las diligencias se hallan imperfectas. Economía procesal, de una parte, y rápida y oportuna justicia, de la otra, son, pues, los fundamentos del artículo 430. Y por eso dicha norma establece una excepción a la continencia de la causa prevista por los artículos 50, 62 y 54.*

En consecuencia —agrega la Corte— *no hay nulidad ni violación del artículo 50 cuando se*

trata de dos delitos conexos de los cuales se sindica a una misma persona, y se dicte primero fallo por uno de dichos delitos y luego por otro, cuando ésto se debe a que, al calificar el sumario, se llamó a responder en juicio al procesado por una de las infracciones y se le sobreseyó definitivamente por la otra, sobreseimiento que posteriormente, al surtirse la consulta, revocó el superior, que es precisamente lo que ocurre en este evento.

En cambio, el actor parte de la base de la existencia de la falsedad y de la condena de su mandante por esta infracción. Sobre tal presupuesto edifica toda su argumentación y afirma la violación de las normas que consagran el cúmulo jurídico de las sanciones. Sin embargo, como ese planteamiento constituye una simple hipótesis, tampoco por este aspecto aparece demostrada la causal en referencia.

Además, *es doctrina reiterada de la Sala que las nulidades sustanciales o supralegales, sólo tienen vida cuando por inobservancia de las formas propias del juicio, se vulnera el derecho de defensa del inculpado,* y esto no ha ocurrido en este caso.

Por tanto, no puede prosperar dicha causal.

Estudio de la segunda, o sea la primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La invoca el actor sobre la misma base y presupuestos de la antecedente, y sostiene que por haberse dividido la continencia del negocio al no dar aplicación al artículo 54 del Código de Procedimiento Penal, "se vino a violar el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, por su aplicación indebida, y por ende el artículo 33 del mismo Código, por no haberse aplicado correctamente, o mejor dicho, por su no aplicación"; y concluye pidiendo lo que solicitó al aducir la anterior.

Se contesta:

Si como ya se expresó, la situación a que se contrae la sentencia recurrida, escapa de la hipótesis que como hecho cumplido alega el demandante, no han podido infringirse, por sustracción de materia, disposiciones que en el momento procesal en que fue proferido ese fallo, no podían aplicarse.

En tales circunstancias, no cabe, por tanto, decir que por no haberse aplicado tales normas, se violó la que sirvió para sancionar al inculpado.

No procede tampoco esta causal.

Estudio de la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, aducida con enumeración errónea.

Funda el demandante esta causal en el hecho de que la prueba que se estima en la sentencia acusada como plenamente demostrativa de la existencia del delito de peculado que se atribuye a su mandante y de la responsabilidad de éste como autor del mismo, no tiene el valor probatorio que el Tribunal le dio, porque la confesión del procesado sólo se tuvo en cuenta en lo desfavorable, lo mismo que otras pruebas que enumera, y que según él "se les debe considerar elementos constitutivos de la irresponsabilidad del procesado, o cuando más, modificadores de la misma; y dentro de ciertas circunstancias, modificadoras de la sanción por el cambio de determinación de la supuesta cuantía", y agrega:

"A causa de la errada interpretación de los hechos admitidos por la sentencia y de la falta de apreciación de los hechos negados o no tenidos en cuenta, la Sala condenó indebidamente al procesado a la pena de cuatro años y ocho meses de presidio, bajo la denominación genérica de peculado en cuantía de $ 21.250, con base en el artículo 3º del Decreto extraordinario número 1858 de 1951, y en consideraciones de que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero es un establecimiento público, que los caudales faltantes eran de propiedad oficial y el procesado en su carácter de Director de la Agencia de Balboa por la época de los hechos, un funcionario público.

"El fallo impugnado violó, por consiguiente, el memorado artículo 3º del Decreto extraordinario 1858 de 1951, por aplicación indebida y bajo grave error de derecho en la interpretación de los hechos; el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, por la misma razón, y por no poderse comprobar plenamente la existencia del cuerpo del delito de peculado, en uno por lo menos de sus elementos tipificantes; el artículo 198, ordinal 8º del mismo Código, por haber incurrido en error relativo a la denominación jurídica del delito, lo que será motivo de otra causal, pero que se debe considerar en esta oportunidad porque el extremo de la conexidad que ahora es motivo de una investigación separada, no tiene plena existencia probatoria, y los hechos alusivos a la supuesta falsedad se tornan favorables al procesado. En torno de estas disposiciones principales subyacen otras del Código de Procedimiento Penal y del Código Penal que igualmente se violaron, las cuales más adelante se citarán y se dirá en qué forma sufrieron la violación de la sentencia".

Luego, en prolijo análisis, se refiere a los hechos a que se contraen las pruebas de cargo, sosteniendo, de acuerdo con la significación que, según su criterio, les da a cada uno de ellos, que lo ocurrido con el canje de los diversos cheques negociados, cada una de cuyas operaciones puntualiza bajo las letras A), B), C), D) y E) de este capítulo, no tiene otro sentido que el de una negociación que si bien puede considerarse como irreglamentaria, y aún inmoral, no constituye un hecho ilícito o doloso, sino una operación comercial cuyas consecuencias determina la ley de instrumentos negociables y se traducen en obligaciones personales. Concluye de ahí, que subsistiendo éstas, la Caja no ha sufrido ningún perjuicio y que, por tal concepto, no hubo mal uso o apropiación de sus fondos.

A esto agrega que tales fondos son particulares; que dicha Caja no es un establecimiento público; que tampoco sus empleados son funcionarios de este orden; que está en mora de hacer efectivas las obligaciones que pesan sobre los giradores de los cheques canjeados, reduciéndose a sólo ésto lo ocurrido.

Se critica así la interpretación que a los hechos les dio el *ad quem,* el significado acriminatorio del acta de visita según la cual el inculpado defraudó la Caja en la suma de $ 21.250, mediante los procedimientos que ya se indicaron, y se agrega que en la sentencia impugnada, no se tuvieron en cuenta "los conceptos periciales que obran a folio 78 vuelto y 233 del cuaderno principal, cuando el primero expresa que desde el punto de vista de la contabilidad no hay faltante, porque éste está representado en los cheques, en lo cual este concepto coincide con el del visitador que se ha insertado en el punto inmediatamente anterior, y lo que ya sería suficiente para tener por bien probado que no existe alcance, y que lo que hace falta o hizo, fue que la Caja cumpliera con sus obligaciones jurídicas provenientes de las operaciones bancarias celebradas entre el Director y los clientes. El concepto pericial de folio 233, establece esas operaciones contables, y su valor probatorio, sumado al del peritazgo del folio 78 vuelto, constituye una plena prueba innegable en favor del procesado".

Además, afirma que el procesado "sostuvo desde su primera indagatoria que había procedido sin dolo, y que los clientes eran los responsables ante la Caja. Esto lo reiteró a través de todos los documentos suscritos por él y que se hallan dentro del proceso. Luego su confesión por este aspecto está confirmada por las demás pruebas del proceso: concepto del visitador, conceptos periciales y por el tenor de los mismos cheques acompañados al proceso. Al no estimar estas pruebas, la sentencia le negó a la confesión del señor López, y por este aspecto, el valor probatorio de plena prueba. Aceptándole dicho valor probatorio, ha debido de absolvérsele del supuesto peculado", y en seguida añade bajo la letra H): "En su ampliación de indagatoria el procesado expresó el estado de necesidad en que se había encontrado de entregarle al bandolero 'Venganza' la suma de veinte mil pesos, en dos ocasiones, y por la cual se vio en la obligación de efectuar las operaciones bancarias atrás determinadas. La sentencia le desconoció todo valor probatorio a esta confesión calificada, por lo tardía y por lo tanto carente de espontaneidad, que es una de las condiciones de la confesión para poder ser estimada", contraponiendo a la apreciación que de esta prueba hizo el Tribunal, la que él hace de la misma con alusión a los testimonios de Luis López Porras, José Alcivet Rodríguez, Hernando Valencia Serna, Hugo Marín Ortiz, Eduardo Hincapié Castaño, Rogelio Vanegas y Armando Tous Jiménez, de cuyas declaraciones —dice— "se deduce que efectivamente dicho bandolero merodeó por las veredas de Balboa por la época de los hechos; que la tropa tuvo encuentro con la cuadrilla de dicho bandolero; y que, efectivamente el mismo día de su captura, el procesado le hizo confesión extrajudicial al Alcalde de Balboa de lo que le había acontecido con el bandolero expresado", prueba ésta que tampoco —afirma— fue tenida en cuenta en la sentencia.

Asevera igualmente que el elemento moral del delito que se le atribuye a su mandante "se dedujo por sola presunción".

Más adelante expresa lo siguiente que constituye una síntesis de lo sostenido a lo largo de su exposición sobre los fundamentos de esta causal:

"Las operaciones bancarias ejecutadas por el Director no fueron ilegítimas, pues se ha visto que los dineros los tomó cuando eran de propiedad de los clientes, lo que indica que aquél no quiso perjudicar directamente a la entidad que representaba. Parejamente su intención no fue la de apropiarse de ningún dinero, ya que se responsabilizó ante los clientes, por medio de instrumentos negociables. La Caja tiene acción contra estos clientes, y éstos a su vez la tienen contra el procesado, luego no hay un cese de relaciones jurídicas como efecto de una acción dolosa, a la que sólo tuvieran alcance en virtud de reconocer los daños del delito a que está obligado el delincuente. No obró, pues, el procesado contra un interés ajeno, de propiedad pública, tutelado por la norma aplicada.

"Esto se ha dicho dentro de las tesis de la sentencia, y para demostrar que tuvo abundante acopio de pruebas para excluir de responsabilidad dolosa al procesado.

"Mas ya se ha demostrado que los fondos de la Caja son particulares, que sus funcionarios no son empleados públicos, y que los fondos de cuentas corrientes no se pueden reputar públicos, por un lado; y por el otro, se demostró que mientras la Caja no proceda a cobrar los cheques adjuntos al proceso, no puede saberse si en realidad sufrió o no un perjuicio, y quién fue su causante, con lo cual se tiene la prueba plena de la no existencia del dolo que requiere el delito de peculado".

Se contesta:

Las cuestiones que en tal forma propone el demandante están dilucidadas en la sentencia recurrida sobre la base de todo el material probatorio que en ella se relaciona, se confronta y se valora.

Que de lo que se trata es de una cuestión de orden civil en la que no procedió el procesado con dolo, fue lo que éste inicialmente, al ser indagado, alegó en su defensa. Posteriormente, en ampliación de indagatoria, al confesar explícitamente los hechos, invocó a su favor el estado de necesidad de que habla el demandante.

En ese fallo, se desecha lo primero, comoquiera que de acuerdo con los testimonios de los propios giradores de los cheques canjeados, nada le debían éstos al inculpado, ni tampoco éste tenía ninguna obligación pendiente con ellos, y porque no se trataba de un real sino de un ficticio cambio de valores, efectuado con el exclusivo objeto por parte de Albeiro López de defraudar a la Caja en la suma en que lo fue, y ésto distrayendo parte de los dineros de las remesas, o bien utilizando el sistema conocido como 'juego de cheques", es decir, autorizando que se girara sobre consignaciones hechas con cheques de su propiedad, pero a sabiendas de que no tenía fondos.

Después de ahondar en el análisis de todas esas "negociaciones", cuyo carácter doloso, en relación con el inculpado, es manifiesto para el Tribunal, se agrega en el fallo recurrido lo siguiente:

"¿Cómo entonces, pensar que se trata de un negocio civil, cuando está plenamente demostrado que él como Director de la Caja Agraria de Balboa, se valió de trucos aprovechando su elevada posición, para retirar dineros de la Caja Agraria respaldándolos con cheques sobre su cuenta del Banco Industrial Colombiano de La Virginia? El jamás podía disponer de dineros de la Caja Agraria, así empleara por interpuesta persona, ardides con falsa apariencia de legalidad.

"Fue apenas el medio, el instrumento del cual se valió el Exdirector de la Caja Agraria de Balboa, para apropiarse de dineros a él, confiados. Y se dice a él encomendados, porque como Director lograba autorizar la conocida *'negociación'*, y como tal, él era el responsable de los caudales existentes en la Sucursal por él dirigida y los cuales salían ilícitamente gracias a su investidura".

Ya antes en la misma providencia se había observado que "una cosa es que la Caja Agraria pueda hacer efectivos o no esos cheques y otra muy diferente la actuación de Albeiro López, que como funcionario público de la Caja Agraria y aprovechando su calidad de Director, se apropie de dineros a él entregados y confiados".

En cuanto al estado de necesidad que en su ampliación de indagatoria invocara en su favor el procesado, el *ad quem* se expresa en estos términos:

"A los 39 días de rendida su indagatoria solicitó ampliación de la misma, para decir que los dineros por él obtenidos con las hábiles maniobras conocidas, se los entregó al bandolero *'Venganza'*, para salvar su vida, ya que aquél le solicitó previamente ese dinero, viéndose entonces precisado a recurrir a tal sistema.

"¿Podrá afirmarse que estamos frente a una confesión indivisible? ¿Que esa excusa presentada a los 39 días deba aceptarse?

"Dice el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal que 'la confesión libre y *espontánea* hecha por el procesado ante el Juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito'.

"¿Fue la confesión de Albeiro López expontánea? No. Ella fue el resultado del peso de las pruebas que ya existían en el proceso. De ese círculo probatorio del cual no podía escapar, consistente en la juiciosa visita hecha por el señor visitador Eduardo Velásquez Callejas y cuya conclusión fue rendida en amplio y completo informe, visto a folio 44; en los pormenorizados testimonios de Norberto Aristizábal, Rubén Ramírez, Jesús A. Vásquez y John Echeverry. Fue entonces esa tardía confesión, provocada por los elementos de prueba acercados al proceso, los cuales con claridad, hablaban de su conducta dolosa y en perfecta armonía con los hechos que el denunciante le imputaba.

"No vale la excusa de que no dijo la verdad en su primera indagatoria por no tenerle confianza a su apoderado, porque no es lógico ni creíble que se deje enredar en un negocio penal, que su patrimonio moral se lesione, por hecho tan secundario y sin trascendencia alguna.

"¿Cómo evadir esa responsabilidad surgida a través de pruebas irrebatibles, como los testimonios conocidos y el acta de visita hecha por el visitador de Administración de la Caja Agraria, del cual es de presumir, ya que ningún motivo tenía para descargar en el Director una responsabilidad inexistente, que dado su oficio, con profundidad conociera los complicados sistemas bancarios, y así llegara a la conclusión de que existía un alcance de $ 22.250 en la Sucursal de la Caja Agraria de Balboa? La respuesta es sencilla: presentar una excusa que lograra legitimar, así fuera equivocadamente, los cargos formulados en su contra.

"Ya tenemos un elemento que se encarga de afectar el contenido de la confesión, para que ella no pueda aceptarse en su integridad, cual es, el de que la confesión del procesado no ha sido espontánea, tal como lo demanda el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, sino que ella ha sido provocada; el resultado de la fuerza incriminatoria desprendida de las pruebas obrantes en el proceso y con la esperanza de mejorar su suerte, que, como lo dice Gorphe, no muestra demasiada convicción.

"'A lo anterior agregamos que para permanecer intacta la confesión calificada, las modificaciones y excusas deben ser verosímiles y deben tener relación con el hecho confesado', continuando en el análisis minucioso de esa confesión para concluir que ella 'se halla reñida con la realidad procesal, en donde el acta de visita y demás pruebas pertinentes hablan sobre 'negociaciones' verificadas en fechas totalmente alejadas de aquella situación anormal que pretendió hacer creer el reo".

No olvidó tampoco el *ad quem* la prueba que según el demandante demuestra que no hubo en la Caja faltante alguno. A ella alude en los siguientes términos:

"Quiere la Sala así sea ligeramente, referirse a la diligencia de inspección ocular verificada a la Caja Agraria de Balboa y vista a folio 78 vuelto del expediente. Se deduce de dicha diligencia que los mismos peritos están reconociendo y aceptando el faltante, cuando afirman contradictoriamente que contablemente no hay faltante pero '*que ese faltante* está representado por unos cheques' ".

Además, que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero no es un establecimiento público, que su patrimonio no tiene este carácter, como tampoco sus empleados, es una apreciación que no concuerda con la doctrina de esta Corte sobre lo que son esos entes morales y según la cual dicha Caja debe catalogársele como una persona jurídica de esa índole.

Por otro lado, tal calificación en nada influiría en la denominación que se le ha dado al ilícito, comoquiera que es un hecho cierto de acuerdo con la ley que la creó (57 de 1951) que en ella tiene parte el Estado, y el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, que modificó el 151 del Código Penal referente al peculado propio, dice que este delito lo puede cometer no sólo el empleado o funcionario público sino "el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado".

Según esto, en la sentencia recurrida no se dejó de apreciar ninguna prueba y en cuanto a la interpretación que de los hechos, en conformidad con las mismas, hizo el Tribunal, para estimar como plenamente establecido por todos sus aspectos aquél ilícito, no se puede decir que erró en su apreciación.

Además, la Corte constantemente ha sostenido que su función en casos de estimación de la prueba, se limita a aquéllos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de las pruebas que parte de los Tribunales.

No puede, por consiguiente, prosperar tampoco esta causal.

Estudio de la tercera, esto es, de la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Ya el demandante había invocado como primera esta causal. Ahora la repite fundándola en el mismo hecho que adujo al alegarla inicialmente, o sea que en este caso se dividió la continencia del negocio; que por tal motivo se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción y en una consecuencial violación del artículo 26 de la Carta, amén de otras disposiciones que señala.

Se responde:

Esta causal ya fue estudiada y la Sala se remite a lo expuesto sobre su improcedencia.

Lo mismo cabe decir respecto de la que se alega como cuarta, ya que se trata de la misma primera que se invocó como segunda.

Empero, no sobra observar que el demandante al proponer de nuevo esta causal, se refiere otra vez a los errores en que según él incurrió el *ad quem* en la apreciación de los hechos que señala y que ya los había aducido al invocar la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, todo esto en contraposición con lo que la Corte ha venido sosteniendo en los siguientes términos:

"En función de la causal primera alegada como principal, una sentencia es casable cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio que convertiría a la Sala de Casación Penal en Tribunal de tercera instancia".

Finalmente, el "nuevo cargo para la causal tercera alegada con base en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal", por "no haberse practicado en segunda instancia los careos pedidos por la defensa, prueba ésta esencial a los intereses del procesado", constituye un simple enunciado del demandante, y sabido es también que no basta aducir en términos generales o abstractos un cargo como éste, sino que es menester citar la disposición que prescribe el trámite omitido, ya como requisito formal o sustancial de la actuación.

Además, ya la causal cuarta fue estudiada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, *no invalida* la sentencia a que se contrae esta providencia, proferida por el Tribunal Superior de Pereira del 28 de mayo de 1963.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO (ASESINATO). — LAS NULIDADES Y EL DERECHO DE DEFENSA

Agravante contenida en el artículo 363 del Código Penal, ordinal 5º, sometida por el juzgador a la decisión del Jurado. — No hay lugar a estimar que el fallo excedió los ordenamientos legales en cuanto a la individualización de la pena. — Armonía entre el auto de proceder y la cuestión sometida al Jurado y entre el veredicto y la sentencia. — Causales 4ª, 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, noviembre 24 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS

La sentencia proferida en esta causa el 12 de diciembre de 1963, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la cual condenó a Alvaro Gallego Gallego, como responsable del delito de homicidio (asesinato), a la pena principal de diez y seis (16) años de presidio, aparte de las correspondientes accesorias, fue recurrida en casación por el procesado, recurso que la Sala procede a resolver de fondo, surtidos como están los trámites legales.

ANTECEDENTES

1º Originaron este proceso los hechos que el Juzgado del conocimeinto resume así en la providencia de folios 263 y siguientes del cuaderno principal:

"La presente investigación se refiere a los hechos acaecidos en la tarde del 14 de mayo del año en curso (1961), en la vereda de 'Paramillo', de la Inspección de Policía de Pavas, del Municipio de Fresno, en los cuales recibió muerte violenta, por disparos de arma de fuego y heridas de arma cortante y pesada, el señor Luis Eduardo Arcila López. Cabe observar, ante todo, que veintitrés días antes, vale decir el 21 de abril último, el occiso Arcila López ya había manifestado sus fundados temores de que se le pretendía eliminar, por lo cual formuló la respectiva denuncia (F. 2). En ésta expresó el citado Arcila que los sujetos Lázaro López, José, Darío y Alvaro Gallego, hermanos entre sí los tres últimos, lo tenían amenazado con quitarle la vida; que el primero lo persiguió con peinilla en mano, lanzándole amenzas de muerte, y luego los otros, los Gallegos, le expresaron categóricamente que tenía que irse de esos lugares, porque 'si Lázaro no me tostaba ellos sí eran capaces de hacerlo', y así buscaban que les desocupara y 'les deje lo poco que tengo a ellos' ".

2º El proceso, que venía siendo rituado conforme al Decreto número 0012 de 1959, recibió fallo de primera instancia el 15 de noviembre de 1961 (Fls. 156 a 163), de carácter condenatorio, pero el Tribunal, por auto de 16 de agosto de 1962, previas las consideraciones sobre la no vigencia en ese momento del Decreto 0012, revocó la sentencia del inferior y ordenó "devolver el juicio al Juez del conocimiento para que sujetándose a las prescripciones del Código de Procedimiento Penal, califique su mérito".

3º En acatamiento al mandato anterior, el Juzgado profirió el 3 de octubre de 1962 el llamamiento a juicio de Gallego Gallego, con intervención del Jurado, por el delito de homicidio, y sobreseyó definitivamente en favor de los demás sindicados, excepción de Alonso Obando Arbeláez, menor de 18 años, quien fue puesto a disposición del Juez competente.

4º Celebrada la vista pública de la causa, el Jurado contestó afirmativamente la cuestión sometida a su veredicto, en estos términos:

"El acusado, *Alvaro Gallego Gallego,* es responsable de haber causado la muerte, con el propósito de matar, en asocio de otra persona a *Luis Eduardo Arcila López,* mediante lesiones

producidas con arma cortante y de peso localizadas en el cuello que le determinaron la decapitación parcial, y de fuego que se localizó a la altura del tórax, todas de naturaleza mortal, conforme a hechos sucedidos en la tarde del catorce (14) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1961), en la fracción de 'Paramillo', Municipio de Fresno, dentro de la comprensión de este Distrito Judicial y aprovechándose el acusado de las condiciones de inferioridad e indefensión en que se encontraba la víctima''. (Fls. 260).

5º Acorde con la decisión del Jurado, la instancia pronunció el fallo condenatorio, enmarcando la responsabilidad del Agente dentro del artículo 363 del Código Penal. El *ad quem* confirmó la resolución, mediante la sentencia que la Corte examina a virtud del recurso extraordinario.

DEMANDA DE CASACION

El apoderado constituido para sustentar, conforme a derecho, el recurso de casación, formuló la correspondiente demanda, contenida en el escrito que obra de folios 8 a 19 del cuaderno de la Corte.

Se intenta la acusación contra la sentencia del Tribunal a través de las causales 4ª, 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en su orden y descomponiendo la impugnación en varios cargos, a saber:

Primero. Está referido a la causal 4ª y pretende apoyarse en el artículo 26 de la Constitución, ''por cuanto en este proceso no se observaron en su plenitud las formas propias de cada juicio''.

Se origina el cargo en que por haberse cometido el delito aquí investigado el 14 de mayo de 1961, el trámite estaba gobernado por el Decreto 0012 de 1959. Que, de acuerdo con esas normas, al dictar el Tribunal la providencia de 16 de agosto ''ya existía una sentencia de primer grado y ella no podía ser anulada porque como lo ha sostenido la doctrina los fallos dictados en virtud de la legislación de emergencia y durante el imperio de ella tienen plena validez, porque de lo contrario restauraría la inseguridad y la interinidad de todas las decisiones durante un estado de emergencia''.

Concluye el demandante: ''En consecuencia el honorable Tribunal de Ibagué violó la ley procedimental al ordenar en la providencia citada imprimirle a este proceso un trámite que no le correspondía''.

Segundo. ''La sentencia se produjo en un juicio de nulidad (sic) por violación del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal y consecuencialmente del artículo 26 de la Constitución Nacional''.

El cargo se concreta, para simplificarlo y por ser improcedente recoger las críticas del demandante al recaudo probatorio, a que su representado fue residenciado en juicio sin existir en el proceso la prueba de responsabilidad exigida por el citado artículo 429.

Tercero. Es el último motivo de acusación con base en la causal 4ª y hace relación al artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 y al texto de la Carta antes invocado.

La nulidad, según la demanda, proviene de que al Jurado se le interrogó sobre el aprovechamiento por parte del sindicado ''de las condiciones de inferioridad o indefensión en que se encontraba la víctima'', cuando en el auto de proceder ''sólo se hace una referencia tangencial a la agravación del homicidio'', que no presupone el haber deducido una circunstancia específicamente constitutiva del homicidio-asesinato.

Cita el impugnador algunos apartes de los fallos de primera y segunda instancia para, finalmente, sentar estas conclusiones:

''Para el señor Juez, el homicidio es agravado porque según él, sindicado (sic) luego de mostrarse como amigo de la víctima, la atacó sorpresivamente, tomándola completamente desprevenida e indefensa. 'Sin embargo esta afirmación carece de respaldo procesal alguno, o por lo menos no se respalda debidamente en el auto de enjuiciamiento'.

''Las razones transcritas además de aumentar las argumentaciones para que prospere el motivo de invalidación propuesto anteriormente, nos indican que no está consignado en el auto de proceder en forma clara y precisa el agravante que eleve el homicidio a la categoría de asesinato, y en consecuencia al incorporarse en la pregunta al Juri la circunstancia de si el hecho se había cometido aprovechándose Gallego de las circunstancias de inferioridad e indefensión de la víctima, se violó el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 y por ende el artículo 26 de la Constitución Nacional, la Corte ha dicho que 'en los juicios con intervención del Jurado, el desfigurar u omitir en el cuestionario los hechos y las circunstancias constitutivas de que trata el expresado artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, daña gravemente la estructura procesal y le presta, por ende, asidero clarísimo a la causal 4ª del artículo 567'. (Casación, febrero 28 de 1958. LXXXVII, Nº 283). En el presente caso es claro que se incorporó en el cuestionario a los Jurados una circunstancia modificadora del delito que no se encontraba debidamente acreditada

en el auto de proceder en efecto en la parte motiva del mismo sólo se hace referencia tangencial a dicha circunstancia, sin que siquiera se haya intentado demostrarla. La sóla transcripción de un aparte de un alegato de conclusión presentado por el Agente del Ministerio Público en otra oportunidad procesal, invalidada por el Tribunal y no en el concepto de fondo, no es suficiente para decir que el enjuiciamiento se haya determinado la modalidad del asesinato por la cual se interrogó al Juri, máxime si se tiene en cuenta que el juzgador se apartó de la prueba citada por el Fiscal, primera indagatoria de Obando, y sin apoyarse en ninguna probanza y sólo en forma marginal se limitó a afirmar que el homicidio merecía calificarse como agravado en razón de que el sindicado se mostró como amigo de la víctima y luego lo atacó sorpresivamente, tomándola completamente desprevenida e indefensa. En realidad el Juzgador dijo que *'merecía'* calificarse de agravado, pero no lo calificó como tal, mas sin embargo sí interrogó al Jurado como si en verdad en el auto de proceder se hubiese hecho esa calificación''.

Cuarto. Se invoca la causal 1ª ''porque la sentencia es violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma'' y en orden a demostrar esta violación el demandante arguye que al deducirle al procesado la circunstancia de mayor peligrosidad consignada en el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, es decir, atribuyéndole haber obrado en complicidad, previamente concertada, con Obando, esa afirmación no es suficiente para dar por probada dicha circunstancia, ''máxime si por otra parte las pruebas que obran en el expediente no sólo no demuestran la existencia de esa complicidad previamente concertada, sino que la descartan totalmente''.

Acude el acusador a la indagatoria de Obando, de la cual ''se desprende fácilmente que el homicidio se cometió en forma instantánea y si hubo coautoría ésta no fue previamente concertada'', y acude, también, a una sentencia de la Corte, según la cual, ''cuando en el ordinal 9º se habla de complicidad previamente concertada se está especificando el acuerdo previo para diferenciarlo del acuerdo instantáneo de dos delincuentes ocasionales que coincidencialmente perpetran un delito conjuntamente pero sin haberse puesto de acuerdo para ello''.

Quinto. Con invocación de la causal 3ª el demandante formula su último cargo contra el fallo del Tribunal. Para tratar de demostrar que la sentencia está ''en desacuerdo con el veredicto del Jurado y con los cargos formulados en el auto de proceder'', la demanda plantea la misma cuestión que ya había aducido como vicio de nulidad.

Su argumentación principal la concreta en este párrafo:

''Al Jurado se le preguntó si la víctima se encontraba en circunstancias de inferioridad e indefensión y si Gallego se aprovechó de tales circunstancias, pero no se le dijo nada al Juri sobre cuáles eran esas circunstancias, o sobre si el acusado se había mostrado amigo de la víctima para después atacarla sorpresivamente, hecho en el cual se fundamenta la sentencia para aplicar la pena correspondiente al asesinato. En consecuencia sobre lo que se pronunció el Jurado al afirmar las circunstancias de indefensión e inferioridad de la víctima por las cuales se le preguntó, fue sobre una circunstancia de mayor peligrosidad, mas no sobre el elemento específico constitutivo de asesinato contemplado en el ordinal 5º del mencionado artículo 363. Por lo brevemente expuesto se puede concluir que en realidad la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado y con los cargos formulados en el auto de proceder, por lo cual también se violó la ley por indebida aplicación ya que la norma aplicable era la del artículo 362 del Código Penal que establece una pena de 8 a 14 años y no la del artículo 363''.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima en su respuesta a la demanda que ésta no puede prosperar, por no estar demostrados los cargos elevados contra la sentencia, conclusión a la cual llega el Ministerio Público después de un examen detenido de los distintos planteamientos del acusador a través de las causales *cuarta, primera* y *tercera* de casación.

Como la Sala comparte los puntos de vista de su colaborador, en las consideraciones que hará a continuación para desechar el recurso, concretamente se referirá a ellos, en lo pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª Inane, por decir lo menos, resulta el cargo inicial de nulidad, respaldado en el artículo 26 de la Carta y relacionado con el ordenamiento del Tribunal de imprimir al juicio el trámite ordinario, por haber dejado de regir, para entonces, el Decreto 0012, bajo cuya vigencia se inició este proceso.

Lo ha dicho constantemente la Corte, en casación penal, que las nulidades constitucionales, que tienen su fundamento en el artículo 26 han

merecido su elaboración y reconocimiento por la doctrina, principalmente para mantener incólume el derecho de defensa, muchas veces y por distintos medios vulnerado en el juicio, sin que el correctivo de la nulidad aparezca expresamente consignado en la ley de procedimiento.

En el caso juzgado es impertinente pretender que se conculcó o afectó el derecho de defensa del acusado, cuando después de la sentencia condenatoria de primera instancia, dictada de acuerdo al procedimiento especial del Decreto número 0012, estatuto restrictivo y odioso, el ad quem *anuló la actuación a efecto de sujetar el juicio a las formas ordinarias, con la respetable garantía de la intervención del Jurado.*

Precisamente la Corte declaró en parte inexequible el aludido Decreto, y esta Sala ocurrió en muchos fallos a la excepción de inconstitucionalidad autorizada por el artículo 215 de la Carta, en razón del desconocimiento del derecho de defensa, como atinadamente lo observa la Procuraduría Delegada.

2ª La acusación, también por nulidad, consistente en que el sentenciador violó el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, es del todo inadmisible. Mal puede tratarse de promover en casación, a través de la causal 4ª, un debate sobre el mérito de las pruebas tenidas en cuenta por las instancias para dictar el auto de proceder, debate que tendría alguna razón de ser sólo con invocación de la causal 2ª, no admisible en juicios con intervención del Jurado, porque para éstos la base de la sentencia es, sustancialmente, el veredicto.

3ª El último motivo de nulidad a que se refiere el libelo lo hace consistir el demandante en el hecho de haber sometido el juzgador a la decisión del Jurado las circunstancias de indefensión e inferioridad, conducta que estima por fuera de la autorización legal en razón de que en el auto de proceder la motivación no expresó de manera clara y precisa la concurrencia de los factores que contempla el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal.

Ciertamente el auto de calificación no dice que el homicidio lo hubiera perpetrado el Agente recurriendo a la insidia, *la* asechanza *o la* alevosía, *medios clásicos en la agravación del homicidio, pero por no haberlo expresado, la providencia calificadora no deja de contener el cargo de asesinato, ya que en términos suficientemente explicativos se dice en el enjuiciamiento que obró el acusado aprovechándose de condiciones de indefensión e inferioridad, derivadas éstas, como es obvio, del* modus operandi *de los ejecutores del delito.*

Además, como lo expresa la Procuraduría, está "probada suficientemente la agravante contenida en el artículo 363 ordinal 5º. El legislador lo que ha hecho en esta disposición es ejemplificar algunas de las circunstancias que pueden agravar el homicidio. El que fuesen dos los atacantes, con diferente arma, habiéndole hecho creer anteriormente al interfecto, que los ligaba un sentimiento de amistad, como que con antelación al delito, los homicidas se encontraron con su víctima, ingirieron algunas bebidas, y aún uno de éstos para que no cupiera duda acerca del sentimiento que los unía, manifestó, que pagaría el valor de lo consumido, indudablemente fueron circunstancias que se aprovecharon para lograr absoluta desprevención en la víctima, frente a sus atacantes.

"Respecto a la claridad con que en el auto de vocación a juicio se encuentra estructurada la agravante, esta Procuraduría considera suficientemente respaldada la consideración hecha en el acápite de tal proveído".

4ª La causal 1ª, que se aduce para sostener que el sentenciador aplicó indebidamente la ley sustantiva, al deducirle al acusado la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, no está respaldada en un planteamiento jurídico valedero porque el impugnador, graciosamente, supone que Gallego Gallego, si actuó en complicidad con Obando, ese concurso fue instantáneo, sin que pueda hablarse de previo concierto entre los homicidas. Cosa muy distinta es la que el proceso establece respecto a la forma y modo de consumación del delito.

De esta manera, no hay lugar a estimar que el fallo excedió los ordenamientos legales que tocan con la individualización de la pena, es decir, los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Penal.

5ª La causal 3ª, última aducida por el impugnador, sólo presenta el cargo ya formulado, con fundamento en la causal 4ª. Esto quiere decir que si se tiene como bien deducida en el auto de proceder la calificación de asesinato, la cuestión planteada a los señores miembros del Jurado, igualmente fue correcta, en su contenido y en sus términos, como lógica y consecuente, de la misma manera, la respuesta de los Jueces de Hecho.

No hay, por tanto, falta de armonía entre el auto de proceder y la cuestión sometida al Jurado; ni hay desarmonía, tampoco, entre el veredicto y la sentencia.

6ª Todo lo considerado lleva a concluir que la casación no prospera y que debe desecharse

el recurso, conforme a lo ordenado por el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación a que se ha hecho mérito, y, *ordena* devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LESIONES PERSONALES

Equivocada impugnación del recurrente al atribuir una nulidad que la ley no consagra, dentro de las causales que al efecto señala el artículo 198 del Código Penal. — Competencia por la naturaleza del hecho. — En tratándose de un sólo delito, cualquiera que sea el número de participantes o autores, debe formarse un solo proceso. — Alcance y procedencia de la causal 2ª. — La riña imprevista como situación específica de atenuación. — Invocación de las causales 4ª, 2ª y 1ª de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, noviembre 24 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS

Contra la sentencia de 23 de septiembre de 1961, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja condenó a Espíritu Cubides Avila, como responsable del delito de lesiones personales, a la pena principal de treinta (30) meses de presidio y correspondientes accesorias, interpuso recurso extraordinario de casación el señor Fiscal de dicho Tribunal.

Del mérito del recurso, surtidos los trámites legales, procede la Corte a decidir.

HECHOS

Los que estima probados, el recurrente los relata en estos términos:

"Hacia las 4 de la tarde, el 20 de diciembre de 1959, en el caserío de Sabanalarga, jurisdicción de San Luis de Gaceno, estaba Hildebrando Bohórquez Mendoza en su casa. Allí llegó Angel María Amaya y vio un zurrón (empaque de cuero para miel) que era de su propiedad; pidió a Bohórquez que se lo entregara, a lo cual éste manifestó que no lo haría porque ignoraba quien lo hubiera dejado allí. Se lo quitó a Amaya de las manos y lo lanzó nuevamente al zarzo. Amaya continuó discutiendo con Bohórquez y lo injurió.

"Siguió la discusión frente a la casa de Pablo Malaver. Luego entraron a la tienda de Dositeo Galindo en donde Amaya le ofreció una cerveza a Bohórquez, que éste se negó a aceptar; pidió, en cambio, una por su cuenta. Dentro del cambio de palabras, Bohórquez le lanzó un puñetazo a Amaya, cosa que vio Espíritu Cubides, amigo de Amaya. Este, tal vez con un cuchillo, *hirió a Bohórquez en el antebrazo derecho.* Entonces Cubides manifestó a Bohórquez que no permitía que a su compañero le pegara. A ello respondió Bohórquez, diciéndole que no fuera 'lambón'. Bohórquez tenía un palo en la mano; Cubides tenía otro; Amaya, una peinilla. Así surgió un encuentro material: Bohórquez de un lado, y Cubides y Amaya del otro. Como respuesta a una injuria, Bohórquez le lanzó un garrotazo a Amaya y dos a Cubides. Amaya le facilitó el machete a Cubides, con el cual éste atacó a Bohórquez, a la vez que recibía palazos del último nombrado. En un momento dado, Bohórquez logró coger la peinilla que usaba Cubides, con la mano izquierda; *Cubides se la tiró fuertemente,* por lo cual se cortó Bohórquez la cara palmar de la mano izquierda. Cubides logró darle varios machetazos a Bohórquez por distintas partes del cuerpo, especialmente en las extremidades superiores y *en la cabeza,* y recibió de éste golpes con la vara".

DEMANDA DE CASACION

El señor Fiscal impugna la sentencia del Tribunal con apoyo en las causales 4ª, 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, haciendo especial énfasis en los motivos de nulidad, advirtiendo que si la Corte "no halla

fundada tal alegación, que establezca cómo la sentencia impugnada ha pecado por rigorismo contra el sindicado, al no reconocerle una circunstancia atenuante que está probada en autos".

El desarrollo de los cargos aparece en la demanda en esta forma:

1º El juicio sobre el cual recayó la sentencia está viciado de nulidad. Ello porque el investigador no cumplió los artículos 365 y 433 del Código de Procedimiento Penal, omisión de la cual no se percató el juzgador. Entiende el recurrente que la anomalía incide en el fondo de la causa y que *"no se puede juzgar a Espíritu Cubides adecuadamente"*, sin haber determinado la conducta de Angel María Amaya, posible partícipe del reato.

La conclusión del recurrente es como sigue:

"En este proceso, ya se ha demostrado, no se ha obrado de *conformidad* con las leyes procedimentales. Por el contrario: se ha obrado con desconocimiento y en oposición a ellas. Y no en materia leve o formalista. En materia grave y de fondo. No es mera irregularidad. Es simplemente, que no se ha hecho comparecer a uno de los sindicados y no se le ha emplazado, lo cual *influye*, no sabemos cómo, en la verdad procesal, lo que en últimas mina la certidumbre necesaria para aplicar una pena a Cubides".

2º El cargo que se aduce con base en la causal segunda y, como consecuencia, en la primera, se hace consistir en que el sentenciador no le reconoció a Cubides haber sido víctima de una agresión por parte de Bohórquez, solo por no figurar en el informativo reconocimiento médico que acredite las consecuencias del ataque de que da cuenta el sindicado en su injurada a folios 65, donde se lee:

"...Hildebrando Bohórquez, con un palo que traía levantado y se me dirigió a mí tirándome inmediatamente el primer leñazo, el cual me logró en una paleta; yo bregué a juirle (sic) y corrí hacia adelantico, pero Hildebrando Bohórquez seguía tirándome palo por las espaldas, hasta que pudo lograrme un garrotazo por la cabeza; este garrotazo me atontó bastante que casi me caigo... siguiéndome dándome palo como trillando alverja...".

El recurrente estima que las afirmaciones del sindicado son atendibles y que encuentran respaldo en la prueba testimonial, particularmente en la declaración de Ramón Hernández Ruiz.

De esa interpretación de los hechos, sostiene el señor Fiscal, se desprende que las lesiones se sucedieron en una riña imprevista, evento que si no reconoció el sentenciador fue porque atribuyó a algunos elementos probatorios un valor que no tenían y porque negó a otros el que sí tenían.

En torno a la prueba testimonial el demandante hace diversas críticas y digresiones, que bien servirían para informar un alegato de instancia, pero que son impropias de una demanda de casación.

3º La causal primera se invoca como subsidiaria o mejor, como consecuente de la segunda, a efecto de afirmar que se violaron los artículos 374 y 384 del Código Penal.

El escrito del señor Fiscal destinado a sustentar el recurso no recibió, por parte del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, ampliación alguna, ya que este funcionario se atuvo a la facultad consagrada en el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954.

CONSIDERA LA CORTE

1º La nulidad que atribuye el recurrente a este juicio no está consagrada en la ley, dentro de las causales que al efecto señala el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

Tampoco constituye nulidad de tipo supralegal, ya que el hecho de no haber comparecido otro presunto sindicado, y omitirse, como es obvio, la calificación de su conducta en este proceso, en nada afectó el derecho de defensa de *Espíritu Cubides Avila* el procedimiento seguido por las instancias.

Es claro que *el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal ordena formar un solo proceso "cualquiera sea el número de autores o partícipes", tratándose de un solo delito, o en caso de conexidad de infracciones penales; pero si por cualquier circunstancia ese precepto no se cumple, nada impide iniciar otra acción penal para suplir la falla cometida por el instructor o por el Juez. Además, dicha irregularidad no impide la evaluación o estimación de la conducta del procesado contra quien aisladamente se adelante el proceso criminal.*

2º Las causales 2ª y 1ª, a través de las cuales se ataca el fallo por error estimativo de la prueba y consecuente errónea aplicación de la ley penal sustantiva, no aparecen demostradas por el acusador, quien se limita, como antes lo expresó la Sala, a una crítica muy personal y subjetiva del caudal probatorio, tratando de demeritar el juicio valorativo del ad quem.

3º Constante ha sido la doctrina de la Corte en cuanto al alcance y procedencia de la causal segunda de casación en el sentido de que para

que prospere, el impugnador debe demostrar de modo evidente el error del fallador al apreciar las pruebas que sirven de fundamento a su decisión, pues la sola discrepancia interpretativa en relación con los elementos probatorios o en cuanto a la manera personal de apreciarlos, no da lugar a invalidar el fallo impugnado.

4º Si el Tribunal no reconoció en el caso sub judice la riña imprevista que el impugnador dice acreditan los autos, lo hizo, precisamente, atendiendo a los varios testimonios que dejan entender que para el procesado no hubo esa situación específica de atenuación.

5º Como la causal primera es consecuencia de la segunda, lógicamente tampoco puede prosperar.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y *ordena* devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

PECULADO. — DELITO CONTINUADO

Ordinales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. — Cargo por error en la denominación jurídica de la infracción. — La Federación Nacional de Cafeteros es empresa en la que tiene parte el Estado. — Delito continuado y cuantía del ilícito. — No procede reformatio in pejus en tratándose de recurso de casación interpuesto por el procesado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, 26 de noviembre de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el procesado Juan Manuel Murcia Gómez, contra la sentencia del 18 de enero del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva lo condenó, como responsable del delito de peculado, a la pena de "cuatro (4) años de presidio" y accesorias consiguientes:

HECHOS Y ACTUACION

El aludido Murcia Gómez aparece acusado de haberse apropiado, como "Jefe de la Comisión de Higiene número 3 del Comité Departamental de Cafeteros del Huila, Zona de Neiva", durante el tiempo comprendido entre el 16 de enero de 1961 y el 31 de agosto de 1962, de $ 8.447.09, correspondientes a dineros que el predicho Comité había puesto a su cuidado para la atención de algunas obras que adelantaba en varios municipios de aquél Departamento.

Fundado en estos hechos, estimados como constitutivos del delito de peculado, el Juzgado Superior de Neiva, conforme a proveído del 7 de marzo del año pasado, llamó a juicio al citado Murcia Gómez, determinación que el Tribunal de la misma ciudad confirmó, sin modificación alguna, en sus autos del 25 de junio y 24 de julio del citado año.

Surtidos los trámites del juicio, el Juzgado, mediante sentencia del 31 de agosto, condenó a Murcia Gómez, en razón del delito imputado, a la pena de "cuatro (4) años de presidio" y accesorias del caso, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 18 de enero de este año.

LA DEMANDA

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca, por conducto de su apoderado, las causales de casación previstas en los ordinales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Con apoyo en la causal 4ª sostiene que la sentencia acusada se profirió en un juicio que, según lo indicado en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, se encuentra "viciado de nulidad", lo que de suyo es evidente, puesto que al dársele a los hechos el carácter de peculado y no el de abuso de confianza, como era lo debido, se incurrió "en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", tesis que ensaya luego demostrar en la forma siguiente:

1º El hecho de que un empleado de la Federación Nacional de Cafeteros se apropie de dineros que esa entidad haya colocado a su cuidado no configura el delito de peculado sino el de abuso de confianza, en fuerza de que ese organismo, como lo precisó el Tribunal Superior de Neiva en providencia suya del 21 de enero de 1959, transcrita dentro de la demanda en su mayor parte, "es de derecho privado", carácter que no se modifica en sus relaciones con el Gobierno Nacional, de tipo contractual, ni porque se haya autorizado, "previa la expedición de la Ley 76 de 1927", el "cobro de la suma de $ 0.10 por cada saco de 60 kilogramos de café que se exportase", cobro considerado, "no como impues-

to en realidad, sino como un gravamen recaudable por voluntad de la Federación de Cafeteros", destinado a un fondo disponible para la protección y fomento de la industria, fondo en el que "no tiene parte el Estado", el cual, en cambio debe incluir, dentro del Presupuesto Nacional "la partida necesaria" para cubrir a la Federación lo que se "haya recaudado por concepto del impuesto a la exportación de café".

2º El Juzgado del conocimiento, en vez de estudiar a fondo la nulidad que se le planteó, en el acto de la audiencia, por "error en la denominación del delito", y proceder a decretarla, resolvió dictar sentencia y de este modo quedó "violado palmariamente el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, que tiene como base el artículo 26 de la Constitución".

En la esfera de la causal 2ª el recurrente sostiene que a virtud de no haberse "tomado en consideración" el hecho, "debidamente comprobado" y modificador, además, de "la responsabilidad del procesado", según el cual las apropiaciones las consumó, conforme a los términos de un delito continuado, en partidas sucesivas, cada una de ellas inferior a $ 3.000, se le condenó sobre la base de que el reato era de cuantía superior a esa cantidad.

Por último, al amparo de la causal 1ª, invocada como consecuencia de la 2ª, el recurrente sostiene que el error relativo a la apreciación de la cuantía del delito y a su carácter específico, fijado a través del proceso como continuado, llevó a la violación, "por errónea interpretación e indebida aplicación", "del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 y de los artículos 151 y 32 del Código Penal".

EL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su respuesta a la demanda de casación, se limita a estudiar la causal 4ª, la que, en su sentir, debe prosperar, en fuerza de que, como lo sostiene el recurrente, al dársele a los hechos el carácter de peculado y no el de abuso de confianza, se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de ellos, error que, desde luego, resalta y es de fácil comprensión si se tiene en cuenta que la Federación Nacional de Cafeteros "es una entidad de derecho privado", cuyas relaciones con el Gobierno Nacional son "de derecho público", circunstancia que, sin embargo, no proporciona a sus empleados la investidura de funcionarios públicos, factor que es indispensable para la configuración del expresado delito contra la Administración Pública.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

a) La Federación Nacional de Cafeteros se constituyó, "como entidad sindical" y, por ende, de derecho privado, mediante el Acuerdo número 2, expedido por el Congreso Nacional de Cafeteros reunido en Medellín en julio de 1927.

b) La predicha entidad, sin perder su índole privada, atiende, en virtud de leyes y contratos entre ella y el Gobierno Nacional, el servicio público, relativo a la defensa de la industria cafetera.

c) La Ley 76 de 1927 creó el impuesto sobre la exportación del café, impuesto cuyo producto se entrega a la Federación, con el fin de capacitarla para la debida atención del servicio público, relativo a la defensa de la industria cafetera, del cual venía a encargarse al suscribir el contrato con el Gobierno Nacional, previsto en ese mismo estatuto como condición previa para que "el Poder Ejecutivo pueda hacer efectivo este impuesto", contrato que se celebró en octubre de 1928 y que se ha prorrogado a través de otros varios, incluyendo cláusulas como la 7ª del de fecha 4 de marzo de 1938, que consagra expresamente la reversión al Estado de los fondos y bienes que administra la Federación, cláusula que a la letra dice:

"Cuando este contrato termine por cualquier causa, la Federación entregará al Gobierno, previo inventario, sin derecho a pago ni indemnización ninguna, las oficinas y establecimientos creados en cumplimiento de este contrato, lo mismo que los valores acumulados por razón de los impuestos, pero el Gobierno no podrá destinar dichos establecimientos ni valores a objetos distintos del fomento de la industria del café, según lo disponen los artículos cuarto (4º) y quinto (5º) de la Ley setenta y seis (76) de mil novecientos veintisiete (1927)".

d) Este impuesto, cuya implantación obedece al ejercicio de la soberanía que encarna el Estado, lo recauda el Gobierno Nacional y su producto, con la destinación que le es propia, según el mismo estatuto legal que lo creó, debe ser incluido anualmente en la ley de apropiaciones.

e) El Fondo Nacional del Café se integra, como queda demostrado, mediante un impuesto, fenómeno que explica la cláusula de reversión atrás especificada y el hecho de que los bienes administrados por la Federación, vinculados al expresado fondo, sobre la base de que son de la Nación, estén exentos del impuesto de timbre nacional y, en general, de toda clase de gravámenes.

f) *Resulta,* pues, *evidente que la Federación Nacional de Cafeteros es una empresa en la que tiene parte el Estado y entonces, como es comprensible, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, no se incurrió en error alguno al calificar de peculado el delito que consumó el procesado Murcia Gómez, lo que quiere decir que la causal 4ª no puede prosperar a través de ninguno de los dos cargos que a su amparo se formulan al fallo impugnado.*

La "infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio", de acuerdo con la ficción que establece el artículo 32 del Código Penal, configura un solo delito, el cual no puede desintegrarse, sin prescindir de aquella ficción y del propio texto legal que la consagra, con el fin de determinar el fenómeno cuantía en consideración, no a la cantidad a que ascendió la apropiación, que en el caso de autos fue de $ 8.447.09, sino al monto de cada una de las partidas que, en sucesión de actos, fue tomando el incriminado hasta llegar a la suma implicativa del desfalco.

En estas condiciones, como es obvio, tampoco puede prosperar la causal 2ª con fundamento en el cargo que a su amparo se hace al fallo acusado.

La causal 1ª, no prosperando la 2ª, tampoco puede tener éxito, y apenas debe advertirse que como no procede reformatio in pejus, *en tratándose de recurso de casación interpuesto por el procesado, no obstante haberse dejado de aplicar el artículo 32 del Código Penal, lo que habría determinado un aumento de pena, el fallo debe permanecer intangible.*

En mérito 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 de que expresamente se trata en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

NULIDAD POR ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA. DE LOS HECHOS. COMPLICIDAD CORRELATIVA Y COMPLICIDAD ORDINARIA

El yerro cometido en la calificación específica que se lleva a cabo en la parte motiva del auto de proceder no origina el evento de nulidad previsto en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. — Coparticipación criminal y diferencia entre autores y cómplices. — Cuando las pruebas señalan el grado de participación material en la infracción punible, no puede hablarse de complicidad correlativa con respecto a los diferentes partícipes en el reato.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, diciembre 2 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados Tirso de Jesús Arboleda Zuluaga y Abel Restrepo Hoyos, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el 1º de octubre de 1963, por la cual les fueron impuestas las penas de veinticuatro (24) y veinte (20) años de presidio, respectivamente, más las sanciones accesorias del caso, como responsables de los delitos de homicidio, lesiones personales y robo.

Conoció en primera instancia el Juzgado 5º Superior de la misma ciudad.

HECHOS

El juzgador de primera instancia hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"La 'Empresa Siderúrgica S. A.' tiene sus instalaciones en el Barrio 'Colombia', sector Sur de esta ciudad de Medellín. A eso de las doce y media del día veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, cuatro o cinco nefarios arrimaron a sus puertas en el taxi que piloteaba el chofer Abel Restrepo Hoyos —automóvil marca 'Ford', modelo 1953, de seis puestos, colores marrón y crema, de placas números A-343-00, afiliado a la empresa 'Tax Bastidas'— y mientras el conductor, con uno de los criminales, esperaba en las inmediaciones, los demás penetraron a su interior, simulando, por los overoles que vestían, ser trabajadores de la compañía. En ese momento la mayoría de los operarios se encontraba almorzando, circunstancia que fue aprovechada por los delincuentes para llevar a feliz término la empresa criminal que se habían propuesto. Porque, una vez adentro, uno de ellos, con el ánimo preconcebido de entretener a las personas que por allí desambularan y luego de cubrir la retirada de los otros, trabó conversación con el único trabajador que se encontró, y los demás se dirigieron a la oficina del pagador, a quien sorprendieron encubiertando el dinero para efectuar el pago al día siguiente, que era sábado. Con la lógica más elemental, y teniendo en cuenta que el mismo pagador había sido víctima en el año de 1956 de un atraco semejante aunque sin resultados positivos, es de suponer que al verse sorprendido por tan obscuros criminales echó mano al revólver que tenía sobre el escritorio, negándose, al mismo tiempo, a entregar los dineros que habían sido puestos bajo su cuidado. Ante esta actitud varonil, enérgica y desgraciadamente infructuosa del pagador, los asaltantes desenfundaron sendas armas de fuego y las emprendieron a tiros contra el empleado, quien cayó abatido junto al escritorio por causa de varios impactos que hicieron blanco en distintas regiones de su organismo, para no levantarse más, pues los destrozos que las balas hicieron en su cuerpo fueron tan graves, que el deceso se

produjo en el mismo sitio, casi instantáneamente.

"Los fascinerosos, cometido este vil atentado, se apoderaron del revólver de la víctima y del dinero que estaba encubiertando, y salieron de la oficina con las armas en alto. Al oír las detonaciones, que fueron múltiples, acudió al instante el anciano Francisco Bermúdez Restrepo, obrero de la fábrica, quien se encontraba cerca (en las oficinas de la administración, sacudiendo los escritorios) y a los pocos pasos se encontró con los asaltantes, uno de los cuales le descerrajó un tiro a cortísima distancia, logrando herirlo en el lado derecho del escroto; el lesionado cayó a tierra y aparentó estar muerto, por lo que los criminales continuaron su camino. Entretanto, el que conversaba con el trabajador, esgrimió dos pistolas y haciendo fuego a diestra y siniestra —sin alcanzar a lesionar a nadie— cubrió la retirada de sus compañeros. Fue así como alcanzaron nuevamente la puerta, que es la misma que da entrada al ferrocarril, enfrente de la cual se encontraba el automóvil listo para emprender la huída. Las portezuelas de éste se abrieron inmediatamente y el taxi arrancó a velocidad extraordinaria. Muchos de los obreros y empleados oyeron los disparos y trataron de intervenir, pero la acción fue tan rápida e inesperada que nada pudieron hacer; ni siquiera perseguir a los asaltantes, quienes desde el vehículo en marcha continuaban disparando, y la natural prudencia aconsejaba no arriesgarse en la persecución. Solamente algunos de ellos lograron distinguir el número de las placas".

TRAMITE DEL PROCESO

Clausurada la investigación (auto de 26 de enero de 1960, F. 410 v.) y oído el Ministerio Público, el Juzgado 5º Superior de Medellín, mediante providencia fechada el 10 de noviembre del mismo año (F. 483 a 537), dispuso lo siguiente:

a) Por los trámites del Jurado, llamar a juicio a los recurrentes Tirso de Jesús Arboleda Zuluaga y Abel Restrepo Hoyos, por los delitos de homicidio, lesiones personales y robo.

b) Sobreseer temporalmente en favor de Pedro Antonio Castaño Botero, Jesús Emilio Urrego Arboleda, Luis Norberto Holguín Mejía, Jorge Urrego y Guillermo Antonio Palacio Acevedo, y

c) Sobreseer definitivamente en favor de Libardo Iván Velásquez Escobar, en cuanto a todos los cargos que le fueron hechos, y con respecto a Tirso Arboleda Zuluaga, Abel Restrepo Hoyos, Pedro Antonio Castaño Botero, Jesús Emilio Urrego Arboleda, Luis Norberto Holguín Mejía, Jorge Urrego y Guillermo Antonio Palacio Acevedo, en cuanto al delito de lesiones personales que sufrió el señor Benjamín Tamayo Lopera.

De este auto, cabe transcribir:

"Su conducta...", la de Tirso de Jesús Arboleda Zuluaga..., "está delineada en el artículo 19 del Código Penal, ya que tomó parte principal, necesaria, indispensable en el planeamiento, realización y consumación del evento delictivo. Dígalo, si no, su visita a 'Siderúrgica' ocho días antes del asalto, que seguramente éste no se perpetró por el incidente imprevisto de la desinflada de la llanta (a la que se refieren muchos testigos, como se verá). Dígalo también su conversación previa con el trabajador Israel Vergara, cuando los compañeros ejecutaban el acto material. Y dígalo, finalmente, la exhibición de las dos pistolas cuando oyó los disparos, de las cuales hizo uso repetido para cubrir la retirada de los otros facinerosos. De manera que su presencia en los patios de 'Siderúrgica' permite afirmar que tomó parte indirecta en la ejecución del hecho, a más de que prestó a los autores materiales del homicidio, el robo y las lesiones, un auxilio o cooperación sin los cuales no habrían podido cometerse, fuera de que aparece como el que planeó, ideó y puso en marcha la hazaña criminal. En este grado de responsabilidad —primaria, esencial— debe comparecer ante el Tribunal Popular. Si no fue él quien disparó contra el occiso y el lesionado y se apoderó del dinero y el revólver, sí participó eficazmente en la consumación de esos hechos, pues él respaldaba toda la acción delictuosa de sus compañeros. Cuando se planea una empresa criminal como la que trata el caso sub judice, no todos los que concurren a ella ejecutan idénticas actividades; el trabajo se distribuye, y todos quedan sujetos a la misma norma penal, ya que el grado de responsabilidad es idéntico, así los unos hayan realizado mayores acciones materiales que los otros. Téngase en cuenta, por último, que varios testigos oculares afirman que los delincuentes para desfigurar su identidad verdadera iban vestidos de overoles semejantes a los que usan los trabajadores de la empresa asaltada, y a más de ello portaban sacos de cabuya para aparentar que eran vendedores de hierro viejo. Precisamente, Tirso Arboleda tenía esa indumentaria y se le vio correr con un 'costal' al hombro, el cual abandonó en las inmediaciones de 'Siderúrgica', y que al ser recogido se vio que contenía una pequeña cantidad de chatarra. Factores estos que contribuyen a corroborar lo ya dicho, en el sentido de que este sindicado tomó parte principal

en la realización de todo el evento criminoso, desde su iniciación y planeamiento hasta su culminación".

Y en cuanto al sindicado Abel Restrepo Hoyos, se anota: "La norma penal aplicable a este sindicado es el artículo 19 del Código Penal; es un cómplice necesario, pues prestó a los autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habrían podido cometerse los ilícitos. La conducción del vehículo fue eficaz, indispensable, no sólo para la ida, sino para la fuga y feliz éxito de la empresa criminal. Lo que se dijo en la página 20 de esta providencia sobre complicidad..." (lo transcrito con respecto al procesado Arboleda Zuluaga)... "es aplicable a Restrepo Hoyos".

Sobre la calificación legal de los hechos, se dice: "Es evidente que el homicidio en la persona del señor Gaviria se cometió para preparar, facilitar y consumar el delito de robo. En estas circunstancias, ese delito toma la denominación de asesinato, al tenor del numeral 3º del artículo 363 del Código Penal. Y así se hará constar en el cuestionario que en su oportunidad será sometido a la consideración del Jurado... La misma circunstancia calificadora del homicidio se predica respecto de las lesiones a Bermúdez; a éste lo hirieron para poder consumar el robo. Así se hará constar en los respectivos cuestionarios para el Tribunal Popular (Art. 379 y 363, ordinal 3º, del C. P.). En cuanto al delito contra la propiedad, ha de decirse que se trata de un robo agravado al tenor de los numerales 1º y 4º del artículo 404 del Código Penal, pues se cometió con armas, y la violencia ejercitada sobre las personas las puso en imposibilidad de obrar. Estas circunstancias se someterán, también, a la consideración del Jurado... Así que Tirso Arboleda Zuluaga y Abel Restrepo Hoyos, deben comparecer ante el Tribunal Popular como copartícipes de un homicidio-asesinato, unas lesiones personales calificadas, y un robo agravado. Respecto de este último ilícito, se tendrá en cuenta, oportunamente, el artículo 403 del Código Penal, en armonía con el 399 *ibídem*, por ser la cuantía superior a diez mil pesos ($ 10.000). Por último, ha de decirse que se trata de un concurso real de delitos, y que, por lo tanto, es aplicable el artículo 33 del estatuto punitivo".

El Tribunal Superior de Medellín confirmó el auto de vocación a juicio (providencia de 24 de abril de 1961, Fs. 604 a 624), pero hizo la siguiente advertencia en la parte motiva:

"El homicidio en que aparece como sujeto pasivo el señor Augusto Gaviria Suárez se denomina asesinato porque en su ejecución se procedió mediante el uso de las siguientes circunstancias previstas para tal efecto en el artículo 363 del estatuto penal sustantivo: a), con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; es indiscutible, de acuerdo con la prueba indiciaria traída a los autos, que los procesados hicieron una preparación ponderada del camino delictuoso que debía recorrerse. Los medios de que se valieron para penetrar al establecimiento, llevando costales con chatarra y la visita que con ocho días de anticipación hicieron a la fábrica, indican que su ánimo estaba madurando debidamente la resolución delictuosa. Dentro de esa resolución, por la manera como se comportaron, estaba también resuelto agotar todos los medios de violencia que fueran indispensables para consumar las infracciones. Se obró, pues, con un dolo eventual, aceptando de antemano que si era necesario matar o herir para ver satisfechas sus aspiraciones, así se procedería. Y eso fue lo que ocurrió. Todos ellos estaban provistos de armas idóneas para matar o herir y la vinculación de su conducta hacía indiferente que el uno o el otro fuera el matador o heridor. Por eso Tirso Arboleda y las personas que con él tomaron parte en la ejecución de los hechos, tienen la calidad de coautores de los delitos. También es asesinato el homicidio porque se verificó 'para preparar, facilitar o consumar otro delito', que era el de robo. Y por idénticas razones, las lesiones personales ocasionadas al señor Francisco Bermúdez Restrepo, deben considerarse agravadas, según lo determina el artículo 379 del Código citado. La responsabilidad de Abel Restrepo Hoyos, como bien lo expuso el funcionario de primera instancia, es la de un partícipe necesario. La represión de su conducta se encuentra señalada en la norma del artículo 19 del estatuto penal sustantivo, que reza: 'El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, quedará sometido a la sanción establecida para el delito. Se ha sostenido con todo fundamento que Abel Restrepo Hoyos participó dolosamente en los hechos. Que la coacción física de que dice haber sido víctima es una falacia, porque así lo demuestran las pruebas. Por consiguiente, aún aceptando que los autores principales se excedieron en los delitos, su responsabilidad, por el aspecto doloso, no desaparece, ya que él podía prever los resultados y de antemano les daba su aceptación. Obraba, pues, con dolo eventual".

Agotada la etapa del juicio, los Jueces de hecho respondieron afirmativamente a los siguientes cuestionarios:

a) "¿El acusado Tirso o Tirso de Jesús Arboleda Zuluaga es responsable de haber tomado parte principal y efectiva, con la coautoría de varios sujetos hasta ahora desconocidos y con la cooperación necesaria de Abel Restrepo Hoyos, en las lesiones que, con arma de fuego (revólver o pistola), con propósito de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, y para preparar, facilitar y consumar el delito de robo, se causaron al señor Augusto Gaviria Suárez, por consecuencia de lo cual falleció éste instantes después; hechos que tuvieron su cumplimiento a eso de las doce y media del día veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, en las instalaciones de la 'Empresa Siderúrgica S. A.', Barrio Colombia, en el sector Sur de esta ciudad de Medellín?".

b) "¿El acusado Tirso o Tirso de Jesús Arboleda Zuluaga es responsable de haber tomado parte principal y efectiva, con la coautoría de varios sujetos hasta ahora desconocidos y con la cooperación necesaria de Abel Restrepo Hoyos, en la lesión que, con arma de fuego (revólver o pistola), sin propósito de matar pero con la intención de herir, con premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, y para preparar, facilitar y consumar el delito de robo, se causó al señor Francisco Bermúdez Restrepo, por consecuencia de lo cual sufrió éste una incapacidad de quince días como única consecuencia natural; lo cual tuvo cumplimiento a eso de las doce y media del día veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, en las instalaciones de la 'Empresa Siderúrgica S. A.', Barrio Colombia, en el sector Sur de esta ciudad de Medellín?".

c) "¿El acusado Tirso o Tirso de Jesús Arboleda Zuluaga es responsable de haber tomado parte principal y efectiva, con la coautoría de varios sujetos hasta ahora desconocidos y con la cooperación necesaria de Abel Restrepo Hoyos, en el apoderamiento de la suma de veintiocho mil seiscientos noventa y nueve pesos con sesenta centavos ($ 28.699.60) moneda legal, y de un revólver valorado en la suma de quinientos pesos ($ 500) moneda legal, mediante violencia a las personas, poniendo a éstas en imposibilidad de obrar, y con armas; dinero y objeto de propiedad de la 'Empresa Siderúrgica S. A.'; lo cual tuvo su cumplimiento a eso de las doce y media del día veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, en las instalaciones de la 'Empresa Siderúrgica S. A.', Barrio Colombia, en el sector Sur de esta ciudad de Medellín?".

d) "¿El acusado Abel Restrepo Hoyos es responsable de haber prestado una cooperación necesaria, consciente y voluntaria, en las lesiones que, con arma de fuego (revólver o pistola), con propósito de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, y para preparar, facilitar y consumar el delito de robo, varios sujetos hasta ahora desconocidos, con la participación principal de Tirso Arboleda Zuluaga, le causaron al señor Augusto Gaviria Suárez, por consecuencia de lo cual falleció éste instantes después; hechos que tuvieron su cumplimiento a eso de las doce y media del día veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, en las instalaciones de la 'Empresa Siderúrgica S. A.', Barrio Colombia, sector Sur de esta ciudad de Medellín?".

e) "¿El acusado Abel Restrepo Hoyos es responsable de haber prestado una cooperación necesaria, consciente y voluntaria, en las lesiones que, con arma de fuego (revólver o pistola), sin propósito de matar pero con la intención de herir, con premeditación acompañada de motivos innobles y bajos, y para preparar, facilitar y consumar el delito de robo, varios sujetos hasta ahora desconocidos, con la participación principal de Tirso Arboleda Zuluaga, le causaron al señor Francisco Bermúdez Restrepo, por consecuencia de lo cual sufrió éste una incapacidad de quince días como única consecuencia natural; lo cual tuvo cumplimiento a eso de las doce y media del día veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, en las instalaciones de la 'Empresa Siderúrgica S. A.', Barrio Colombia, de esta ciudad de Medellín?".

f) "¿El acusado Abel Restrepo Hoyos es responsable de haber prestado una cooperación necesaria, consciente y voluntaria, en el apoderamiento de la suma de veintiocho mil seiscientos noventa y nueve pesos con sesenta centavos ($ 28.699.60) moneda legal y de un revólver valorado en la suma de quinientos pesos ($ 500) moneda legal, de propiedad de la 'Empresa Siderúrgica S. A.', que varios sujetos hasta ahora desconocidos, con la participación principal de Tirso Arboleda Zuluaga, consumaron mediante violencia a las personas, poniendo a éstas en imposibilidad de obrar, y con armas; lo cual tuvo su cumplimiento a eso de las doce y media del día veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, en las instalaciones de la 'Empresa Siderúrgica S. A.', Barrio Colombia, sector Sur de esta ciudad de Medellín?".

Atendidos los anteriores veredictos del Jurado, el juzgador de primera instancia, mediante fallo que posteriormente fue confirmado por el *ad quem*, condenó a los recurrentes, como copartícipes en los delitos de homicidio, robo y lesiones

personales, a las penas ya indicadas en otra parte.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor apoderado de Tirso de Jesús Arboleda Zuluaga y de Abel Restrepo Hoyos invoca las causales cuarta, tercera y primera de casación, así:

A

CAUSAL CUARTA

Dice el demandante que "se incurrió por los falladores de instancia en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, según lo previstò en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal...", por lo cual, anota, corresponde "reponer el procedimiento desde el aùto de proceder, inclusive, (literal b) del artículo 570 del C. de P. P.".

En respaldo de la impugnación que formula, expresa lo que pasa a transcribirse:

"La denominación jurídica puede ser genérica y específica: es genérica la denominación que al delito se le da en el respectivo capítulo o en el correspondiente título, cuando este no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa: y es específica la señalada en forma descriptiva en cada artículo del capítulo o del título, salvo contadas excepciones (Art. 431 del C. de P. P., ord. 4º).

"En la parte resolutiva del auto de proceder sólo se debe indicar el género, pues no se debe señalar allí 'la especie' a que pertenezca el delito; pero en la parte motiva del mismo auto sí debe indicarse la denominación específica, la especie, pues allí deben quedar señaladas las circunstancias hasta entonces conocidas, que especifiquen el hecho como delito (*ibídem,* ord. 3º).

"Es necesario que el acusado sepa por qué infracción precisa y determinada se le va a juzgar (Arts. 203, 271, 272, 429, 103 y 198 del C. de P. P.). Así, el artículo 272 del estatuto procesal enseña que los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal serán la base de la comprobación del cuerpo del delito, y el artículo 103 estatuye que el procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, no será sometido a nuevo proceso 'por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta'.

"Cierto que el nombre que se le da al delito es el del género: homicidio, por ejemplo; pero la especie está indicada en el Código en forma descriptiva, señalando sus elementos constitutivos. En el homicidio, hay doce especies: intencional, asesinato, preterintencional, consentido, en riña, en complicidad correlativa, etc. Estas denominaciones, se repite, no están en el Código por lo general, sino que se señalan los elementos que vienen a constituir una figura, un tipo, una especie de cada hecho delictuoso. Y así, si a un sujeto se le llama a juicio diciendo en la parte motiva que cometió un homicidio por piedad, no se le puede condenar por asesinato, salvo que en el término de pruebas del juicio se acredite algo distinto".

Cita el demandante el fallo de 16 de septiembre de 1948 (G. J., T. LXIV, Nos. 2064-2065, pág. 886), en el cual la Sala anota que "toda omisión o irregularidad sobre la demostración del cuerpo del delito conduce por lógica necesaria a la imputación de un hecho que no está plenamente demostrado o a la equivocación de formular un cargo por otro, creando, con esto, motivos de nulidad que el juzgador está en la obligación de declarar".

Agrega, en seguida:

"No es lo mismo el cuerpo del delito de homicidio-asesinato para preparar, facilitar o consumar otro delito, que el cuerpo del delito de homicidio en complicidad correlativa, pues son especies diferentes, con elementos distintos, aunque una pueda modificar la otra, como en efecto la modifica, en su caso. Ambas figuras constituyen homicidio, pero si en la parte motiva del auto de proceder no se ha reconocido la complicidad correlativa demostrada, o la circunstancia de ser delito causalmente conexo con otro, se habrá incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

"Ni es lo mismo el cuerpo del delito de lesiones personales simples, que el cuerpo del delito de lesiones personales agravadas por circunstancias de asesinato, de que habla el artículo 379 del Código Sustantivo.

"Todo ello tiene su base en la garantía constitucional de que al acusado se le condena por una infracción prevista en la ley en forma precisa y determinada (Art. 26 de la C. N.).

"Para terminar esta parte, cabe no olvidar que al Jurado hay que preguntarle, no genéricamente, ni si un sujeto es responsable de un homicidio, por ejemplo, sino sobre 'el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen' (Art. 28 de la Ley 4ª de 1943). Circunstancia que, como ya se dijo, se contempla

en la parte motiva, que no en la resolutiva del auto de proceder".

Dice, luego, el actor, que "la calificación específica del homicidio y las lesiones personales fue errada: a), por la narración de los hechos; b), por los cuestionarios para el Jurado; c), por las pruebas del proceso, y d), por la falsa aplicación de la doctrina sobre dolo eventual, al acusado".

Observa que el artículo 385 del Código Penal, que se ocupa de la complicidad correlativa, no fue reconocida por el *ad quem,* sin embargo de que "demuestran su existencia, como ya se dijo, la narración de los hechos, los cuestionarios para el Jurado y las pruebas del proceso".

Manifiesta que, según la síntesis de lo ocurrido, hecha por el fallador de segunda instancia, los asaltantes eran más de cuatro y que no se habían propuesto dar muerte, ni lesionar a nadie, sino simplemente robar. En consecuencia, anota el demandante, no se puede responder concretamente quien le quitó la vida al señor Gaviria, ni quien hirió al señor Francisco Bermúdez, y, además, "aparece que no fue muerto aquél 'para' consumar el robo y salta a la vista que Bermúdez fue herido, con una leve herida, tampoco 'para' facilitar el delito, sino en la fuga obstaculizada de los asaltantes".

Considera que si en los cuestionarios se habla de "coautoría de varios sujetos hasta ahora desconocidos", es porque no se pudo determinar el verdadero autor y se trata, entonces, de un homicidio y de unas lesiones personales en complicidad correlativa, los cuales son distintos del "simple homicidio y del asesinato y de las lesiones simples".

Estima que las pruebas del auto de proceder, particularmente los testimonios de Israel Vanegas (F. 29), Fabriciano Echeverri (F. 41), Gerardo Salazar (F. 50), Oscar Ovidio Hernández (F. 45) y Guillermo Acevedo, "demuestran el error del Tribunal..." en la calificación jurídica de los hechos, pues "no había personal de la fábrica presente, cuando ocurrió el asalto y Arboleda estuvo hablando con un trabajador y no en la pagaduría, y lo único que hizo fue 'cubrir' la retirada con disparos al aire".

Y en cuanto al supuesto yerro en la aplicación hecha por el *ad quem* de la doctrina del dolo eventual, anota el señor apoderado de los recurrentes:

"El Tribunal cita a Ferri y Alimena en sus conceptos sobre el dolo eventual, para aplicárselo a la conducta de Arboleda Zuluaga. Ferri dice, es cierto, que basta, para admitir el dolo eventual en quien participa con otros en un delito, 'que el resultado más grave haya sido previsible, más o menos fácilmente, por el instigador o por el auxiliador', aún en lo que respecta a la modalidad del acto (*'Principios de Derecho Criminal'*, pág. 527). Y Alimena expresa que el dolo puede denominarse indeterminado 'si se tiene en cuenta una intención que acepta y ratifica todos los eventos posibles' ('Principios de Derecho Penal', V. I., pág. 368). Pero estas doctrinas son simplistas y se prestan a confusiones que llevan a cargar en contra de una persona hechos ilícitos indebida y, por tanto, injustamente. Más prácticamente enfoca la doctrina el profesor Soler, siguiendo a algunos autores, quien considera peligrosas las teorías de la representación y de la voluntad y considera que en las ocurrencias de dolo eventual es preciso atender en forma primordial *a la actitud del Agente:* 'La tendencia voluntarista... se atiene decididamente a la actitud del sujeto en el momento de la acción frente a la posibilidad del evento'; que aún los partidarios de la representación se deciden 'conforme a la actitud del sujeto ante las posibilidades previstas'; que el dolo, en todas sus formas, no es la posibilidad, o probabilidad o necesidad de un resultado, sino la representación de esas relaciones y la actitud del sujeto ante esa representación. 'El *debió representarse,* nunca es suficiente para constituir al sujeto en dolo' (Sebastián Soler, 'Derecho Penal Argentino', T. II, pág. 134 a 135)".

Continúa diciendo que "aquí es oportuno recordar el irrefragable principio del maestro Carrara, cuando expresa que 'el concurso material al delito ajeno, por eficiente que sea, no vuelve nunca partícipe del delito si no hubo intención determinada a coadyuvarlo' ('Programa...', Nº 438)". Y agrega: "En este caso, los llamados asaltantes entraron a la hora en que por fuerza debían suponer que estaban almorzando los trabajadores, como así sucedía, en efecto. Entraron, además, vestidos de overoles, para no provocar la reacción de ninguno de los que en la fábrica se hallaban, en forma subrepticia. Al único que hallaron, le entabló conversación mi poderdante Arbeláez Zuluaga (ateniéndose a no discutir las pruebas sobre su presencia, pues ella no está demostrada). Los presuntos delincuentes no usaron de sus armas, sino cuando se vieron atacados por el señor Gaviria Suárez, con su revólver. Por último, Arbeláez Zuluaga no le disparó a nadie, sino que hizo tiros al aire, ante la persecución de los empleados o trabajadores del establecimiento. Todo ello, se repite, aceptando el veredicto declaratorio de la responsabilidad, tema por demás discutible pues que si se conocieran las pruebas de su

irresponsabilidad —que existen en buena suma— puede hablarse de su contraevidencia. De lo cual surgen varias consecuencias:

"*Primero,* que Arbeláez Zuluaga no pudo prever que sus compañeros dieran muerte a Gaviria ni hirieran a Bermúdez;

"*Segundo,* que el homicidio y las lesiones no fueron cometidos con la mira del robo, con vinculación causalmente conexa, sino como reacción a la oposición violenta y a mano armada que hizo el pagador;

"*Tercero,* que el homicidio y la lesión fueron realizados en complicidad correlativa;

"*Cuarto,* que el homicidio tampoco fue cometido 'para preparar, facilitar o consumar el robo';

"*Quinto,* que la lesión, en consecuencia, tampoco reviste esta característica de asesinato prevista en el artículo 379 del Código Penal.

"Todo lo cual permite concluir que se incurrió por los falladores de instancia, en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, según lo previsto en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, y, pido, en consecuencia, que se reponga el procedimiento desde el auto de proceder, inclusive (literal b) del Art. 570 del C. de P. P.)".

B

CAUSAL TERCERA

Expresa el actor que "existe desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado".

Anota, como apoyo de la causal invocada, lo que sigue:

"De propósito deliberado incluimos en el aparte anterior la narración de los hechos que trae el Tribunal en su confirmación del auto de proceder y las respuestas al veredicto del Jurado, para hacer ver que, aunque quiso obtener una respuesta sobre autoría principal y exclusiva de los dos únicos condenados —cuando se llega a afirmar la existencia hasta de ocho asaltantes— no pudo lograrla.

"El Tribunal principia por indicarle al Jurado cuál es la teoría de la *correitá* de los italianos, aunque no se lleve a término la ejecución material de los delitos de homicidio o lesiones, pero la narración de los hechos, las pruebas que cita y el cuestionario para el Jurado, hicieron que reconociera en el homicidio y las lesiones el fenómeno de la complicidad correlativa.

"Ya se expuso lo pertinente en el aparte anterior sobre la narración de los hechos, las pruebas del proceso y la doctrina de los comentadores sobre la coautoría, para añadir, o quizás mejor repetir la respuesta del Jurado al cuestionario, que en lo esencial dice así:

".....".

Y luego de transcribir las preguntas que el *a quo* sometió a los Jueces de hecho, agrega el demandante:

"Según el artículo 385 del Código Penal, para que exista complicidad correlativa, es necesario:

"1º Que 'varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión', y

"2º Que 'no sea posible determinar su autor'.

"Ambas condiciones se cumplen en el caso de autos: varias personas tomaron parte en los hechos, cuatro o cinco, según el Tribunal, pero según las providencias del proceso en ella intervinieron como siete u ocho. Pero dejemos las cinco del auto de proceder y de la sentencia. ¿Quién o quiénes dispararon sobre Gaviria Suárez? ¿Quien disparó sobre Francisco Bermúdez?

"Lo que el Juzgado preguntó fue si Arbeláez había 'tomado parte principal y efectiva' en el homicidio en Gaviria y en la lesión en Bermúdez. Y lo que el Jurado respondió es que sí había tomado parte. Y eso lo exige la disposición, como arriba quedó transcrito. Porque tomar parte —ha dicho la Corte— 'no significa tan solo estar presente en la ejecución del hecho, sino colaborar en la intención y en la actividad que llevan al común designio criminal' (Cas. de 11 de febrero de 1946, G. J., T. LX, Nos. 2029-2031, pág. 173).

"Pero es necesario 'que no sea posible determinar su autor', reza el artículo. Y eso se lo preguntó el Juzgado y el Jurado contestó que así era, *que sí era desconocido* el que había consumado el homicidio y el que había consumado la lesión: ('con la coautoría de varios sujetos hasta ahora desconocidos', dijo el Jurado). Porque, como también lo dijo la Corte, es necesario que se ignore 'cuál de las personas que tomaron parte en la infracción agotó el momento consumativo de la misma' (*ibídem*).

"Razones suficientes para que uniendo estos razonamientos a los hechos, en cuanto sean pertinentes, solicite la invalidación de la sentencia recurrida de que he venido hablando y en su lugar dicte el fallo que deba reemplazarla (literal a) del Art. 570 del C. de P. P.)".

C

CAUSAL PRIMERA

En cuanto a este último motivo de casación propuesto por el señor apoderado de los recu-

rrentes, se dice en la demanda lo que a continuación se transcribe:

"Propongo esta causal para el caso improbable de que no prospere la causal cuarta.

"Si prospera la causal anterior, para que se disminuya la pena a la mitad, según el artículo 385 del Código Penal. La Corte asume entonces el papel de fallador de instancia y no es necesario señalarle pautas. Mas para colaboración en su tarea, advierto que el Tribunal dice que los delitos se cometieron 'con cautela', que Arbeláez es sujeto 'de pésimos antecedentes' y que 'fue autor principal en los hechos de que trata este proceso'. Y no señala las circunstancias de mayor peligrosidad, ni las de menor.

"No es verdad que el acusado sea sujeto 'de pésimos antecedentes'. No tengo que aducir la prueba, pues no hay constancia de ello en el proceso. No hay constancia de condenaciones anteriores, sobre lo cual la Corte ha sido muy estricta. Los motivos innobles o bajos no pueden computarse como circunstancia de asesinato y como circunstancia de mayor peligrosidad. La 'cautela' no está probada. Y es circunstancia de asesinato, que no podría deducírsele ahora en la sentencia, ya que no se contempló en el auto de proceder, ni como de mayor peligrosidad. Y no abona la buena conducta anterior, ni la parte secundaria que tomó en los hechos.

"Razonamientos que invoco para el caso de que tampoco prospere la causal anterior, con el fin de que al dictar la sentencia que corresponda, se aminore la sanción según el prudente arbitrio de la Corte Suprema de Justicia. Como así lo pido al invalidar la sentencia recurrida, como vuelvo a demandarlo (Art. 570, literal a) del C. de P. P.)".

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, al dar respuesta a la demanda de casación, solicita que no se invalide el fallo acusado y que, "comoquiera que el recurso no fue sustentado en nombre del acusado *Restrepo Hoyos,* es el caso de declararlo *desierto,* por lo que a este acusado atañe".

En efecto, estima el señor Agente del Ministerio Público que no resultan demostrados los cargos propuestos por el actor, a través de las causales cuarta, tercera y primera de casación.

Dice, sobre estos motivos de impugnación, lo que sigue:

"Se tiene...", en cuanto a la causal cuarta..., "que tanto los Jueces de derecho, en sus sentencias, como los de hecho, en su veredicto, afirmaron que el acusado Arboleda Zuluaga tuvo cierta y determinada clase de participación en el evento criminoso de autos, muy distinta a la de ser autor material. Y por afirmar tal cosa sin vacilación alguna, quiere decir que la complicidad correlativa fue descartada por unos y otros, precisamente porque bien claro dijeron que estaban ciertos de que Arboleda no había sido autor material sino cómplice primario. Fijado o expresado así su criterio, sin piso quedó la complicidad correlativa, siendo más que obvio que la graduación de la pena por imponer al acusado Arboleda Zuluaga se hiciera sin tener en mientes lo dispuesto por el artículo 385 del Código Penal, sino en el 19 de la misma obra".

Con respecto a la causal tercera, resulta "que no es cierto que los términos del veredicto emitido den base para considerar que la complicidad correlativa fue por el Jurado admitida. El Jurado —se repite— declaró partícipe de modo principal y eficaz al acusado Arboleda Zuluaga. Le calificó de cómplice primario. Por tanto, consideró que la participación criminal imputada a dicho acusado era de cierta y determinada clase. Siendo ello así..., se concluye que la figura de la complicidad quedó rota, o mejor dicho, descartada. Descartada porque al afirmar tácitamente el Jurado que Arboleda Zuluaga no fue autor sino partícipe, la graduación de la pena no tenía por qué hacerse dentro de la clase de cooperación prevista en el artículo 385 del Código Penal".

Y sobre la causal primera, "se replica que, a pesar de no existir constancia en el proceso de que el acusado Arboleda Zuluaga sea sujeto de pésimos antecedentes y aunque también es evidente que la cautela de que habla el sentenciador no está probada, aquello y esto no constituyen motivo que justifique casar parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de que la honorable Corte aminore la sanción principal impuesta. Y no se justifica tal reducción, porque al fin y a la postre, los veinticuatro años de presidio impuestos, no obedecen propiamente a que no se hubieran computado sino circunstancias de mayor peligrosidad, sino que corresponden a la gravedad de los delitos cometidos y al hecho de tratarse aquí de un concurso real o material de infracciones que bien merece, como castigo, el tiempo de presidio por el honorable Tribunal impuesto. Además, de ser cierto que sólo se tuvieron en cuenta circunstancias de mayor peligrosidad y ninguna de menor, la duración del presidio habría sido mayor a la señalada por el *ad quem.* Habría sobrepasado ese límite de los 24 años, precisamente por entrar en juego el artículo 33 del Código Penal, que permite imponer una sanción mayor de los veinticuatro años de presidio a que efectivamente fue conde-

nado el acusado. Tampoco, pues, prospera esta tercera causal de casación invocada".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Corresponde examinar los cargos presentados contra la sentencia recurrida, en el orden de las causales invocadas por el demandante, así:

I

CAUSAL CUARTA

Es cierto que el auto de proceder requiere que en la parte motiva, entre otras cosas, se haga la "calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", y que en la resolutiva se determine el delito "con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos..." sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

La determinación de las circunstancias que especifiquen la infracción penal, la que, como se ha visto, corresponde a la parte motiva del auto de proceder, es provisional, hasta donde la sentencia condenatoria no exceda el pliego de cargos hecho al enjuiciado. En cambio, la calificación que se lleva a cabo en la parte resolutiva de dicho auto, es inmodificable, salvo mediante la declaratoria de nulidad de lo actuado desde el auto de cierre de la investigación.

Se explica, así que en el inciso 2º del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal se prohiba determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, o que se señale el artículo especial que se considere aplicable, pues bien puede la defensa conseguir una calificación más favorable al enjuiciado, mediante el reconocimiento de circunstancias atenuantes no indicadas en la parte motiva del auto de proceder, lo que no sería pertinente si la especificación del delito, mediante la determinación de las circunstancias del caso, se hiciera en la parte resolutiva de aquel proveído, pues ésta no puede ser variada en la sentencia.

De lo anterior, se concluye, también que el caso de nulidad de que se ocupa el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, se refiere al yerro relativo a la denominación jurídica de la infracción, hecha en la parte resolutiva del auto de proceder; esto es, a la que se lleva a cabo con la denominación que al delito le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título, cuando éste no se divide en capítulos, sin indicar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable. Ello es así, porque si únicamente puede ser modificada la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento mediante la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir de la misma providencia, inclusive, y, en cambio, como lo ha dicho la Corte, "la calificación específica que del delito se hace en el auto de proceder es apenas provisional, para que de acuerdo con las probanzas allegadas en el plenario de la causa pueda ser fijada en el veredicto del Jurado" (Cas. 15 de mayo de 1946, G. J., T. LX, pág. 532), es obvio que, como se dijo, el evento de nulidad señalado en el citado ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal no se refiere a la calificación del hecho cumplida en la parte motiva del auto de proceder.

Pues bien:

En este negocio el recurrente Tirso de Jesús Arboleda Zuluaga, a quien únicamente se refiere el actor en la demanda de casación, fue llamado a juicio por los delitos de homicidio, robo y lesiones personales, con determinación de los respectivos capítulos y títulos del Código Penal. No asevera el demandante que en las instancias se haya incurrido en error en la calificación genérica de tales infracciones, sino en cuanto a las circunstancias que las especifican, pues anota que los hechos no constituyen homicidio ni lesiones personales agravados por razón de la previsión contenida en el ordinal 3º del artículo 363 del Código Penal ("para preparar, facilitar o consumar otro delito"), sino homicidio en complicidad correlativa (Art. 385 de la misma obra) y lesiones personales simples (Art. 372 ib.). No ha sido propuesta, por tanto, la causal de nulidad señalada en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

Es cierto, como lo dice el actor, *que, dadas las circunstancias que los especifican, son diferentes los delitos de homicidio y lesiones personales para preparar, facilitar o consumar otro delito, que el homicidio y las lesiones personales en complicidad correlativa. Pero no es verdad que si en la parte motiva del auto de proceder se incurre en error en cuanto a la indicación de las circunstancias que especifican la infracción, se incurra en nulidad de lo actuado, pues, se repite, la determinación de esas circunstancias, como lo anota la Sala en el fallo antes citado, "es apenas provisional, para que de acuerdo con las probanzas allegadas en el plenario de la*

causa pueda ser fijada en el veredicto del Jurado".

Así, por ejemplo, bien habría podido ocurrir que el Jurado, de haber llegado a ese convencimiento, hubiera reconocido que el recurrente Tirso de Jesús Arboleda Zuluaga obró en complicidad correlativa en los delitos de homicidio y lesiones personales porque fue llamado a juicio, y que, asimismo, el Juez de derecho, por no haber encontrado ese veredicto contrario a la evidencia de los hechos, hubiera proferido la sentencia condenatoria de conformidad con el fallo dictado por los Jueces de conciencia. Y no por ello habría nulidad del proceso con apoyo en el aludido ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, pues no se habría cambiado la calificación genérica hecha en el auto de proceder, sino la específica cumplida en la parte motiva de esta providencia y en materia favorable al enjuiciado.

Con este particular, cabe transcribir la siguiente doctrina de la Sala, contenida en la sentencia de 25 de agosto de 1947 (G. J., T. LXIII, pág. 424:

"La prohibición a que alude el inciso 2º del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal no debe entenderse como un capricho del legislador. Obedece a consideraciones muy juiciosas acerca del juzgamiento. Porque si se determina la especie del delito en la parte resolutiva, que es aquella que contiene los lineamientos generales del cargo que la sociedad le hace al sindicado por medio de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, la defensa, que no es una protección graciosa del Estado sino un derecho que la Constitución ampara y quiere que se desarrolle con la plenitud de las garantías que ella concede, quedaría circunscrita, delimitada previamente y sin ámbito. Refiriéndose al homicidio, por ejemplo, no se podría en la parte resolutiva del auto de proceder hablar de asesinato, porque se calificaría de antemano la infracción. El homicidio es el género, y sus especies son: asesinato, de propósito, culposo, concausal, ultraintencional, piadoso, etc. Esto (especies) es lo que la ley no quiere que se determine en la parte resolutiva del auto de proceder, y parece que la razón, aunque muy concisamente, se acaba de dar".

Se tiene, de otra parte, que ni siquiera resulta demostrado por el actor que en las instancias, al proferir el auto de proceder, se incurriera en yerro al no tomar en cuenta una supuesta complicidad correlativa al calificar los hechos con respecto al recurrente Arboleda Zuluaga, llamado a juicio por los delitos de homicidio, lesiones personales y robo, pues, como observa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, era del caso desconocer dicha modalidad en cuanto a las dos primeras infracciones, pues el proceso demuestra que el acusado, si bien no fue autor material del homicidio y de las lesiones personales averiguadas, sí contribuyó, de manera principal y eficaz, a la consumación de tales delitos.

Se tiene, en efecto, lo siguiente en cuanto a las consideraciones que, sobre esta materia, hace el demandante:

1º *De la narración de los hechos que trae el auto de proceder, ni de los cuestionarios propuestos al Jurado, se desprende la supuesta complicidad correlativa alegada por el actor.*

No porque fueran cuatro o más los asaltantes, ni porque se diga que se trata de una "banda de atracadores", de la cual varios sujetos no pudieron ser identificados, se desprende que en el auto de proceder y en los cuestionarios sometidos a los Jueces de conciencia esté indicada una complicidad correlativa de Arboleda Zuluaga en los delitos de homicidio y lesiones personales de que fueron víctimas, respectivamente, los señores Augusto Gaviria Suárez y Francisco Bermúdez Restrepo.

De acuerdo con el artículo 385 del Código Penal, para que exista la complicidad correlativa es indispensable "que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su autor"; no que alguno o algunos de los copartícipes, conforme a lo que indica el artículo 19 del Código citado, resulte o resulten desconocidos.

En la complicidad correlativa se desconoce, entre las personas que han tomado parte en la comisión del delito, cuál es la autora. En la complicidad necesaria los cómplices prestan al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito y bien puede ocurrir que aquél o aquéllos resulten procesalmente desconocidos. Lo que es indispensable, en este último caso, es que de la infracción penal resulte el cómplice síquicamente imputable; vale decir, que aparezca que ha prestado un auxilio al autor del reato, con voluntad que propende al fin delictivo. Establecido el concurso de voluntades y comprobada la distinta participación de los codelincuentes, en forma que pueda señalarse quién o quiénes son autores (los que ejecutan el acto material del delito, o participan en él materialmente) y cuales son cómplices (los que contribuyen a un delito consumado por otro), no puede hablarse de complicidad correlativa, pues esta figura implica que no se haya podido determinar de qué manera han contribuido los distintos copartícipes.

La doctrina tradicional señala dos formas de participación: la primaria y la secundaria. Aquélla, cuando se refiere al concurso físico, toma el nombre de coautoría, siendo de orden síquico si se trata del determinador o del instigador. La participación secundaria corresponde a lo que se denomina complicidad. En cuanto a esta última, la legislación penal colombiana distingue la complicidad necesaria y la no necesaria, señalando para aquella la misma pena prevista para el delito y una represión menor para ésta.

La conducta de acción u omisión de los distintos socci sceleris *al aparecer conectada material y moralmente constituye un conjunto de fuerzas que se dirigen a un fin común o unidad de intención criminal. La conexión que resulte de las distintas actividades de los copartícipes, cuando todos obran determinados por esa voluntad de cooperar al hecho que constituye el delito, excluye que ninguno de ellos resulte ajeno a las consecuencias penales, en igual grado de las que se desprenden para los demás codelincuentes. Es que la unidad de la intención criminal, dentro de las distintas actividades de los copartícipes, cuando estas se completan recíprocamente, tienen la virtualidad de aunar, asimismo, la diferente colaboración física de unos y otros para configurar un solo hecho.*

Si el fin es común, también lo es la actividad conjunta puesta en juego para conseguirlo.

El tratadista Rafael Fontecilla Riquelme, en su obra sobre "*Concursos de Delincuentes, de Delitos y de Leyes Penales*" ("Editorial Jurídica de Chile", 1956, p. 17), expresa lo siguiente:

"Objetivamente la diferencia entre el autor y el cómplice es tangible y su demostración es simple. Comete el homicidio en calidad de autor, el que mata a otro. Es cómplice el que facilitó el medio para ello, un cuchillo, por ejemplo".

Refiriéndose el maestro Francisco Carrara al concurso de acción, para concretar los actos que constituyen, dado el concurso de voluntad, la figura de la complicidad, anota lo que pasa a transcribirse:

"Puede haber concurso de acción hasta en un hecho negativo, en una mera omisión; en la presencia, cuando la omisión o la presencia estaban voluntariamente coordinadas para facilitar el delito y realmente lo facilitaron. El que vigile la calle mientras su compañero roba la casa; el presente en la muerte consumada por su colega con el fin de acrecentar su valor; el criado que deja de cerrar la puerta para que sus amigos puedan robar la casa; el doméstico sordo a los gritos de su amo asesinado; por compromiso anterior de crear obstáculos, todos ellos son cómplices respectivamente del homicidio o del robo, y lo son por concurso de acción. Auxiliando mediante un acto corporal a la acción de su socio, la convierte en propia, y su obra, si bien negativa, se torna positiva respecto al delito, porque positivamente coadyuvan" ("*Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*", Editorial "Góngora", Madrid, 1926, pág. 269 a 270).

Pues bien: *El auxilio o la cooperación que se preste al autor o autores de un homicidio o de un delito de lesiones personales, con conocimiento del fin delictivo, excluye la complicidad correlativa, pues el concurso de voluntades conduce a afirmar la existencia de una complicidad necesaria o de una complicidad no necesaria y no una complicidad correlativa, así procesalmente no resulten conocidos el autor o autores del reato.*

Y de los elementos de juicio traídos al proceso se desprende, claramente, que quienes tomaron parte en el asalto averiguado iban con el propósito de emplear las armas de que todos iban provistos, aún para dar muerte a quien o a quienes se opusieran al fin delictivo acordado. Así ocurrió cuando el señor Gaviria Suárez quiso impedir la consumación del robo, y lo mismo sucedió cuando el señor Bermúdez Restrepo acudió al lugar de los hechos.

No resulta, pues, planteada una complicidad correlativa, en este caso, ni en la relación de los hechos dejada en el auto de proceder, ni en los cuestionarios propuestos al Jurado. Antes bien, en la providencia de enjuiciamiento se alude, claramente, a la coparticipación criminal de que se ocupa el artículo 19 del Código Penal. Se dice, en efecto, que "Tirso Arboleda Zuluaga y Abel Restrepo Hoyos deben comparecer ante el Tribunal Popular como copartícipes de un homicidio-asesinato, unas lesiones personales calificadas y un robo agravado". Y esta calificación específica de los hechos está lejos de corresponder a la supuesta complicidad correlativa de que habla el demandante, si se tiene en cuenta, además, la estimación genérica que se lleva a cabo en el auto de proceder, donde se anota que "consiste el cargo en haber tomado parte principal y efectiva, con la autoría de varios sujetos desconocidos hasta el momento y con la cooperación necesaria de Abel Restrepo Hoyos, en las lesiones que, con arma de fuego (revólver o pistola) y con el propósito de matar, se causaron al señor Augusto Gaviria Suárez, por consecuencia de lo cual éste falleció...", lo que se repite con respecto al delito de lesiones personales cometido en la persona del señor Bermúdez Restrepo y en cuanto al procesado Abel Restrepo Hoyos. También es lo que se indica en los cuestionarios que fueron sometidos a los Jueces de

conciencia. Si en éstos se habla de "autoría de varios sujetos hasta ahora desconocidos" no por ello se descarta, en Arboleda Zuluaga, una complicidad necesaria, ni mucho menos puede predicarse de su conducta una complicidad correlativa.

Esta Sala, en providencia de 16 de junio de 1950 (G. J., T. LXVII, pág. 517), dice que "si se sabe quién o quiénes fueron los responsables principales o quién o quiénes contribuyeron en forma secundaria en alguno o algunos de los pasos del iter criminis, *lo correlativo de la complicidad se rompe y debe regularse la calificación de los hechos por los principios generales que gobiernan la coparticipación en sus grados respectivos".*

Se anota en el auto de proceder lo siguiente:

"En la narración de los hechos se afirmó que uno de los criminales, mientras los otros ejecutaban la acción material, se quedó en los patios de 'Siderúrgica' entreteniendo a las personas que por allí deambularan, para cubrir luego la retirada, a tiros, de sus compañeros. Este individuo fue precisamente Tirso Arboleda. Como tal, está plenamente identificado en autos, pues por algún rato, mientras los otros delincuentes iban a las oficinas del pagador, conversó con el trabajador Israel Vergara Upegui, su antiguo superior y compañero de armas en la Policía".

Esta aseveración está suficientemente comprobada en el informativo y lleva ella a concretar en el recurrente Arboleda Zuluaga una contribución, consciente del fin delictivo, en los reatos averiguados, necesario para su consumación, la cual lo hace responsable como cómplice necesario y no como cómplice correlativo, pues otros fueron los autores, si bien no fueron identificados.

Se conoce, pues, que los autores del homicidio y de las lesiones personales averiguados fueron otros (desconocidos procesalmente) y se ha establecido que el sindicado Arboleda Zuluaga prestó, con concurso de voluntad, un auxilio sin el cual esos reatos no habrían podido cometerse. Por tanto, *no es pertinente el artículo 385 del Código Penal, pues, como lo indica la Sala, en la providencia anterior antes transcrita, la complicidad correlativa se rompe "si se sabe quién o quiénes fueron los responsables principales o quién o quiénes contribuyeron en forma secundaria en alguno o algunos de los pasos del* iter criminis". Se puede afirmar que Arboleda Zuluaga no es el autor principal, sino que fueron otros. *La figura de la complicidad correlativa, como es aceptado, únicamente cabe en los casos en los que el grado de coparticipación de los codelincuentes no ha sido determinado. Es por ello por lo que se afirma que este grado de responsabilidad penal "corresponde a una transacción legal, en los casos de coparticipación criminosa, cuando se sabe con certeza que varias personas tomaron parte en la ejecución del delito, pero no se sabe, con exactitud, cuál de estas personas es el autor material. Esa incertidumbre, naturalmente, distingue esta hipótesis de aquella en que se sabe, ya con precisión, cuál fue la especie o forma de participación de cada uno en el delito y así también, la individualización de la responsabilidad y de la pena: autores, cómplices necesarios, cómplices en la resolución, en la preparación del delito o en su consumación" (G. J., T. LIX, pág. 986, sentencia de 28 de septiembre de 1945).*

Y en este negocio, se repite, se ha precisado el grado de participación del recurrente Arboleda Zuluaga y se ha indicado que los autores son otros, si bien no identificados todavía. No se ha planteado, por tanto, esa transacción legal, que conduce a una disminución de la pena, debida al desconocimiento de la forma de participación de los distintos sindicados en el reato, pues, en este caso, fue suficientemente determinada con respecto al recurrente Arboleda Zuluaga en los delitos de homicidio, lesiones personales y robo porque fue llamado a juicio. Y, de igual manera, se acreditó que los autores directos fueron otros, si bien aún son desconocidos, razón por la cual se dispuso reabrir la investigación para identificarlos y aplicarles la sanción correspondiente. Cuando esto último ocurra, se habrá reprimido a estos, como autores, así como ahora se ha aplicado la pena pertinente a Arboleda Zuluaga, como cómplice necesario.

"Los cómplices correlativos...", ha dicho la Corte... tienen este carácter en razón de las pruebas..." (Fallo de 10 de marzo de 1958, G. J., T. LXXXVII, pág. 581). Si existe acuerdo de voluntades y cooperación real en los actos de ejecución, pero no se puede señalar la forma de participación de los copartícipes, se tiene la complicidad correlativa. En cambio, si puede indicarse, así sea con respecto a uno o algunos de los codelincuentes, ese grado de participación, se excluye la complicidad correlativa y se está frente a coautores o a cómplices necesarios o no necesarios. Por ello, se repite, el auxilio o cooperación que se preste al autor o autores de un homicidio o de un delito de lesiones personales, con conocimiento del fin delictivo, como ocurre en cuanto al procesado Arboleda Zuluaga, excluye la complicidad correlativa, pues el concurso de voluntades conduce a afirmar la existencia de una complicidad necesaria o de una complicidad no necesaria, así procesalmente no

resulten conocidos el autor o los autores del reato.

2º *Tampoco de la crítica probatoria que lleva a cabo el demandante se desprende la complicidad correlativa que atribuye al recurrente Arboleda Zuluaga.*

Dice el actor lo que pasa a transcribirse:

"Pero la mejor demostración del error del Tribunal son las pruebas que cita en su auto de proceder, y que son las declaraciones de Israel Vanegas, Fabriciano Echeverri, Conrado Salazar, Oscar Ovidio Hernández y Guillermo Acevedo.

"Israel Vanegas (F. 29), dice que como a las 12 ½ del 20 de febrero de 1956 estaba en la fábrica, cuando llegó un señor alto, mono, en cabeza, vestido de paisano de dril kaki y le preguntó si estaban colocando trabajadores; que le dijo que tenía allí una palanca la verraca; que en ese momento dijeron los del taller '¡ladrones, ladrones!'; que entonces el mono que estaba ahí conmigo se perdió y ya fue cuando oí el tiroteo; que el tal sujeto era Tirso Arboleda, a quien conocía y quien había ido a la fábrica una semana antes, y lo reconoció en rueda de presos como el que estuvo anteriormente en dicho establecimiento.

"Arboleda estuvo, pues, entreteniendo a Vanegas, 'único que andaba por el establecimiento a esa hora del almuerzo', anota el demandante.

"Fabriciano Echeverri (F. 41), expone: que alcanzó a oír unos gritos y que habían matado al pagador; que entonces los trabajadores nos avalanzamos al patio; que entonces vio que Tirso Arboleda disparaba 'hacia el frente'; que entonces salieron los asaltantes y tomaron un taxi; que entonces se dio cuenta de que 'minutos antes' Arboleda había estado conversando 'con un trabajador de la empresa'; que conocía a Arboleda desde antes, en la Policía, donde 'fue muy buen superior', y que Tirso hizo unos diez disparos en la retirada.

"No había personal presente en el asalto; Arboleda estuvo hablando con un trabajador y no en la pagaduría, y lo único que hizo fue 'cubrir' la retirada con disparos al aire", observa el impugnante.

"Conrado Salazar (F. 50), no estaba presente y únicamente identifica a Tirso Arboleda como sujeto que ocho días antes había estado en la fábrica".

"Oscar Ovidio Hernández (F. 45), habla del sujeto que usando dos pistolas cubría la retirada de los otros delincuentes.

"Guillermo Acevedo expone que trabajó con Arboleda en la Policía; que antes Arboleda fue autor de un pequeño atraco.

"Y eso es todo...", continúa el actor... "lo que de alguna valía contiene el auto de proceder. Pruebas paupérrimas de contenido en relación con Tirso Arboleda Zuluaga. Con razón hace protestas de su inocencia en el expediente. La participación de Arboleda Zuluaga aparece destruida por las mismas pruebas que el Tribunal cita en el auto de proceder. Cómo será de floja la prueba, que el Tribunal termina diciendo, entre otras cosas: 'Fuera de estos procesados vienen figurando como sindicados los otros que obtuvieron en la calificación del sumario un sobreseimiento temporal'. Y cita como sindicados a Pedro Antonio Castaño (a. 'Toño Loco'), Jesús Emilio y Jorge Urrego, Luis Norberto Holguín y Guillermo Antonio Palacio" (F. 618 y 619).

Encuentra la Sala, precisamente, que de los testimonios citados y particularmente del dicho de los declarantes Fabriciano Echeverri y Oscar Ovidio Hernández (testigos estos dos últimos que dicen que Arboleda Zuluaga, con dos pistolas, cubría la retirada de los delincuentes mediante disparos), se desprende el grado de complicidad necesaria en los delitos de homicidio, lesiones personales y robo averiguados y por los cuales fue llamado a juicio el recurrente Arboleda Zuluaga, y no una complicidad correlativa en las dos primeras infracciones, pues bien se desprende de que de ellas los autores principales fueron otros y aquél únicamente prestó una cooperación indispensable para el cumplimiento del fin delictivo propuesto.

3º *Ni de la doctrina del dolo eventual, señalada por el demandante, se concluye en la complicidad correlativa por él alegada para su mandante, en los hechos averiguados.*

Si el recurrente Arboleda Zuluaga acudió con los demás codelincuentes al lugar del asalto, provisto de dos pistolas, las cuales empleó, disparándolas, para cubrir la retirada de sus compañeros, luego de cometidos los ilícitos, es obvio aseverar que coadyuvó a la empresa criminal con conocimiento del fin delictivo.

El maestro *Carrara*, en la obra ya citada, anota lo que sigue:

"Hemos dicho que los actos subsiguientes a la consumación del delito podían desenvolver la noción del auxilio o la del encubrimiento, según la cronología de la voluntad de quien las puso en juego. Aun siendo posteriores al cumplimiento de la obra criminal, si fueron prometidos o concertados antes de la consumación del delito, se retrotraen a causa del conocimiento anterior, y constituyen propio y verdadero auxilio. Materialmente adquieren realidad estos hechos después

del delito, pero intelectualmente existían antes, porque el delincuente calculaba sobre ellos como cosa cierta por el pacto inicuo con el otro celebrado. El que convino en comprar la capa antes de ser robada; el que ofreció al homicida los medios de salvarse después de perpetrada la muerte, será cómplice del hurto o del homicidio, si quiera sus actos recaigan sobre hecho ejecutado. Si materialmente existieron esos actos después del delito, intelectualmente existían antes, a causa de la promesa y del conocimiento anterior, que de ellos tuviera el delincuente. Su realidad intelectual anterior al delito, influyó sobre la ejecución de éste, porque el autor principal se decidió más fácilmente a cometerlo, cierto como estaba de hallar un sitio donde esconder los objetos; o un medio seguro de salvarse a sí propio. Por tal manera, la ocultación de las personas, de los instrumentos o de los objetos, con ser posteriores al delito, si anteriormente ha sido concertada, se convierte en causa del delito mismo" (págs. 281 a 282).

Este auxilio de Arboleda Zuluaga constituye, por tanto, un acto de complicidad necesaria, pues, se repite, es obvio aseverar que acudió con los demás copartícipes a perpetrar el asalto armado, habiendo tomado como misión la de cubrir la retirada de sus compañeros.

Observa *Francisco Antolisei* en su "Manual de Derecho Penal" (Editorial "Uthea", 1960, Buenos Aires, pág. 259), que "se consideran queridos, además, los resultados del comportamiento que han sido previstos por el sujeto, aún solo como posibles, con tal de que haya aceptado el riesgo de su producción, o más simplemente, con tal de que no haya obrado con la segura convicción de que no se habrían verificado. En este caso existe el dolo indirecto, denominado también eventual". Agrega que, "de cuanto hemos dicho se desprende una consecuencia de fundamental importancia, que no debe perderse nunca de vista en la aplicación de la ley. Siempre que la norma incriminadora no requiera expresamente —como sucede con frecuencia— que el sujeto haya obrado con un determinado fin, no es necesario para que se pueda hablar de voluntad el resultado y más precisamente para que pueda considerarse querido un cierto resultado, que éste haya sido el fin o uno de los fines de la actividad delictiva: Basta con que el reo lo haya previsto como posible, aceptando el riesgo de su verificación; basta, en otros términos, que haya actuado aún a costa de determinarlo. Sólo si el sujeto, aún habiéndose representado el resultado, ha obrado con la segura convicción de que no se verificaría, el resultado mismo no se considera querido y la existencia del dolo debe ser negada".

Pues bien:

¿Puede aseverarse que Arboleda Zuluaga, al acudir con otros sujetos, todos armados, a perpetrar el asalto investigado, no podía perpetrar el asalto investigado, no podía prever como posible que se emplearan esas armas para lesionar o dar muerte a quienes se opusieran al fin delictivo? ¿No estaba, acaso, provisto el recurrente Arboleda Zuluaga de dos pistolas, las que usó, disparándolas, para cubrir la retirada de los demás codelincuentes? Al tomar parte en la empresa criminal, a la cual, se repite, acudieron armados, no corrió voluntariamente ese riesgo, de que se diera muerte a alguien o se causaran lesiones personales a alguno?

Corresponde afirmar, como lo anota *Sebastián Soler,* de acuerdo con la cita que el demandante hace de este tratadista, que, de acuerdo con la actitud de Arboleda Zuluaga en el lugar de los hechos y ante las posibilidades previstas, tuvo la representación del homicidio y de las lesiones personales cometidos, pues, si de un asalto armado se trataba, es obvio que el empleo de tales armas contra quienes obstruyeran el propósito criminal era cuestión claramente prevista. Y dentro de esta representación, aquel procesado concurrió materialmente a coadyuvar la empresa delictiva, esto es, con intención determinada a auxiliarla en todas sus consecuencias.

No incurrió, pues, en yerro el *ad quem,* al afirmar el concurso de voluntad en Arboleda Zuluaga, en la contribución física que prestó en la consumación de los delitos porque fue llamado a juicio.

De lo antes indicado, se desprende que ni siquiera se incurrió en las instancias en error alguno en la calificación específica de los hechos, llevada a cabo en la parte motiva del auto de proceder, pues, con respecto al sindicado Arboleda Zuluaga no puede predicarse una complicidad correlativa en los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos, sino una complicidad necesaria, como aparece señalada en la providencia por la cual se llamó a juicio a este recurrente y en los cuestionarios propuestos al Jurado.

No prospera, pues, la causal cuarta de casación.

II

CAUSAL TERCERA

Fundamenta el actor esta causal, como se dejó señalado al reseñar la demanda de casación, en

que el cuestionario propuesto a los Jueces de hecho con respecto al delito de homicidio y el que se les fue sometido en cuanto al delito de lesiones personales preguntan por la responsabilidad penal del recurrente Arboleda Zuluaga en tales infracciones, dentro de una complicidad correlativa.

Pues bien:

Del examen que ha hecho la Sala en relación con las consideraciones que hace el demandante para fundamentar el cargo de un supuesto error en la calificación específica llevada a cabo en el auto de proceder se desprende, como se ha concluido, que no existe tal yerro; ni tampoco que en la providencia enjuiciatoria (parte motiva), ni en los cuestionarios sometidos al Jurado se haya calificado la responsabilidad de Arboleda Zuluaga dentro de una complicidad correlativa. Antes bien, de aquella providencia y de estos cuestionarios se deduce que se le hizo el cargo de cómplice necesario.

Es cierto, como expresa el señor apoderado de Arboleda Zuluaga, que en la complicidad correlativa, de acuerdo con el artículo 385 del Código Penal, es menester que "varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión", y que "no sea posible determinar su autor". Pero en este caso, como se dijo antes, aparece probado que otras personas, distintas de Arboleda Zuluaga, consumaron el homicidio y las lesiones personales investigadas y si bien no fueron procesalmente descubiertos, la reapertura de la averiguación persigue señalarlos, a fin de aplicarles las sanciones pertinentes. Asimismo, resulta determinada la clase de coparticipación criminal de Arboleda Zuluaga, lo que llevó a que se le llamara a juicio y se le condenara como cómplice necesario.

No se dan, por tanto, las razones jurídicas que apoyan la existencia de la figura de la complicidad correlativa, ni, tampoco, se hizo pregunta alguna a los Jueces de conciencia sobre ella, en cuanto al sindicado Arboleda Zuluaga.

Si el Jurado lo declaró responsable, claramente ubicó esa responsabilidad —de acuerdo con los cuestionarios— en el ámbito del artículo 19 del Código Penal y no dentro de la previsión contenida en el artículo 385 de la misma obra.

En consecuencia, no existe falta alguna de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, ni desacuerdo de aquélla con el veredicto del Jurado.

No prospera, por tanto, la causal tercera de casación.

III

CAUSAL PRIMERA

De lo que se ha indicado, se deduce que no es del caso tomar en cuenta el referido artículo 385 del Código Penal, al señalar la sanción imponible al recurrente Arboleda Zuluaga. La falta de demostración de los cargos propuestos a través de la causal tercera de casación obliga a que así se concluya.

En cuanto a la dosimetría de la pena, hecha por el *ad quem*, como lo acepta el señor Agente del Ministerio Público, "es cierto que no existe constancia en el proceso de que el acusado Arboleda Zuluaga sea sujeto de pésimos antecedentes y también es evidente que la cautela de que habla el sentenciador no está probada". Pero, como también lo observa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, "aquello y esto no constituyen motivo que justifique casar parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de que la Corte aminore la sanción principal impuesta..., porque, al fin y al cabo, los veinticuatro años de presidio impuestos no obedecen propiamente a que no se hubieran computado sino circunstancias de mayor peligrosidad, sino que corresponden a la gravedad de los delitos cometidos y al hecho de tratarse, aquí, de un concurso material o real de infracciones que bien merece, como castigo, el tiempo de presidio por el Tribunal impuesto".

Comparte la Sala las anteriores consideraciones del señor colaborador fiscal y, por tanto, no encuentra demostrado el cargo.

Es del caso declarar desierto el recurso de casación interpuesto por el procesado Abel Restrepo Hoyos, pues la demanda no alude a este recurrente, como lo observa el señor Agente del Ministerio Público (Art. 65 del Decreto 528 de 1964, en concordancia con el Art. 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 con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de que se ha hecho mérito, en cuanto al recurrente Tirso o Tirso de Jesús Arboleda Zuluaga.

Igualmente *declara desierto* el recurso de casación interpuesto contra el mismo fallo por el procesado Abel Restrepo Hoyos y se le condena en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMICIDIO

Juicio fallado en puro derecho, sin intervención del Jurado. — Demostración del yerro manifiesto del sentenciador en la estimación probatoria. — Viabilidad de la causal 2ª. — Exceso en la legítima defensa. — Esta, cuando se debate en el campo jurídico, debe tener plena demostración: objetiva y subjetiva. — Necesario y prudente arbitrio de los Jueces para apreciar las pruebas en el juicio criminal. — Causales 2ª y 1ª de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, diciembre 2 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS

Alberto Navarro Quesada, condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia de doce (12) de mayo de mil novecientos sesenta y uno, por el delito de homicidio a la pena principal de diez y seis (16) meses de presidio y accesorias correspondientes, interpuso contra dicho fallo el recurso extraordinario de casación, acerca de cuyo mérito procede la Corte a resolver, cumplidos como están los trámites de rigor.

ANTECEDENTES

1º El representante legal del recurrente resume los hechos, materia del juicio, en estos términos:

"Se trata del *homicidio* cometido en *José Manuel Ramírez Camargo,* el 8 de septiembre de 1960, en la carretera que conduce de Armero a Lérica, en el sitio denominado Oromaso.

"Sucedió que dicho día Ramírez Camargo estuvo trabajando en un predio del señor Félix Santos Quesada, y ya en las horas de la tarde cuando regresaba por dicha carretera a su casa, situada en el área urbana de Lérica en compañía de Roberto Corrales Villa y sus hijos Gustavo y Roberto Corrales, se encontró con Alberto Navarro Quesada, quien se hallaba justamente resentido con él porque sus menores hijos Beatriz y Ricardo le dieron la queja de que por tres ocasiones el citado Ramírez Camargo los había hecho víctimas de graves insultos y amenazas. Al encontrarse Ramírez y Navarro, éste le hizo el reclamo para que le explicara por qué le había ultrajado y amenazado a sus menores hijos, cosa muy natural pues resulta intolerable que un padre de familia permita que ultrajen a sus hijos, y menos que los amenacen. Pero Ramírez Camargo en lugar de atender al reclamo de Navarro Quesada y darle explicaciones, le contestó en forma soez, con 'mientes' y repitiendo el tratamiento de mal nacidos para sus hijos; y más aún pasó de las provocaciones a los hechos y con una peinilla (machete) que portaba le tiró a Navarro un machetazo con el cual le cortó el sombrero que éste llevaba puesto. Esto dio lugar a que Navarro Quesada sacara la pistola que portaba para defenderse de la agresión y en retirada caminando hacia atrás, y escapando los machetazos que continuaba tirándole Ramírez Camargo se viera obligado en defensa de su vida a hacer dos disparos seguidos contra dicho Ramírez Camargo con los cuales le causó la muerte".

2º Como el juicio recibió el trámite del Decreto extraordinario 0012, el Juzgado Segundo Superior del Distrito referido pronunció su sentencia el 25 de enero de mil novecientos sesenta y uno, sin intervención del Jurado y sin mediar auto de calificación del sumario, absolviendo a Alberto y Bernardo Navarro Quesada, al primero por haber obrado en legítima defensa, y al segundo, por no existir prueba para condenarlo.

3º El *ad quem,* en la sentencia recurrida, reformó la del inferior, a efecto de condenar a

Alberto Navarro, como responsable del delito de homicidio, en las circunstancias de un exceso en la defensa legítima.

DEMANDA DE CASACION

El señor apoderado ataca la sentencia del Tribunal, apoyado en las causales segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las que invoca como principal y consecuente, en su orden.

Causal segunda.

Se sostiene que hubo errada interpretación o apreciación de los hechos porque "en dicha sentencia se les atribuye un valor probatorio que no tienen y se les negó el que si tienen", lo que condujo al *ad quem* a deducir una responsabilidad cuando en realidad lo que los autos acreditan es "una plena defensa justificada de la vida".

Para sustentar la causal de que se trata, el demandante, después de transcribir algunos apartes de la sentencia recurrida, emprende un análisis de la prueba testimonial tenida en cuenta por los sentenciadores, para concluir de ese examen crítico que todos los elementos válidos de juicio conducen a demostrar la legítima defensa en su más absoluta plenitud, sin que haya fundamento alguno para deducir la figura del exceso, en los términos del artículo 27 del Código Penal.

Encuentra el demandante que de la actuación sale verdadera la confesión del acusado y termina su planteamiento en esta forma:

"Todos los testigos confirman, pues, que fue Ramírez el provocador con el ultrajante 'miente' lanzado a Navarro cuando éste en forma amistosa le hacía el reclamo por las amenazas y ultrajes dirigidos a sus hijos menores; que fue Ramírez quien siguió a Navarro con el machete en la mano haciéndolo retroceder y caminando de espaldas; y que los disparos sólo fueron hechos cuando hallándose en esa actitud defensiva Ramírez se le vino encima a Navarro. Por lo demás, la constancia del funcionario de instrucción sobre la cortada del sombrero hace plena fe (Arts. 632 del C. J. y 7º del C. de P. P.).

"¿Con estas pruebas será posible abrigar alguna duda respecto de la existencia de una legítima defensa plena?

"No debe perderse de vista que el fallo se ha pronunciado sin intervención del Jurado, es decir, por Juez de derecho y entonces la prueba para condenar es más exigente porque debe amoldarse a las formalidades legales. Por otra parte la *confesión* hecha por Navarro Quesada, aunque calificada, resulta en este caso *indivisible* pues no aparece contradicha por otras pruebas y en cambio si está respaldada por los testimonios que se dejan analizados. A este propósito esa honorable Corte, tiene establecida la siguiente doctrina: 'Eso y no otra cosa es lo que se quiere significar cuando se afirma que la confesión es indivisible cuando lo favorable que agrega el confesante, a más de ser creíble de suyo, está confirmado por las otras pruebas de un proceso, pues entonces la desconfianza que puede abrigarse sobre la veracidad del sindicado al declarar lo que obra en su favor, desaparece ante otras probanzas, como cuando alguien admite que mató, pero en legítima defensa, como sucede en el caso que se estudia' (Casación G. J., 2075-2076, Tomo LXVI-409).

" 'El hecho se justifica cuando se comete... Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, el honor o los bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión', dice el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal.

"Pero como ello encaja dentro de la causal primera, a alegar sobre ella se procede en vista de las pruebas invocadas, que no necesitan análisis alguno para concluir que en los hechos hubo la circunstancia de justificación de la legítima defensa cuando hasta el hijo de Ramírez expone que después de los ultrajes de su papá, éste 'sacó peinilla y papá le corrió hasta allá'.

"Basado en la causal segunda invocada, pido la invalidación de la sentencia recurrida para que en su lugar se absuelva al sindicado recurriente de los cargos de homicidio, en que no hay ni exceso de legítima defensa (Art. 570 del C. de P. P.).

Causal primera.

Se alega como consecuencia de la anterior y se refiere el cargo a la "indebida aplicación del artículo 27, en concordancia con el 25 del Código Penal".

Para insistir en sus planteamientos principales, arguye el impugnador:

Aquí hubo provocación, por los ultrajes y amenazas anteriores hechos por Ramírez a los hijos de Navarro y por la actitud grosera y ultrajante en el momento del encuentro.

"Pero, aun prescindiendo de la provocación, ya se vio que todos los testigos, hasta el hijo del señor Ramírez, hablan de que fue éste quien primero desenvainó su cuchillo y con ella empuñada seguía contra Navarro, que retrocedía caminando de para atrás, seguido por aquel, se

repite, con su cuchilla o peinilla en actitud de ataque.

"Se cumplen, pues, en el caso, todos los requisitos de la legítima defensa, contemplados en el citado artículo 25: una violencia actual; una violencia injusta; contra la persona; y hubo proporcionalidad entre la defensa y la agresión".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Opina el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que el demandante no ha demostrado cargo alguno contra la sentencia, en el sentido de que incurrió "en error de hecho evidente al apreciar las probanzas de autos, y que concretamente, que al negar la proporcionalidad entre la defensa y la agresión se hayan violado las leyes del recto discurrir".

Al refutar los puntos de vista del acusador, en torno a la causal segunda, el colaborador expresa:

"El recurrente apenas ha expuesto cual es su criterio interpretativo de las probanzas de autos que, si bien diferente del manifestado en la sentencia impugnada, no prueba el error notorio en la valoración de los hechos por parte del Tribunal *ad quem*. En casación no se demuestra determinada causal con el simple planteamiento de una tesis, pues se requiere proceder dentro de ciertas exigencias so pena de convertir este recurso extraordinario en tercera instancia. Estando vedada la actuación oficiosa de la honorable Corte en casación, es obvio que es al recurrente a quien corresponde exponer una amplia y razonada comprobación de la causal que invoque. Y si la causal que se alega es la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal es cuando hay una exigencia superior en cuanto a la forma de formular los cargos, porque no es el simple error en la valoración de los hechos lo que imprime prosperidad a dicha causal, sino la demostración del error notorio u ostensible y la incidencia del mismo en la integración de hechos 'que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción'.

"En el caso sub judice el impugnador se conforma con dar por aceptado que hay error en cuanto el Tribunal *ad quem* dedujo que el procesado Navarro había cometido el hecho en exceso de legítima defensa. Pero a través del escrito de impugnación ninguna argumentación tiende a comprobar tal acerto. No basta enunciar unas probanzas y sacar conclusiones acerca de su mérito sino que se debe indicar en donde reside el error manifiesto que se atribuye a la valoración de los hechos dada en la sentencia demandada".

Conforme a los razonamientos expuestos, el Ministerio Público estima que al no prosperar la causal segunda, por falta de demostración del cargo, tampoco prospera la primera, aducida como consecuencia de la anterior.

CONSIDERA LA CORTE

1º Tratándose de un juicio fallado en puro derecho, por haberse rituado conforme a las normas del Decreto extraordinario 0012 de 1959, es claro que la causal segunda de casación tiene procesalmente viabilidad. Pero su éxito está condicionado a que el actor demuestre inequívocamente que el sentenciador, al hacer la estimación de los elementos probatorios, incurrió en yerro manifiesto.

2º En la sentencia recurrida, que revocó la absolución impartida al acusado en primera instancia, para declararlo responsable del reato en la situación privilegiada que contempla el artículo 27 del Código Penal, en armonía con el 25 ibídem, *el Tribunal, ponderada y claramente expone su criterio sobre los medios de prueba que obran en el proceso y que conducen a la demostración de que el acusado, al repeler la agresión del occiso, si bien obró conforme a derecho, su defensa no guardó proporción con los actos de su atacante.*

3º Esta manera de estimar la conducta del homicida, por parte del Tribunal, resulta ser consecuencia lógica de su criterio valorativo de los hechos, de acuerdo con las pruebas que los establecen. Si el ad quem *estimó que la causal positiva de justificación no se conformaba plenamente, dentro de los precisos límites del ordinal segundo del artículo 25 del Código Penal, sino que el obrar del procesado constituía un exceso de esa justificación, en la forma que lo dispone el artículo 27* ibídem, *la resolución del Tribunal no conlleva error manifiesto alguno y, por lo mismo, el cargo carece de fundamento.*

4º La legítima defensa de la vida, cuando se debate en el campo jurídico, sin intervención del Jurado, es decir, como cuestión esencialmente de derecho, debe tener su plena demostración, objetiva y subjetiva. De esta suerte, si al juzgar la conducta de un procesado el fallador encuentra que los actos realizados por aquél rebasaron los límites de la necesidad racional y adecuada de la defensa, y opta por reprimir el hecho en las condiciones ya enunciadas, para que pudiera

prosperar el recurso de casación, con base en la causal segunda, sería preciso que a todas luces los autos establecieran la equipotencialidad entre la agresión o ataque y la repulsa.

Los razonamientos del demandante sólo enseñan que su criterio estimativo de los elementos de juicio discrepan del adoptado por el fallador. Esa disparidad, como la Corte lo ha sostenido reiteradamente, no da pie, técnicamente, a la causal segunda, pues, de lo contrario, el recurso asumiría las características de una tercera instancia, y a través de ella, acabaría la Corte por desconocer el necesario y prudente arbitrio que la ley procesal ha otorgado a los Jueces para apreciar las pruebas en el juicio criminal.

5º No prospera, por tanto, el cargo por error de hecho contra la sentencia, y no prospera, tampoco, la causal primera, por haberse alegado ésta como secuencia de la segunda.

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 de que se ha hecho mérito, y *ordena* devolver el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese, cúmplase y publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

AMNISTIA E INDULTO

El otorgamiento de las gracias o beneficios de la amnistía e indulto, son del resorte del legislador y del Gobierno y no de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. — El otorgamiento del indulto concierne al Presidente de la República y la amnistía corresponde al Congreso. Manifiesta incompatibilidad entre el artículo 76 (Atrib. 23) de la Constitución Nacional y los artículos 1º del Decreto 2062 de 1954 y 330 (Atrib. 4ª) del Código de Justicia Penal Militar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, diciembre 15 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS

El Tribunal Superior Militar en providencia de 3 de septiembre último "declara que *no hay lugar* al beneficio de amnistía por los delitos de homicidio en Hernando y Jesús Páez, Elías Chinchilla, Cenobia y Lucía Pedraza, Saúl González, Luis y Gilberto Niño, Alfonso Sánchez, Roberto Abreo y homicidio imperfecto en Eladio Páez y Melquiades Duarte, y robo en propiedad de los mismos, por los cuales se hallan sindicados entre otros Víctor Navas o Víctor Manuel Jaimes, Ernesto Flórez, Serafín Vega, Luis Alfredo y Juan García, José Antonio Manrique Gélvez, según hechos ocurridos el 25 de mayo de 1953 en 'Villa Paz', jurisdicción de Rionegro (S)".

Esa providencia fue apelada por el sindicado Víctor Navas o Jaimes y por su apoderado doctor Armando Lizcano. El recurso se concedió para ante esta Sala por auto de 16 de octubre siguiente.

Agotada su tramitación, se procede a decidir sobre su mérito,

CONSIDERANDO:

Según lo expresado por la Corte en diversas providencias, entre ellas las del 4 y 7 de julio de 1962, los Decretos legislativos números 1823 y 2026 de 1954 atribuyeron la competencia para otorgar la amnistía y el indulto al Tribunal Superior Militar y a la Corte Militar de Casación y Revisión, respectivamente. Posteriores ordenamientos (Decreto 0250 de 1958), separaron el conocimiento, dejando de modo expreso a la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— lo relativo al indulto.

Con anterioridad al régimen de excepción establecido en esos Decretos, la Constitución Nacional regulaba esta materia de la amnistía y el indulto en los artículos 76, numeral 23, y 119, ordinal 4º, normas que por la época de la expedición del Código de Procedimiento Penal correspondían a los artículos 69 (Ord. 20) y 114 (Ord. 4º) y que fueron desarrollados por dicho Código en sus artículos 677 y 678, según los cuales corresponde al Congreso "decretar amnistías e indultos generales por delitos políticos" y al Presidente de la República "aplicar la ley que haya decretado amnistías, mediante el procedimiento en ella indicado".

Por tanto, de acuerdo con el sistema constitucional colombiano, el otorgamiento de tales gracias o beneficios destinados a enervar la acción penal o la condena, son del resorte del legislador *y del* Gobierno, *pero no de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, criterio éste que apenas si recoge en sus orígenes, fundamentos y doctrinas, la razón de ser de instituciones esencialmente políticas y de orden público, muy diferentes a los subrogados penales en los que decide privativamente la* administración de justicia, *conforme a los Códigos que los establecen y reglamentan.*

Dejando de lado lo que al indulto concierne, cuyo otorgamiento está reservado al Presidente

de la República (artículo 119, ordinal 4º), la amnistía corresponde concederla al Congreso (artículo 76, atribución 23).

Lo que al respecto consagra esta última disposición, está indicando que se trata de una función privativa *del legislador, no delegable en otra autoridad.*

Por eso, si los decretos legislativos que establecieron la amnistía y el decreto orgánico de la justicia penal militar, optaron por atribuir a la Corte el conocimiento, por apelación, de las sentencias sobre amnistía proferidas en primera instancia por el Tribunal Superior Militar, tales mandatos están en abierta oposición con el artículo 76 de la Carta, que atribuye, como ya se dijo, al Congreso la facultad de conceder amnistías por delitos políticos.

De allí que la disposición legal que atribuye a la Corte el conocimiento por apelación de tales sentencias, rebase la organización institucional del Estado, y no le sea dado a esta Sala ejercer esa jurisdicción sin incurrir en la violación de la norma constitucional que confiere privativamente al legislador la facultad de otorgar aquel beneficio.

Y si por disposición de la Carta, esta Corte no sólo no tiene esa jurisdicción, sino que además le está vedada, es obvio que la Sala, habida consideración de lo que previene el artículo 215 de la misma, debe hacer privar los ordenamientos constitucionales, dada la manifiesta incompatibilidad entre éstos y la ley, vale decir, en el caso sub judice, entre el citado artículo 76 (atribución 23) y los artículos 1º del Decreto 2062 de 1954 y 320 (atribución 4ª) del Código de Justicia Penal Militar.

Por consiguiente, en vista de tal incompatibilidad y de lo que dispone el mencionado artículo 215, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con la Procuraduría Delegada de las FF. MM., *se abstiene* de conocer, por falta de competencia, del recurso de apelación interpuesto contra la providencia de que se hizo alusión al principio de este auto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO DE REVISION

Retractación de testigos. — Cuándo ésta puede admitirse. — La revisión no equivale a la absolución del condenado y al ordenarla se tiende a corregir los errores de hecho en que se hubiera podido incurrir en el proceso. — Causales 3ª y 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Bogotá, diciembre 16 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS

Como apoderado de Sigifredo Sierra Pineda (a. Chepo), el doctor Danilo Alarcón Quiñones ha demandado la revisión del proceso adelantado contra su poderdante, en el Juzgado Primero Superior de Ibagué y en el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial.

A Sierra Pineda se le señaló como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Isaac Cortés, hecho ocurrido el 26 de mayo de 1960, en el sitio llamado "El Roblegal", en la vereda "La Esperanza", del corregimiento de "Murillo", Municipio de El Líbano.

La sentencia de primer grado es de 7 de abril de 1961, y en ella se condenó a Sigifredo Sierra Pineda a veinticuatro (24) años de presidio y sanciones accesorias correspondientes.

El fallo del Tribunal Superior de Ibagué es de 28 de julio de 1961, y en él se condenó al mismo Sierra Pineda a diez y ocho (18) años de presidio y sanciones accesorias del caso.

Interpuesto el recurso de casación, la Corte lo declaró desierto, pues no se presentó la demanda, dentro de los términos legales.

Es de advertir que, fuera de Sigifredo Sierra Pineda, fueron sindicados como autores de la muerte de Isaac Cortés, numerosos individuos, al parecer los componentes de alguna banda de delincuentes que merodeaban por aquellos parajes, y que el proceso fue adelantado teniendo en cuenta las prescripciones del Decreto 0012 de 1959.

Es el momento de resolver sobre el recurso de revisión presentado.

DEMANDA DE REVISION

La demanda de revisión escrita por el doctor Alarcón Quiñones se ajusta a los mandatos legales. En ella se invocan dos causales: la 3ª de las señaladas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se piensa que Sierra Pineda viene cumpliendo condena y la sentencia, tanto del Juzgado Primero Superior de Ibagué, como la del Tribunal del mismo Distrito, tuvo como fundamento el testimonio "falso" de Atilia Ibagué Rodríguez; y la quinta, porque se dice que hay pruebas nuevas con las cuales se demuestra la existencia "de varios indicios graves de la irresponsabilidad de Sigifredo Sierra Pineda, en la muerte violenta de Isaac Cortés".

1º *Causal tercera.* En la demanda se ataca especialmente el testimonio de Atilia Ibagué Rodríguez, y también, aunque en forma indirecta, el de Abel Ibagué Puentes, padre de aquélla, testimonios que tuvieron, sobre todo el primero, influencia decisiva en las sentencias dictadas contra Sigifredo Sierra Pineda.

Dice, en efecto, la demanda:

"...En el proceso adelantado contra mi representado es evidente que el 'testimonio' de la menor Otilia o Atilia Ibagué Rodríguez fue, indudablemente, la prueba determinante de que en contra de Sierra Pineda se hubiera impartido sentencia condenatoria, tanto por el Juez *a quo* como por el Tribunal *ad quem*. Así se hace manifiesto con la lectura de los auténticos fallos de los juzgadores, cuyas copias informales se pre-

sentan con esta demanda. Es por otra parte un hecho debidamente acreditado que actualmente el señor Sigifredo Sierra Pineda (a. Chepo) está privado de su libertad cumpliendo condena por el hecho criminoso ya indicado''.

Y para demostrar lo anterior trae estas citas:

''En el fallo de primera instancia se afirma:... 'empero hubo una testigo de excepción que dada su privilegiada cercanía del lugar trágico, pudo darse cuenta que esos individuos eran Sierra y García. Ciertamente esa testigo casi presenció la actividad psicofísica de los incriminados; es la muchacha campesina Otilia Ibagué, quien pudo ver cuando Sierra y García seguían muy de cerca por el camino a su víctima. Observó que Sierra (Chepo) quien iba por una de las mangas o potreros de Antonio García iba armado con arma de largo alcance. García iba siguiendo por el camino a Cortés Guerrero, el que desprevenidamente conducía una mula transportando algunas cargas de papa. Ella llegó a su casa arriando sus vacas cuando sintió los disparos y al regresar no solo oyó en ese lapso más disparos, sino que los sujetos creyendo estar solos y libres de espectadores, al tratar de huir cobardemente, se acercaron a la adolescente mujer quien logró de tal manera conocerlos, no solo por su físico, sino por su indumentaria. La sola declaración objetivamente considerada de esta testigo es suficiente para demostrar la responsabilidad de aquélla en el reato de que se trata'.

''La sentencia del Tribunal *ad quem* se pronuncia, en términos similares para atribuir notorio valor probatorio al 'testimonio' de la menor Otilia Ibagué Rodríguez. En verdad allí se lee:... 'esta muchacha con absoluta precisión dice que cuando sintió los disparos vio que subían como huyendo a Sierra y a García a quienes conocía con mucha anterioridad. También afirma que alcanzó a ver antes de los disparos a la víctima cuando venía con un cargamento de papa...'. Y más adelante se dice en el mismo fallo: '...como se acaba de expresar, la declaración de Otilia Ibagué Rodríguez constituye un indicio muy grave, pues ella sostiene que vio a Sierra Pineda huyendo poco después de unos disparos que causaron una muerte...'.

''De las transcripciones anteriormente consignadas y que hacen parte de los considerandos de los fallos de los Jueces de instancia, resulta incuestionable que la declaración de la menor Otilia o Atilia Ibagué fuera prueba fundamental de la condena impartida contra Sigifredo Sierra Pineda''.

Sostiene el demandante que a pesar de lo afirmado por los funcionarios que han intervenido en este proceso, la declaración de Atilia Ibagué Rodríguez no ''ofrece absoluta verosimilitud'', y por el contrario, se trata de un testimonio falso, como se ha demostrado con la retractación que la misma ha hecho y con la diligencia de inspección ocular cumplida por el señor Inspector de Policía de la Danta, corregimiento de Murillo, en el Municipio de El Líbano, el 8 de agosto de 1963.

Tal diligencia demuestra, según palabras de la demanda, lo siguiente:

''1º Que tal declarante no podía ver físicamente desde donde se encontraba en la Hacienda del Porvenir, de propiedad de su señor padre Abel Ibagué, a ninguna persona que transitara por el camino en donde resultó muerto el señor Isaac Cortés.

''2º Que tal declarante no podía ver físicamente desde donde se encontraba el día de los hechos, momentos antes y después inmediatamente de escuchar los disparos a que se refiere, a ninguna persona que transitara por la finca del señor Antonio García.

''3º Que tal declarante no podía ver físicamente desde la zona del pastoreo de ganado ubicado en la finca El Porvenir de su señor padre Abel Ibagué, ningún punto del camino que conduce del páramo hacia Murillo, que cruza la vereda La Esperanza y en el cual fue herido de muerte el día de los hechos el señor Isaac Cortés. Y más concretamente.

''4º Que tal declarante no podía ver físicamente, desde donde se encontraba, momentos inmediatamente anteriores y posteriores a cuando escuchó los disparos, ningún objetivo sobre el sitio El Roblegal en dicho camino, donde fue herido mortalmente el señor Isaac Cortés''.

En las anteriores conclusiones se apoya el demandante para afirmar:

''Todo el análisis anterior nos lleva a la siguiente y única conclusión: la menor Atilia u Otilia Ibagué faltó a la verdad en su declaración rendida en el proceso seguido contra el señor Sigifredo Sierra Pineda. Su 'testimonio' es el contenido opuesto a la simple verdad física. En este sentido nada más se puede afirmar sino que tal declaración es falsa y en el sentido exacto que a la falsedad da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Decimaoctava edición 1956): '*Falsedad*: Falta de verdad o autenticidad. 2. Falta de conformidad entre las palabras, las ideas y las cosas...' ''.

Sobre la declaración de Atilia Ibagué Rodríguez, que aparece a folio 55 del cuaderno principal, sostiene el demandante que ella es falsa,

pues la joven resolvió retractarse de ella en un nuevo testimonio en el que sostuvo:

"1º Que sobre la muerte violenta del señor Isaac Cortés '...ese día oí un tiro por ahí pero no me consta nada'.

"2º Que oyó un disparo '...pero no supe donde sería el tiro ni nada...'.

"3º Que desde el sitio donde se encontraba cuando escuchó el disparo no podía ver el sitio El Roblegal '...porque el Roblegal queda bajando y yo estaba detrás de la manga y no se divisaba, mejor dicho por allá no se ve'.

"4º Que desde donde se encontraba el día de los hechos no se podía ver a ninguna persona que se encontrara en la manga del señor Antonio García. Estas sus palabras: '...No señor no se divisaba' ".

Y termina la exposición sobre esta causal con estas palabras:

"Si la inspección ocular nos demostró la falsedad misma de los asertos de la menor, en cuanto hizo afirmaciones que pugnan notoriamente contra las simples posibilidades físicas, si el dictamen de los peritos así lo corrobora, y si ahora es la misma persona Atilia Ibagué la que nos confiesa la falsedad de su testimonio, se llega indudablemente a la conclusión de que 'el testimonio' procesal del folio 55 del expediente es falso en todo su contenido como prueba de cargo contra Sigifredo Sierra Pineda".

Como consecuencia de lo anterior, se impetra "la revisión del proceso adelantado contra mi mandante y materia de este recurso extraordinario. Como secuela lógica de lo anterior, os solicito que, resolváis ordenar la libertad provisional de Sigifredo Sierra Pineda, quien se encuentra privado de su libertad en la penitenciaría central 'La Picota', de esta ciudad (Arts. 574 y 575 del C. de P. P.)".

2º *Causal quinta.* Para sustentarla se dice en la demanda:

"Ninguna de las pruebas allegadas para sustentar este recurso extraordinario fue conocida al tiempo de los debates, por la razón obvia de que ninguna de tales probanzas fue solicitada por alguna de las partes o decretada oficiosamente por el Juez Instructor o los Jueces de instancia. Por este primer aspecto tales pruebas reúnen el primer requisito que exige la causal 5ª de revisión. Dichas probanzas son las siguientes y en el mismo orden en que se enuncian habrá de estimarse su mérito probatorio, en cuanto acreditan la existencia de la irresponsabilidad penal de mi mandante, en los hechos del proceso, o al menos constituyen indicios graves de la misma".

Fuera de la diligencia de inspección ocular, mencionada antes, y de la declaración extrajuicio rendida por la menor Atilia Ibagué Rodríguez, y ratificada en oportunidad, el demandante presentó algunas actas de origen eclesiástico para demostrar que esta mujer es hija de Abel Ibagué y Plácida Rodríguez, hermana por parte de madre de Angel Miró Rodríguez, otro de los sindicados en la muerte de Isaac Cortés, y que Sigifredo Sierra Pineda y Pedro Nel Sierra Pineda, muerto años atrás, eran hermanos legítimos.

De la misma suerte, con un certificado del señor Juez 4º Superior de Ibagué, demostró que Abel Ibagué Puentes estuvo detenido, sindicado del homicidio en la persona de Pedro Nel Sierra Pineda, si bien fue absuelto, finalmente, de la imputación que se le hizo.

Con base en lo anterior, la demanda indica que la menor pudo haber mentido por estos motivos:

"1º Por saciar el deseo de venganza o retaliación de su padre hacia la familia Sierra Pineda y esto a causa de que Abel Ibagué estuvo sindicado en el proceso que se le adelantó para averiguar la responsabilidad penal de quienes dieron muerte violenta a Pedro Nel Sierra Pineda, hermano legítimo precisamente de la persona que escogieron las palabras mentirosas de Atilia Ibagué como su blanco predilecto para achacarle la autoría de un delito de homicidio que nunca ha cometido.

"2º Por buscar ayuda para su hermano Angel Miro Rodríguez quien desde antes de surgir cargo alguno contra Sigifredo Sierra Pineda en el proceso, ya había sido acusado de haber intervenido en la muerte violenta de Isaac Cortés".

Y agrega:

"Si la prueba que se tuvo como incriminativa contra Sigifredo Sierra Pineda por los juzgadores de instancia, tuvo su base fundamental en los 'testimonios' de Atilia Ibagué y Abel Ibagué, y si estas probanzas resultan plenamente controvertidas por la nueva prueba allegada con posterioridad a los debates, es obvio que surjan la serie de contraindicios que se han relacionado y que por su conexidad, pluralidad y concordancia, constituyen plena prueba de la inocencia o irresponsabilidad de Sigifredo Sierra Pineda en la muerte del señor Isaac Cortés. (Art. 665 del C. J. aplicable en procedimiento penal al tenor de lo dispuesto en el Art. 7º de la Ley 94 de 1938)".

La exposición sobre la causal 5ª de revisión, concluye con la solicitud de que "resolváis ordenar la revisión del proceso que concluyó con fallo condenatorio para el señor Sigifredo Sierra Pineda, a la pena principal de diez y ocho años de presidio, y por lo cual, en cumplimiento de tal decisión judicial, se halla privado de su libertad en la Penitenciaría Central 'La Picota' en esta ciudad. Como consecuencia de lo anterior, con todo comedimento, os demando su libertad provisional (Arts. 574 y 575 del C. de P. P.)".

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a la revisión reclamada, pues, en su concepto, no se han demostrado las causales invocadas en la demanda.

Refiriéndose a la diligencia de inspección ocular y a la retractación de la menor Atilia Ibagué, expone:

"Mas sin embargo, precisa observar que si bien es cierto que a la diligencia de inspección ocular asistió Bernardo García González, quien notificó a las autoridades del delito que había visto cometer desde la casa de Abel Ibagué Puentes, por unos sujetos que por la distancia no pudo identificar, pero que 'eran dos tipos regulares de altos uno enruanado con una ruana como parda y el otro en cuerpo', y asistió también Abel Ibagué Puentes, quien confirmó el dicho del anterior, suministrando aún más detalles sobre los movimientos que pudo observar, hasta desaparecer en el alto 'que llaman de los Garcías', de dos sujetos que 'iban vestidos como uno de una ruana negra y otro como en cuerpo, es decir, iba sin ruana', pero a quiénes no conoció: es lo cierto que la directa interesada en mostrar los sitios en los cuales se hallaba en esos momentos, no asistió para indicarlos, bien fuera relacionándolos con su declaración rendida en el juicio, o bien con lo que habría de sostener al declarar nuevamente retractándose, lo cual tuvo lugar (bueno es observarlo) en Facatativá el día 10 de febrero del presente año de 1964, en tanto que la inspección ocular se efectuó el día 8 de agosto de 1963, próximo pasado.

"Pero también debe tenerse en cuenta que con motivo de la mencionada diligencia de inspección ocular no fueron consideradas por los señores peritos que en ella actuaron en una u otra función, las declaraciones de los tres testigos acabados de mencionar, para confrontarlas con las cuestiones que, bien por razón del interrogatorio que se les formuló o de las situaciones topográficas o de otro orden que tenían a la vista, tenían que resolver o dictaminar, pues como ya se dijo, García González e Ibagué Puentes, aunque asistieron a la diligencia, no explicaron cómo fue que los dos pudieron informar la caída de la víctima al ser abaleada, a pesar de las dificultades de visión y de los obstáculos y la distancia interpuesta en el sitio donde ellos estaban y el lugar del asalto.

"En previsión de las anteriores observaciones, el señor abogado demandante arguye:

" 'Pero si tanto la inspección ocular, en estudio probatorio, como el dictamen pericial contenido en ella, no demostraren plenamente que es falso el 'testimonio' que se impugna, venga en apoyo de nuestra conclusión la declaración extrajuicio, rendida con las formalidades legales por la menor Atilia Ibagué Rodríguez, cuya acta respectiva se presenta también como prueba para fundamentar la causal 3ª de revisión'.

"Y a continuación hace un resumen de dicha retractación, con la que la declarante, en abierta contraposición con lo que había manifestado el 10 de julio de 1960, cuando dijo tener 'doce años cumplidos' (y que hoy dice tener 19 entrados en los 20), afirma que sí oyó un disparo únicamente, nada más que un disparo, pero que no vio o no miró absolutamente nada, rotunda y totalmente nada.

"Y la explicación o razón que da para haber rendido su anterior declaración, con tan monstruosas imputaciones, con tan seguras afirmaciones, con tan claras y lógicas así como hilvanadas circunstancias propias de ella o atribuidas a los actores activos y pasivos de la tragedia, etc., etc., es la siguiente:

" '...dije esa declaración porque don Octavio Vallejo y Gumercindo Salinas me habían dicho que dijera que era Chepo Sierra y que si no decía que era él que perjudicaban a mi papá, pero no le dije que ellos me habían amenazado así, únicamente le dije a él que había visto a Chepo que llevaba una escopeta y nada más le dije pero entonces no le dije a él que don Octavio y don Gumercindo me habían dicho que dijera que era así y entonces por eso mi papá seguro fue y dijo y por eso yo fui a decir eso en la declaración'.

"Habiendo agregado en el momento de la ratificación (Fl. 64, Cuad. 2º):

" 'A mí no me consta que Chepo Sierra hubiera dado muerte a Isaac Cortés porque yo no lo (sic) y lo acusé porque me amenazaran Octavio Vallejo y Gumercindo Salinas con perjudicar a mi papá si yo no acusaba a Chepo Sierra'.

"La Procuraduría anota, con relación a la retractación de la testigo en cuestión, lo siguiente:

"En primer lugar cabe preguntar: ¿Quiénes son Octavio Vallejo y Gumercindo Salinas a quienes Atilia se refiere? ¿Son personas reales o ficticias? ¿Si son reales, existen aún o no existen ya? ¿Podrá obtenerse su comparecencia, si aún existen, y obtener de ellos la confesión de que extorsionaron a la niña Atilia, para que rindiera la mencionada declaración? ¿Cómo efectuaron tal acto delictuoso, y en qué circunstancias de lugar y tiempo lo efectuaron, ya que la declaración no lo indica? ¿Por qué la declarante no puso en conocimiento de sus padres, de sus maestras, o de las mismas autoridades u otra persona importante, la extorsión de que había sido víctima, en forma que hubiera podido obrar antes de pronunciarse la sentencia?".

"...En segundo término, vale preguntarse si la extorsión de que se dice víctima la niña aún impúber Atilia, tendía únicamente a que ella sindicara o acusara a Sigifredo (Chepo) Sierra Pineda y no a Libardo Alfonso García Cruz, ¿por qué razón entonces, por cuál motivo, por qué causa, extendió y mezcló en su acusación a éste último? ¿Y por qué su retractación sólo tiene que ver con Sierra Pineda y no con relación a García Cruz, a quien ni siquiera nombra en todo el curso de sus nuevas declaraciones?".

Con relación a la causal 5ª de revisión, dice el mismo señor Procurador:

"Por obra de esta falta de defensa (de Sierra Pineda), bien puede aquí presumirse que si la casación que interpuso el procesado Sierra Pineda hubiera sido sostenida, a la luz de la causal cuarta, en forma de denunciar la existencia de una nulidad sustancial o constitucional, la repetición del proceso se habría seguramente logrado.

"Mas sin embargo sucede que la fundamentación de la causal quinta de revisión, radica en las dos probanzas ya examinadas, a las cuales se agregan varios documentos demostrativos del parentesco de ciertos elementos o personas que intervinieron o figuraron en el proceso, así como el que Abel Ibagué Puentes, padre legítimo de Atilia Ibagué Rodríguez y padrastro de Argemiro o Angel Miro Rodríguez o Ibagué, figuró como sindicado en el homicidio de Pedro Nel Sierra Pineda, y que, aunque absuelto, permaneció detenido por un tiempo bastante largo.

"...Partiendo del principio de que la revisión no es una tercera instancia y de que si el fundamental y primordial argumento de tal recurso, estriba en la falsedad de la declaración de Atilia Ibagué Rodríguez, contra la cual se enfilan todas las baterías de ataque, la Procuraduría contraarguye:

"Al tratarse de la causal tercera pudo hacer este Despacho que la falsedad de la declaración de la testigo en cuestión, no ha sido demostrada y que su retractación es absolutamente inútil e inefectiva, etc., etc. Siendo esta la realidad probatoria, resulta que invocar nuevamente esa supuesta falsedad, carece, como es obvio, de resonancia o efecto".

Finalmente, se anota en el concepto del señor Agente del Ministerio Público:

"Y esto último es lo que en realidad ha ocurrido al tratar el actor de probar la causal quinta que se viene analizando: que las circunstancias de parentesco o animadversión que se presentan como hechos nuevos, no son en realidad elementos suficientes para, no digamos demostrar la inocencia del procesado Sigifredo Sierra Pineda, sino al menos para constituir graves indicios de esa inocencia o irresponsabilidad, ya que ellos se orientan hacia una falsedad en la declaración de Atilia Ibagué Rodríguez y en las declaraciones de su padre Abel Ibagué Puentes y del señor Comandante del Destacamento de Orden Público, que, se repite, no ha sido demostrada".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º La demanda se ha enderezado a demostrar que el principal testigo de cargo contra Sigifredo Sierra Pineda faltó a la verdad en la declaración que rindió a raíz de la muerte de Isaac Cortés, hecho ocurrido en el "Roblegal", corregimiento de Murillo, en el Municipio de El Líbano, el 26 de mayo de 1960.

2º Dos elementos de juicio se han aportado para llegar a aquella demostración:

a) La declaración rendida por Atilia Ibagué Rodríguez, ante el Inspector Segundo Municipal de Facatativá, cuya ratificación se obtuvo oportunamente, ante el mismo funcionario, y

b) La diligencia de inspección ocular practicada por el señor Inspector Departamental de Policía de La Danta, corregimiento de Murillo, Municipio de El Líbano, en asocio de peritos y delante de los testigos de cargo, Abel Ibagué y Bernardo García.

3º Los declarantes que se acaban de mencionar se encontraban a unas quince cuadras del sitio en donde fue muerto Cortés, según declaración del primero de ellos. Por tal motivo no pudieron identificar a las personas que estuvieron cerca al Roblegal y el Comandante de la

Patrulla, en su informe del folio 41, cuaderno principal, narra situaciones ajenas a la ocurrencia misma. Por tanto, queda como principal prueba de cargo el dicho de Atilia Ibagué Rodríguez.

4º Declaró ésta, en el proceso, a raíz de la muerte de Isaac Cortés, haber visto cerca al lugar en donde el hecho ocurrió, a Sigifredo Sierra Pineda y a Libardo García, el primero de los cuales llevaba, bajo la ruana, un objeto, que la declarante imaginó era una escopeta. Rato después, estando en su casa, oyó unos tiros y vio que "los dos tipos" subían "al filo arriba".

La misma muchacha afirmó, en declaración extrajuicio, ratificada en oportunidad, que sólo oyó un tiro, sin saber en dónde se produjo, y que mal podía haber visto "el sitio del Roblegal... porque el Roblegal quedaba bajando y yo estaba detrás de la manga y no se divisaba, mejor dicho por allá no se ve...".

La razón para haber emitido su primera declaración, es así: "...dije esa declaración porque don Octavio Vallejo y Gumercindo Salinas me habían dicho que dijera que era Chepo Sierra y que si no decía que era él que perjudicaban a mi papá...".

5º En la diligencia de inspección ocular, practicada a solicitud del demandante por el Inspector Departamental de Policía de la Danta, corregimiento de Murillo, en el Municipio de El Líbano, los peritos explicaron:

a) Que de la casa de la hacienda El Porvenir, "o desde el camino que va de esta casa hacia una puerta que desemboca en el camino que va del páramo hacia Murillo, es imposible físicamente observar a una persona que siga ese camino o que cruce por el Roblegal, porque dicha casa se encuentra a un nivel inferior al camino que queda oculto y solamente se divisa en el filo o cuchilla del camino".

b) Que no es posible tampoco ver a una persona que vaya por la manga de la finca de Antonio García, desde la casa o sitio de pastoreo de la finca de El Porvenir, porque la finca de García se encuentra "al lado opuesto de la finca de El Porvenir del señor Abel Ibagué".

c) Que quien se encuentre en la finca El Mirador, puede observar el bulto de una persona o de un animal que esté en el punto del Roblegal, pero no puede en forma alguna distinguirla, por la distancia y por los obstáculos naturales —árboles y rastrojo— que bordean ese sitio.

6º Ha dicho la Corte que "no se puede dejar al arbitrio de los testigos el desmentirse ellos mismos para que sobre su segunda versión, sea posible desconocer un fallo que se fundó en la primera" y ha manifestado también que "la retractación no es por sí misma causal que destruya, de inmediato, lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes...".

Por consiguiente para aceptar una retractación, se impone el conocimiento de las razones del testigo y de las circunstancias que, en uno y otro caso, rodearon la producción del testimonio. "De suerte que la retractación —indicó la Corte— sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien la hace, y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso".

7º Cuando Atilia Ibagué Rodríguez rindió su primera declaración, era apenas una niña. Hoy es una mujer formada.

Pues bien. Por lo regular, el niño realiza en su imaginación lo que oye narrar, esto es, suele crear situaciones inexistentes, en las que se presenta como actor. Algo semejante pudo ocurrir aquí ya que los términos de la declaración aparecen artificiosos y no corresponden justamente a su edad, por más que se hable de su viveza y agilidad mental.

En segundo lugar, como razón para haber emitido su primera declaración, dice Atilia que Octavio Vallejo y Gumercindo Salinas, personajes reales en la investigación, se la insinuaron u ordenaron. Quizás comentaron la situación delante de ella y ésta tomó a orden la conversación, máxime si manifestaron evidentemente que su silencio perjudicaría a Abel Ibagué, padre de la niña.

8º Octavio Vallejo, Gumercindo Salinas e Isaac Cortés estaban amenazados por los integrantes de la pandilla del Cabo Yate, porque se les imputaba el haber avisado a las Fuerzas Militares de la presencia de los antisociales en aquel sector, lo que facilitó la eliminación de dos de ellos.

Hay datos que permiten suponer que Sierra Pineda hacía parte del grupo que impedía el sosiego en el Municipio de El Líbano. Podía existir, en consecuencia, algún interés en aislarlo.

9º Por último, entre Abel Ibagué y Sigifredo Sierra Pineda existía alguna enemistad, como consecuencia de la muerte de Pedro Nel Sierra Pineda y de los hechos que siguieron a ella, pues a Ibagué se le tuvo detenido por algún tiempo, sindicado de ese delito.

10. Las consideraciones anteriores hacen pensar a la Corte que quizás la niña Atilia

Ibagué Rodríguez, por su edad, declaró, no la verdad, o sea, la relación entre su dicho y su conocimiento, sino lo que en su mente, a raíz de informaciones varias o comentarios diversos, formó una realidad. Y si ello es así, aparece justo admitir la causal 3ª de revisión, que se ha alegado, para que pueda hacerse mayor claridad en torno al asunto debatido.

"La revisión —se dijo en otra oportunidad— no corresponde a exonerar de responsabilidad que pueda caber al procesado. Simplemente se quiere con ella una mayor seguridad en el fallo y evitar así posibles injusticias". En otros términos al ordenar la revisión de un proceso se tiende a corregir los errores de hecho en que se hubiera podido incurrir.

11. Aceptado el anterior motivo para disponer la revisión del proceso en que fue condenado Sigifredo Sierra Pineda, sobra el estudio de la causal quinta. Se dirá, no obstante, que de las bases en que ella se apoya, tocan unas con lo examinado ya, y se refieren las otras a hechos que surgen nítidos de lo investigado durante el proceso —parentescos, relaciones de Abel Ibagué y Sierra Pineda, etc.—, por lo cual no es aceptable que se hayan traído pruebas nuevas de hechos nuevos desconocidos al momento de la sentencia y que establezcan "la inocencia o irresponsabilidad del condenado" o que conlleven "la demostración de varios indicios graves de la irresponsabilidad de Sigifredo Sierra Pineda, en la muerte violenta de Isaac Cortés".

12. Como se indica antes, *el fallo en que se ordena la revisión no equivale, ni mucho menos a la absolución del condenado. Se busca en cambio, un mejor debate sobre los hechos delictuosos denunciados, mayormente en casos como éste, en el que se abandonará el procedimiento del Decreto 0012 de 1959, para dar aplicación al ordinario.*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, *ordena la revisión* del proceso a que se ha hecho referencia y, en consecuencia, dispone:

1º Remítanse los autos al señor Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Ibagué, para que allí se adelante de nuevo el proceso.

2º Decrétase la libertad provisional del condenado Sigifredo Sierra Pineda, siempre que preste caución abonada por la suma de quinientos pesos ($ 500) moneda legal, lo que se dispone para dar cumplimiento al artículo 575 del Código de Procedimiento Penal, mientras no esté ordenada su detención por otro u otros delitos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ADVERTENCIA

Además de las sentencias publicadas, la Sala de Casación Penal profirió durante los meses de octubre a diciembre de 1964, las que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio.

Sentencia acusada por error de hecho. — Con fecha 2 de octubre de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por los procesados Evelio Agudelo Gómez y José Manuel Montoya, condenados como responsables del delito de robo. — Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.

La Corte ratifica su criterio con respecto a que los agentes de la Policía Nacional no están sometidos al fuero militar y de que su juzgamiento por delitos comunes u oficiales, corresponde a la justicia ordinaria. — Con fecha 7 de octubre de 1964, la Corte invalida la sentencia recurrida del Tribunal Superior Militar por medio de la cual condenó a Jesús María Herrera Torres por homicidio y lesiones personales. — Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.

Revisión. — Con fecha 15 de octubre de 1964, la Corte ordena la revisión del proceso adelantado contra Julio Alfonso Rojas Cruz en el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá y en el Tribunal Superior de este mismo Distrito. Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo.

Homicidio cometido en las circunstancias especiales del artículo 28 del Código Penal. — Con fecha 15 de octubre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Adán Poveda Figueroa contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que lo condenó por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.

Homicidio. — Con fecha 16 de octubre de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por Hortensia Gil contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que la condenó por homicidio. — Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera.

Impugnación de la sentencia por supuestos vicios de nulidad en el trámite del juicio y por error en la denominación jurídica de la infracción. — Con fecha 17 de octubre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto por Luis Edgar Arboleda Herrera contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó por homicidio y robo. — Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Homicidio y robo. — Veredicto. — Causales 7ª, 3ª y 1ª de casación. — Con fecha 23 de octubre de 1964, la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que condenó a José Jesús y José Carmelo Ríos Villegas y José Carmelo Espinosa por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera.

Homicidio. — Con fecha 30 de octubre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto por José Vicente Bermúdez Flórez contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que lo condenó por el delito referido. Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Homicidio simplemente voluntario. — Con fecha 20 de noviembre de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Julio Manuel Pulido Castañeda por el delito antes expresado. — Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.

La jurisdicción penal militar no tiene competencia para conocer de los delitos cometidos por quienes no son militares en servicio activo. — Con fecha 23 de noviembre de 1964, la Corte dirime la colisión de competencias planteada entre el Juzgado 2º Superior de Popayán y el Comando del Batallón de Infantería número 7 "Junín", con sede en Cali, en el sentido de declarar que el conocimiento del proceso seguido a Fabio Trujillo Castaño, corresponde a la justicia ordinaria. — Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez.

Delito militar de abandono del puesto. — Con fecha 25 de noviembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó al Cabo Primero Tulio Enrique Páez Martínez por el delito de "abandono de puesto". Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Delito de robo. — Con fecha 26 de noviembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Argemiro Tovar Lozada contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó por el delito mencionado. — Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera.

Homicidio. — Presupuestos para que prospere la causal segunda. — Con fecha 26 de noviembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Jorge Ipuz Osorio por el delito relacionado. — Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.

Homicidio común. — Con fecha 27 de noviembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Montería que condenó a Antonio de Jesús Zapata Osorio por el delito antes mencionado. — Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.

Delito imperfecto de homicidio. — Con fecha 28 de noviembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que condenó a Maciel Giraldo Henao como responsable del delito ya mencionado. — Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera.

Homicidio. — Causales 2ª, 4ª y 7ª de casación. — Con fecha 3 de diciembre de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por Pablo Emilio Ocampo Serna contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que lo condenó por el delito anteriormente expresado. Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera.

Homicidio. — Con fecha 4 de diciembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto por Isidro y Reyes Espinosa Solano contra la sentencia del Tribunal de Bucaramanga que los condenó por el delito mencionado. — Magistrado ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo.

Delito de robo. — Causales de casación consagradas en los ordinales 1º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. — Con fecha 4 de diciembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Carlos Julio Gómez Camargo y a Faustino Pedraza por el delito antes mencionado. — Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres.

Homicidio simplemente voluntario. — Veredicto. — Con fecha 10 de diciembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Gustavo Escobar Bolívar por el delito expresado anteriormente. — Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera.

Homicidio y robo. — Con fecha 10 de diciembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto por Santiago Campos Solano contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó por los delitos mencionados. — Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.

El recurso de revisión solo procede respecto de sentencias condenatorias. — Con fecha 11 de diciembre de 1964, la Sala se abstiene de abrir trámite de revisión del proceso adelantado a Luis Enrique Jiménez Vallecilla. Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres.

Inepta demanda. — Técnica del recurso de casación. Con fecha 12 de diciembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto por José Isidro Torres Briceño contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que lo condenó por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: doctor Antonio Moreno Mosquera.

SALA DE CASACION LABORAL

Extractos de jurisprudencia a cargo del Relator de entonces doctor Diego E. Cristancho.

AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL E INVALIDEZ, TECNICA DE CASACION

Infundado cargo de errónea interpretación de la ley. — Son actividades distintas apreciar una prueba y dejar de estimarla. — Necesidad de tener en cuenta esta distinción en el recurso extraordinario. — Nulidades procesales y recurso de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., octubre 1º de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

ANTECEDENTES

Edelberto Cruz Arias, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la sociedad anónima denominada "Aerovías Nacionales de Colombia" (Avianca), para que por sentencia fuera condenada a pagarle lo siguiente: Auxilio monetario por enfermedad no profesional, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria hasta por seis meses, pensión de invalidez equivalente a treinta meses de salario, indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante, salarios caídos y costas del juicio.

La demanda relata, en resumen, estos hechos: Cruz Arias le prestó servicios personales a la sociedad en varias dependencias, entre otras, en la de pasajes internacionales; aquellos se iniciaron el 16 de noviembre de 1951 y terminaron el 1º de junio de 1954 por voluntad unilateral de la empresa, tomada en uso de la cláusula de reserva; al terminar el contrato Cruz Arias devengaba un salario promedio mensual de $ 481.49; durante su desarrollo le prestó los servicios con eficacia, reconocida por la empresa, quien le otorgó gratificaciones en dinero; el uso por el patrono de la cláusula de reserva fue abusivo, porque cuando la utilizó se hallaba gravemente enfermo, como lo acreditan certificados médicos de los doctores Víctor Castillo y Lisardo Zunzunegui, a quienes tuvo que acudir en vista de la indiferencia de la empresa en suministrarle la debida atención médica; según el dictamen de esos facultativos el actor padecía, cuando fue despedido, de esquizofrenia, de lo cual tuvo conocimiento el patrono; a causa de la enfermedad sus familiares internaron al paciente en la Clínica de San José de Cali el 8 de junio de 1954, y tuvieron que retirarlo el 1º de agosto del mismo año por no hallarse en condiciones de continuar atendiendo los gastos; la novedad fue adquirida por el empleado al servicio de la empresa y lo ha dejado incapacitado para cualquier oficio remunerativo; por el motivo expresado el trabajador no pudo presentarse al médico de la empresa para el examen de retiro; con el fruto de su trabajo atendía a su madre y hermanas, quienes han quedado privadas de toda ayuda a causa de la terminación ilegal del contrato; la empresa le debe al demandante el auxilio monetario por enfermedad, la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria hasta por

seis meses, la pensión de invalidez y la indemnización por mora desde el 1º de junio hasta el 24 de julio de 1954.

En derecho se acoge el actor a las normas pertinentes del Código del Trabajo y a la Resolución del Ministerio del ramo número 26 de 1951.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo y su terminación en uso de la cláusula de reserva. Negó los demás hechos y propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería del demandante, pago e inexistencia de las obligaciones.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 2º del Trabajo de Cali, condenó a la sociedad a pagar al demandante lo siguiente:

a) Por servicios médicos y hospitalarios	$ 4.139.00
b) Por auxilio monetario en 180 días	1.662.50
c) Por auxilio de invalidez equivalente a la mitad del sueldo en 30 meses	7.125.00
Total	$ 12.926.50

Absolvió a la parte demandada de los demás cargos y le impuso las costas de la instancia.

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra el fallo del *a quo*. Lo decidió en segunda instancia la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. La sentencia correspondiente confirma la del inferior, con costas a cargo de la parte demandada.

Interpuso ésta contra la providencia del Tribunal el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION

Persigue la quiebra del fallo del *ad quem* y la revocatoria de la resolución de primer grado.

Invoca la causal primera y con base en ella formula cuatro cargos.

Primer cargo.

Violación de los artículos 227, 277 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación.

Lo sustentan estos razonamientos: las normas legales parten del supuesto de que el trabajador sufra una incapacidad a consecuencia de una enfermedad no profesional durante la vigencia del contrato. Mientras la ley habla de incapacidad del trabajador, la sentencia sólo exige enfermedad; la incapacidad es consecuencia de la enfermedad, pero ésta puede presentarse sin ocurrir la primera. Como no lo entendió así el Tribunal, interpretó erróneamente los citados preceptos legales, violándolos por aplicación indebida.

Segundo cargo.

Violación de las mismas normas legales que cita el anterior, por aplicación indebida a causa de manifiesto error de hecho.

Consistió el error en que para la sentencia Cruz Arias se encontraba incapacitado para trabajar el 1º de junio de 1954, fecha en que expiró el contrato de trabajo, hecho no demostrado en el juicio.

Se produjo este vicio de la sentencia por inestimación de unas pruebas y errónea interpretación de otras.

Las pruebas inapreciadas son las siguientes: las declaraciones de Camilo Chamat, Víctor González, Pedro Nel Escobar, Luis Enrique Guerrero, Oscar Hormaza y Alfredo González. Cita como pruebas apreciadas erróneamente: el certificado expedido por el doctor Víctor Castillo y el testimonio de éste; los dictámenes de la Oficina Seccional de Medicina del Trabajo de Cali, suscritos por el doctor Henry Cajiao López; y la historia clínica de Cruz Arias.

Arguye el recurrente:

Demuestran las pruebas que la sentencia no estimó estos hechos: que el actor trabajó normalmente hasta la expiración del contrato (1º de junio de 1954) y que hasta esa fecha no se encontraba incapacitado para cumplir sus funciones. Acreditan los medios probatorios, erróneamente apreciados, que Cruz Arias, antes del 1º de junio de 1954, se hallaba enfermo pero no incapacitado para el trabajo. Sin embargo, la sentencia partió de una base errada, a saber: que el demandante estuvo incapacitado para trabajar con anterioridad al 1º de junio de 1954, y como las pruebas demuestran lo contrario, la sentencia incurrió en error de hecho, violando, por aplicación indebida, los ordenamientos legales.

Tercer cargo.

Violación indirecta, por aplicación indebida, a causa de error de hecho, de los artículos que cita el primer cargo, e infracción, por falta de aplicación, del artículo 57, numeral 7º del Código Sustantivo del Trabajo.

Dio por probado el Tribunal, no estándolo, dice el acusador, que el actor estuvo imposibilitado para concurrir al examen médico de retiro dentro de los cinco días siguientes al 1º de junio de 1954, fecha de la desvinculación laboral. Tal es el error de hecho que el cargo le imputa a la sentencia.

El error provino de no haber apreciado el *ad quem* las declaraciones que enumera el segundo cargo y, además, la carta de retiro del empleado. También se deriva el error de mala estimación de estas pruebas: las que relaciona el cargo precedente y la declaración y certificado del médico doctor Lisardo Zunzunegui.

Expone el recurrente: no hay prueba en el juicio que demuestre el hecho de que el actor hubiera estado imposibilitado para concurrir al examen médico de retiro dentro de los cinco días siguientes, al de la expiración del contrato, a pesar de lo cual la sentencia sostiene lo contrario. Las pruebas inestimadas acreditan que el actor laboró hasta el 1º de junio de 1954, sin ningún impedimento para realizar cualquier gestión o diligencia, y las mal apreciadas demuestran que para tal fin estuvo imposibilitado, pero sólo a partir del 8 del mes y año expresados.

Cuarto cargo.

Violación indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 330-2, 332-1, 448-2 del Código Judicial, y violación consecuencial, por aplicación indebida, de los artículos 227, 277 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error de hecho.

Radica el error en que la sentencia no dio por probado, estándolo, que el demandante era incapaz e inhábil para comparecer en juicio por sí mismo.

El error se derivó de errónea estimación de unas pruebas y falta de apreciación de otras. Las inapreciadas por la sentencia son éstas: confesión del apoderado del demandante, contenida en el hecho 23 de la demanda inicial, en donde afirma que a causa de la enfermedad de que el actor venía padeciendo se convirtió en persona inhábil e incapaz de tomar cualquiera determinación propia y libre; declaración y certificado del doctor Zunzunegui; y dictamen de la Medicina Seccional del Trabajo emitido por el doctor Henry Cajiao López. Las pruebas estimadas erróneamente son las siguientes: declaración y certificado del doctor Víctor Castillo y las que se han dejado relacionadas.

El acervo probatorio —alega el recurrente— acredita que el actor era incapaz para comparecer en juicio por sí mismo, luego el fallador ha debido abstenerse de pronunciar sentencia condenatoria contra la sociedad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Todos los cargos acusan violación de los artículos 227, 277 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo, a los cuales dio aplicación la sentencia, por distintos conceptos. Es, por tanto, oportuno, estudiarlos conjuntamente, y, al efecto, la Sala observa:

1. Nada contrario al recto entendimiento de los citados preceptos sostiene la sentencia, de manera que su quebranto, por errónea interpretación, como lo afirma el primer cargo, carece de fundamento. No es exacto, como éste lo asevera, que en opinión del Tribunal, para la aplicación de las normas sea suficiente demostrar la existencia de la enfermedad del trabajador pero no la incapacidad consecuencial. Uno y otro hecho los halló acreditados la sentencia con las declaraciones de los especialistas en enfermedades mentales, doctores Víctor Castillo y Lisardo Zunzunegui y el dictamen de la Medicina del Trabajo. Por lo expuesto, se desecha la acusación.

2. El segundo cargo, por error de hecho, tiende a demostrar que antes del 1º de junio de 1954, fecha en que el contrato expiró, el actor se hallaba enfermo pero no incapacitado para trabajar, demostrando las pruebas del juicio lo contrario.

Los medios probatorios inestimados por el Tribunal, de los cuales deriva la acusación el error en referencia, son los siguientes: las declaraciones de los testigos Camilo Chamat (F. 42), Víctor González (F. 43 v.), Pedro Nel Escobar (F. 114), Luis Enrique Guerrero (Fls. 114 y 115), Oscar Hormaza (F. 48 v.) y Luis Alfredo González (Fls. 87 a 95), todos trabajadores de la empresa y algunos de ellos compañeros de Cruz Arias en la dependencia en que éste prestaba sus servicios.

3. La sentencia estudia la prueba testimonial y lo hace en estos términos:

"Las manifestaciones de la esquizofrenia son fácilmente reconocibles por las personas que rodean al enfermo; sin embargo, en el expediente consta que los compañeros de trabajo del señor Cruz, no anotaron nada anormal en él, caso por demás curioso dado el estado mental de su compañero".

No es, pues, exacto, como lo afirma la acusación, que el Tribunal hubiera inestimado la prueba. Por consiguiente, el error de hecho que por tal motivo le imputa a la sentencia, no es atendible. Son actividades distintas, apreciar una prueba que dejar de estimarla. Si la tuvo en

cuenta y la valoró, lo procedente habría sido atacar la sentencia por los desaciertos en que hubiera podido incurrir al realizar esa operación. La ley del recurso extraordinario contempla las dos modalidades y exige que, respecto de cada una, se alegue y demuestre por el recurrente el vicio de razonamiento en que incurra el fallador, siempre que conduzca a error de hecho manifiesto.

4. El contenido de las pruebas mal apreciadas por el fallador, demostrativas del error de hecho que alega el cargo, son las que se examinan a continuación:

Los dictámenes de la Medicina del Trabajo, Seccional de Cali, corrientes a folios 116 y 178 del expediente. Dice el primero, de fecha 20 de marzo de 1957, suscrito por el Jefe de la Oficina, doctor Henry Cajiao López que, según el examen que le practicó al paciente y el realizado por el especialista doctor Lisardo Zunzunegui, padece de esquizofrenia, enfermedad que debe contemplarse de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal b), artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo, siempre que subsista el estado de invalidez. El segundo, autorizado por el mismo facultativo, de fecha 6 de febrero de 1961, expresa que, respecto al comienzo de la invalidez, se puede afirmar que se inició a mediados del año de 1954, según aparece del certificado del doctor Zunzunegui (F. 62), y en cuanto al tiempo que se mantenga en ese estado, puede afirmar que subsistirá por toda la vida del paciente, "pues hasta la fecha no se ha descubierto tratamiento alguno que cure la esquizofrenia".

La historia clínica del demandante (F. 138). No aparece dato alguno que establezca la existencia de "tal o cual enfermedad de Edelberto Cruz", anota la diligencia de inspección ocular en que fue examinado por el Juzgado el documento.

OBSERVA LA SALA

La historia clínica no abona la tesis del recurrente. Si nada dice de enfermedad del paciente antes y después del despido y sobre su incapacidad para el trabajo, ello no demuestra la inexistencia de la incapacidad después de la fecha de la desvinculación contractual. El documento lo elabora el médico de la empresa, sin ingerencia del empleado, de manera que si omite el registro de las enfermedades que alteren su salud, de allí no se sigue que no las haya sufrido, o que, por tal causa, no haya estado incapacitado para el desempeño de sus labores.

Los dictámenes de la Medicina del Trabajo contradicen el concepto del recurrente. De acuerdo con su texto, antes y después del retiro del empleado, éste venía padeciendo de una enfermedad mental —la esquizofrenia— cuyo resultado es la invalidez total durante la vida del paciente.

El cargo en examen no es viable y, por tanto, no prospera.

6. El propósito del tercer cargo es demostrar que el demandante no estuvo imposibilitado para concurrir al examen médico dentro de los cinco días siguientes a la fecha de expiración del contrato, y que por haber sostenido lo contrario el Tribunal incurrió en error de hecho.

Para demostrarlo alega el acusador que la sentencia inestimó unas pruebas y apreció otras erróneamente.

Con referencia a las pruebas inapreciadas, se observa: Se ha visto que el Tribunal tuvo en cuenta las declaraciones de testigos, como se anotó en el examen del segundo cargo. Por tanto, para el rechazo de este aspecto de la acusación, la Sala se remite a lo dicho en el estudio de aquél.

El reparo de que la sentencia no estimó la carta por la cual la empresa dio por terminado el contrato (F. 64) de fecha 29 de mayo de 1954, previniéndole en ella al trabajador que debía presentarse a examen médico de retiro dentro de los cinco días siguientes al 1º de junio del mismo año, carece de fundamento, porque el documento fue analizado por el sentenciador, dando a conocer su contenido. Con referencia a esa prueba, anota: "Esto sucedía cuando el trabajador había recibido muchas cartas de aliento y reconocimiento por los servicios prestados a la empresa".

Las pruebas mal apreciadas que cita el recurrente, son las mismas que enumera el segundo cargo y la declaración y certificado del médico doctor Zunzunegui. A lo cual la Sala observa:

Examinados los testimonios, nada hay en ellos que demuestre el hecho de que el demandante no estuvo imposibilitado para presentarse a la oficina del médico de la compañía con el fin de que le practicara el examen médico de retiro. Los dictámenes de la Medicina del Trabajo se refieren a la enfermedad mental del trabajador y a la invalidez resultante de ella, no al examen médico de retiro ni a las causas que lo impidieron. Las dos pruebas no fueron, pues, apreciadas con desacierto y, como se ha visto, ninguna de ellas se refiere al hecho que demuestran, según el recurrente.

El certificado del doctor Lisardo Zunzunegui, de que hace mérito la sentencia y al cual se refiere el cargo (F. 62) de fecha 26 de agosto de 1954, dice que ha examinado a Cruz Arias y lo ha sometido a tratamiento por haberle encontrado síntomas del grupo esquizofrénico, cuya presentación data de hace unos tres meses, aproximadamente. Indica a continuación los síntomas de la dolencia. En su declaración (Fs. 85 y 86) da cuenta de los mismos hechos afirmados en el certificado. En ella dice que conoció al actor en los primeros días del mes de junio de 1954, aconsejando su ingreso inmediato a una clínica. En su calidad de neuro-psiquiatra, relata los síntomas de la novedad y su evolución, expresando que no puede volver a trabajar, por la simple razón de que la esquizofrenia prosexual de que padece es incurable.

Tampoco se refiere la prueba en mención al hecho que con ella encuentra demostrado el acusador.

Lo que dice el *ad quem* acerca de la inasistencia del demandante al examen médico de retiro, dentro del plazo legal, es que ello ocurrió por imposibilidad física, extremo que halla acreditado en el proceso con los conceptos de los médicos doctores Víctor Castillo y Lisardo Zunzunegui. Analiza el testimonio de Zunzunegui, en el cual expresa que los síntomas de la enfermedad se presentan en forma paulatina y progresiva, y agrega el Tribunal que su desarrollo en la forma expuesta, se halla confirmada con la declaración del doctor Víctor Castillo, quien examinó por tres veces al paciente en abril y mayo de 1954, expresando que sufría de una fuerte depresión mental, para cuya atención era necesaria la intervención de médicos psiquiatras. De esa prueba, dedujo el estado de postración nerviosa del enfermo, su indiferencia hacia todos los actos de la vida, y la consiguiente imposibilidad para presentarse al examen médico.

La sentencia sostiene, en el fondo, que por fuerza mayor, el trabajador no pudo concurrir al examen, y es ello lo que en concepto de la Sala acreditan las declaraciones de los dos facultativos. La presencia de una causa, como la que se indica, exonera al deudor del cumplimiento de sus obligaciones, según conocido principio de derecho, consagrado en la ley. No sobra anotar que el impugnante sólo se refiere al certificado del médico doctor Zunzunegui y el Tribunal tuvo en cuenta no sólo esa prueba y la declaración jurada del mismo, en la cual ratifica los hechos que asevera en el testimonio, sino también la declaración del doctor Castillo. Por tanto, en el supuesto de que hubiera apreciado erróneamente el certificado del primero de los nombrados facultativos, quedaría en pie, como fundamento de la decisión, el testimonio del segundo.

El cargo no prospera.

La última acusación alega ilegitimidad de la personería del demandante, con base en las normas pertinentes del Código Judicial, y de su quebranto deduce violación de los artículos 227, 277 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo.

La Sala observa que la ilegitimidad de personería del demandante, motivo de excepción dilatoria, y la misma ilegitimidad respecto de ambas partes, causal de nulidad del juicio (Arts. 330-2 y 448-2 del C. J.), son cuestiones de naturaleza procesal, sin influencia en la decisión de derecho. Está contemplada en la casación civil (Art. 520, numeral 6º, ib.), pero no en la de trabajo. Por lo demás, aun consagrada en ésta, como lo hace uno de los decretos-ley de la reciente reforma judicial, su consecuencia, de ser admisible, no sería, como lo entiende el recurrente, la absolución de la parte demandada, sino la declaración del estado en que queda el juicio, evento en que la Corte ordena el envío de los autos al Tribunal de origen o a otro próximo a éste, como lo previene el artículo 540 del Código en cita, para los fines que éste expresa.

Basta lo dicho para el rechazo del 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 Cali.

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

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

Crótatas Londoño, Conjuez, *Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario,

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CESANTIA. — INDEMNIZACION MORATORIA. — CONCILIACION. TECNICA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

Sólo al terminar el contrato de trabajo se causa el derecho a la cesantía. — Cesantía y conciliación. — Sin aceptación del reclamante no puede hablarse de acuerdo conciliatorio. La fase de la conciliación no es apta para aducir ni para valorar pruebas. — Facultades del funcionario que interviene en el acto. — La estimación que él haga de medios probatorios no vincula al Juez en el proceso de conocimiento que pueda surgir con posterioridad. Cuándo hay lugar a cesantía plena y cuándo a cesantía restringida. — Cuál es la prueba adecuada para determinar el capital de la empresa. — Error de hecho y técnica de casación. — Cómo se determina la fecha de la consignación de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. — Exención de la sanción moratoria. — Violación de la ley por falta de aplicación y violación por aplicación indebida.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., octubre 5 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario laboral promovido por Oscar Nieto Henao contra la compañía de responsabilidad limitada, domiciliada en Bogotá, representada por su Gerente, denominada Industrias Metálicas.

I

ANTECEDENTES

El apoderado del actor relata, como hechos fundamentales de la demanda, los que a continuación se resumen: Oscar Nieto Henao trabajó para la sociedad en la construcción de muebles metálicos, desde el 1º de abril de 1957 hasta el 30 de enero de 1959, o sea, durante 22 meses; para retribuir sus servicios se pactó un salario por unidad de obra o a destajo, el cual estuvo sujeto a fluctuaciones semanales en su cuantía; el contrato terminó por voluntad del patrono; la empresa no le ha pagado al trabajador la cesantía; le canceló el salario en dominicales y festivos a razón de $ 4.50 diarios, pero se abstuvo de cubrirle los últimos días de descanso obligatorio por estimar que no tenía esa obligación; la empresa clausuró sus actividades del 27 de diciembre de 1957 al 7 de enero de 1958, habiendo imputado a vacaciones el lapso comprendido entre las dos fechas, recibiendo el empleado a título de compensación por el descanso legal la suma de $ 268.00; el 31 de mayo de 1957 el actor sufrió un accidente de trabajo, que le ocasionó ocho días de incapacidad, según dictamen médico.

II

LA LITIS

Con base en los hechos expuestos, Nieto Henao solicitó que la compañía fuera condenada a pagarle lo siguiente: salarios insolutos, tomando como base de la remuneración la suma de $ 20.00 diarios, vacaciones, auxilio monetario derivado de incapacidad para el trabajo, cesantía, reajuste de la suma recibida por trabajo en domingos y festivos, perjuicios por lucro cesante y a título de indemnización moratoria, y, por último, las costas del juicio.

Invoca en derecho las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo, manifestando que no le constaba su

tiempo de duración. También admitió el que afirma el sistema de remuneración a destajo. Negó los demás hechos y los fundamentos de derecho que en apoyo de sus pretensiones hace valer el demandante.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 4º del Trabajo de Bogotá, condena a la sociedad a pagar al actor (numeral 1º), lo siguiente:

a) $ 1.005.95 por cesantía;

b) $ 1.859.02 por dominicales y festivos;

c) $ 243.49 por salarios caídos.

Ordena deducir del valor de las condenas la suma de $ 487.90, consignada por la empresa en favor del demandante, y, en consecuencia, declara probada, parcialmente, la excepción de pago (numeral 2º); y la absuelve de los demás cargos de la demanda (numeral 3º).

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra la anterior providencia. Lo decidió en segunda instancia la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. La sentencia del *ad quem* confirma la del inferior en su numeral 1º literales a) y c); revocó la del literal b) del mismo numeral y, en su lugar, absolvió a la sociedad de la condena que contiene; confirmó también lo dispuesto en los numerales 2º y 3º de la resolución apelada, y condenó a la compañía en un 50% de las costas del juicio.

Los apoderados de las partes interpusieron contra la sentencia del Tribunal el recurso de casación, que les fue concedido, admitido por la Sala y tramitado en legal forma.

III

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Aspira a que la Corte case el fallo del Tribunal en cuanto confirma las condenas de los literales a) y c) de la sentencia de primer grado y en cuanto le impone las costas del juicio a la sociedad demandada, dejándolo vigente en sus demás disposiciones.

Se acoge a la causal primera de casación, y con fundamento en ella formula un solo cargo, el de violación de los artículos 65, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, en relación con los artículos 20 y 78 del Código de Procedimiento Laboral, por falta de aplicación, de modo indirecto, a causa de errores de hecho por apreciación equivocada de unas pruebas e inestimación de otras.

Los errores fueron estos:

a) No dar por demostrado, estándolo, que el pago de la mitad de la cesantía común obedeció no sólo a las instrucciones dadas al patrono por un Inspector del Trabajo, sino a la conciliación aprobada por éste.

b) Dar por demostrado, sin estarlo: que el último promedio mensual del salario del actor fue el de $ 561.90; y que el patrono incurrió en trece días de mora injustificada en el pago o consignación judicial de lo que confesó deber al demandante.

c) No dar por demostrado, estándolo: que el promedio del salario mensual fue de $ 517.23, o sean $ 17.24 diarios y, que el título de consignación fue expedido el 2 de febrero de 1959 y presentado al Juzgado el día siguiente, aunque el reparto solo se hubiera hecho el 14 del mismo mes.

El cargo cita como pruebas inestimadas las siguientes: acta de visita y conciliación (Fs. 9 a 13); 29 sobres de pago (F. 36); comprobante de pago con el proyecto de liquidación (Fs. 56 y 57). Y como pruebas erróneamente apreciadas enumera: la demanda (Fs. 1 a 4) y su contestación (F. 16); diligencias de consignación (Fs. 50 a 52); acta de inspección ocular (Fs. 57 a 58); copias de planillas de pago (Fs. 59 a 72); y copia de la declaración de renta y patrimonio de 1958 (Fs. 74 a 75).

Para sustentar el cargo, arguye el recurrente:

La copia del acta de visita y conciliación, provista de firmas autógrafas y sello oficial, en copia carbónica, presentada como prueba por el actor con la demanda, fue aceptada como auténtica por los litigantes, sin objeciones del demandado. Según el documento, los trabajadores de la empresa, entre ellos Nieto Henao, reclamaron ante el visitador que debía liquidarse la cesantía *"del ciento por ciento"*; que como de la frase pidió explicaciones el representante de la sociedad, de nacionalidad extranjera, dijo el Inspector que como se trataba de una industria con capital inferior a $ 20.000, no estaba el patrono en la obligación de pagar sino quince días de salario por cada año de servicio y proporcionalmente por fracciones de año. Este punto fue conciliado, quedando pendientes de arreglo únicamente la incapacidad por accidente de trabajo y el reajuste por dominicales y festivos. El acta de la diligencia termina con la acostumbrada advertencia de que lo conciliado tiene el valor de cosa juzgada, y con la aprobación por las partes que en ella intervinieron, bajo su firma, entre las cuales figura la del demandante. Consta en el mismo documento que la sociedad se constituyó por escritura número 4888 del 20 de diciembre de 1957, de la Notaría 3ª de Bo-

gotá, con capital de $ 19.000, y como la diligencia se efectuó el 23 de enero de 1958, no había otro elemento de juicio para demostrar su capital, ya que se ignoraba el resultado que arrojaría el balance para la declaración de renta y patrimonio, en elaboración. De ahí que el proyecto de liquidación, de fecha 31 de enero de 1959, o sea, una semana después del acta conciliatoria, se acomodara a lo dispuesto por el Inspector del Trabajo. Y como al día siguiente, 1º de febrero, domingo, el actor no se presentara a recibir la cesantía liquidada, el patrono hizo el depósito en el Banco de la República el 2 de febrero y lo llevó al Juzgado el 3 de ese mes. Sin embargo, el Tribunal confundió la fecha del reparto, 14 de febrero de 1959, posterior a la del recibo de los negocios que se reparten, con la de la entrega del memorial remisorio del título de consignación. Al pie del memorial nunca se pone nota de la secretaría con fecha de recibo, sino el sello fechador, que en el asunto litigioso dice "Bogotá, febrero 3/59", sin firma, y posteriormente, la nota de reparto, con fecha completa y firma del respectivo Juez. Si el contrato terminó el 31 de enero, y el patrono hizo la consignación en el Banco el 2 de febrero, llevándola al Juzgado el 3 del mismo mes, es "una barbaridad" imputarle mora injustificada al patrono.

Tampoco apreció el Tribunal el recibo del folio 55. El Inspector, así como declaró conciliado en el 50% el reclamo del 100% de cesantía, declaró lo propio respecto a la petición de aumento del 10% del salario, según el acta del 23 de enero. Y ocurre que el día siguiente, 24 de enero, el patrono le pagó a Oscar Nieto el valor del aumento. "¿Será o no justificable que con la misma rapidez y sujeción al acta conciliatoria, siete días más tarde la empresa liquidara y consignara la media cesantía ordenada y convenida en la misma acta?". Si no hubiera existido conciliación, sería procedente la condena a la cesantía plena, porque el patrimonio gravable declarado por el año de 1958, fue superior a $ 20.000. Pero la declaración se produjo el 28 de febrero y no antes de la conciliación y de la consignación judicial de la cesantía. Al tiempo de la terminación del contrato y de la conciliación, no había patrimonio gravable declarado, sino un capital social de $ 19.000, una orden del Inspector al patrono de atenerse a ese capital, y un acto conciliatorio convenido por el patrono y el trabajador. Pero hay más: entre el 1º de febrero de 1958 y el 31 de enero de 1959, según las planillas incorporadas al acta de inspección ocular, recibió el actor $ 6.206.80, lo que da un promedio de $ 517.23. Como la cesantía congelada en 30 de junio de 1957 valdría $ 116.35 y la del segundo período $ 818.93, la plena habría valido $ 935.28. La media cesantía ordenada por el Inspector y conciliada por las partes, valía $ 467.16, y el patrono consignó $ 487.90.

Los tres errores resultan de evidencia incontrastable, y fue a causa de ellos por lo que la sentencia incurrió en las violaciones a que el cargo se refiere, así: dejó de aplicar los artículos 20 y 78 del Código de Procedimiento Laboral que le dan a la conciliación aprobada por el Inspector del Trabajo el valor de cosa juzgada respecto de la media cesantía; y, en cambio, aplicó los artículos 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo sobre cesantía plena a un caso no regulado por esas normas, o sea, en forma indebida, que subsistiría aun en el caso de falta de conciliación, porque la condena se basa en un promedio distinto del demostrado en el juicio. Y también aplicó indebidamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que, según la jurisprudencia, para su operancia se requiere mora injustificada, hecho no acreditado, pues la consignación de lo debido se hizo oportunamente y por suma superior al de la cesantía restringida; de no haberse efectuado conciliación, el único capital de la empresa computable hasta el momento de la consignación, era el de $ 19.000. Tal circunstancia y el concepto del Inspector del Trabajo, constituían motivo justo de error y descartaban toda posibilidad de imputarle al empresario extranjero "mala fe".

El opositor demandante alega que el Tribunal apreció todas las pruebas del proceso, según la relación que de ellas hace en el párrafo que transcribe de la parte motiva de la sentencia, y, de manera especial, la de inspección ocular. Niega que esté probada en el juicio conciliación alguna, porque el acta en que se dice consignada (Fs. 9 a 13) carece de valor probatorio, por falta de autenticidad, y, de consiguiente, tampoco es eficaz para ver en ella la prueba del capital de la empresa. No incurrió la sentencia —anota— en error alguno al señalar el salario promedio mensual devengado por el actor, que dedujo de las planillas incorporadas a la inspección ocular, y, tampoco incurrió en error al tomar como fecha de la consignación hecha por el patrono el 14 de febrero de 1959 y no la del 3 de ese mes y año, como afirma el cargo, pues la segunda corresponde a la del memorial de consignación. En resumen, agrega, no están demostrados los errores de hecho de que habla el recurrente, aparte de que existen varias pruebas que sirven de soporte al fallo acusado, no atacadas por aquél.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La acusación ataca la sentencia en cuanto a las condenas por cesantía e indemnización moratoria. La Sala pasa a examinarla en ese orden.

I

Cesantía.

A dos puntos se concreta el reparo del recurrente: extensión del derecho y salario básico para su liquidación.

Sobre este extremo de la litis, dice el sentenciador: de las pruebas aportadas a los autos y en especial de la inspección ocular, se deduce que el demandante prestó servicios como trabajador a destajo, desde el 1º de abril de 1957 hasta el 31 de enero de 1959, y que promediando lo devengado en el último año de labores, obtuvo un salario de $ 561.90 mensuales. Fue correcto lo decidido al respecto por el fallo apelado. En efecto: el trabajador laboró para la empresa durante un año y diez meses, que debe liquidarse así: del 1º de abril al 30 de junio de 1957 con sueldo mensual de $ 465.30, que se obtuvo del promedio de lo devengado en dicho lapso, que es el procedente en virtud de la congelación de la cesantía en 30 de junio del año citado. Para el tiempo restante se debe tener en cuenta el último salario promedio devengado, o sea el de $ 561.90. Por tanto, le corresponde al actor por el primer período un auxilio de $ 116.30 y por el segundo (julio 1º de 1957 a enero de 1959) $ 889.64, lo que da un total de $ 1.005.95, valor de la obligación conforme a lo dispuesto por el artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, y 195 *ibídem,* "pues la declaración de renta presentada tiene un capital superior a $ 20.000".

II

Indemnización moratoria.

En relación con esta petición de la demanda inicial, dice la sentencia que como el contrato de trabajo terminó el 31 de enero de 1959, y la sociedad solo consignó lo que creía deber al demandante el 14 de febrero del mismo año, según lo acreditan los comprobantes de folios 50 a 52, incurrió en mora de trece días en el pago de las prestaciones causadas, por lo cual debe ser condenada a la sanción por mora de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, o sea a un día de salario por cada uno de retardo, cuyo importe, tomando como asignación diaria la de $ 18.73, da la suma de $ 243.49.

Cumple ahora analizar si la sentencia incurrió en los errores de hecho a que el cargo se refiere y en consiguiente violación de las normas legales que cita.

1. Se examina el material probatorio mal apreciado o inestimado por el Tribunal, del cual deduce el acusador el error de juicio que le imputa.

a) *Acta de visita y conciliación* (Fs. 9 a 13).

Según el opositor, el acta carece de valor probatorio, por falta de autenticidad. Es preciso, por consiguiente, dilucidar este reparo, y, al efecto la Sala observa:

Fue acompañado el documento por el actor con la demanda inicial (F. 3). No lo analizan los fallos de instancia, pero al enumerar los medios probatorios aducidos por las partes, lo califican de informal.

Suscriben el acta el Inspector del Trabajo, el representante de la sociedad demandada y los empleados de la empresa que asistieron a la diligencia. En su parte final dice aquella que se entregan sendas copias a las partes "para su conocimiento y fines legales consiguientes".

El acta es un duplicado al carbón, emanado del original. Se trata, por tanto, de un documento auténtico, pues fue elaborado por un funcionario administrativo, en ejercicio de un cargo conferido por autoridad pública. Le asigna ese mérito el artículo 632 del Código Judicial. Debe observarse que el patrono no opuso tacha alguna de falsedad al documento, ni en casación puede objetarlo el trabajador, porque es principio de la ciencia probatoria el de que ello no le está permitido a quien aporta al juicio una prueba a su favor. No tiene, pues, fundamento legal la glosa de que el acta no ofrece mérito alguno.

Era, pues, del caso estimar la prueba y a ello procede la Sala:

2. En la diligencia el demandante formuló varios reclamos, entre otros el de la cesantía "del ciento por ciento por el tiempo de servicios prestado a la empresa". Ante la solicitud del representante de la sociedad, señor Samuel Eisenstein, sobre el significado del reclamo, expuso el Inspector (F. 10): "Respecto de la cesantía de que hablan los trabajadores que se les debe pagar el ciento por ciento, de acuerdo con el artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo y por ser una industria cuyo capital es inferior a veinte mil pesos, no está en la obligación de pagar sino quince días de salario por cada año de servicio y proporcionalmente por fracciones de año". El Inspector dejó testimonio en la diligencia de que según la escritura número 4888

del 20 de diciembre de 1957, Notaría 3ª de Bogotá, el capital de la empresa era de $ 19.000. Se lee en el acta (Fs. 11 y 12): "A su turno se procede a verificar el arreglo conciliatorio con el señor Oscar Nieto en lo referente a sus reclamaciones sobre dominicales, ya que el aumento del 10% que reclama quedó conciliado en parte anterior, en el sentido de que le sería reconocido por la empresa...". En cuanto al reajuste del salario para el pago de trabajo en domingos y el de 19 días de servicio, también en días de descanso obligatorio, dice el funcionario que sus fórmulas de arreglo fueron aceptadas por el patrono pero no por el reclamante. Agrega el acta: "A la vez se notifica a las partes que lo conciliado, según la disposición antes citada (Art. 78 del C. P. L.), tiene el valor de cosa juzgada".

3. Observa la Sala: el contrato de trabajo terminó el 31 de enero de 1959, hecho acreditado en el proceso, que las partes no discuten ni ha sido materia de debate en casación. El demandante, en el acta de visita, de fecha 23 de enero del año citado, vigente aún la relación de trabajo, solicitó que se le hiciera el pago de la cesantía plena, es decir, la de un mes de salario por cada año de servicio y proporcionalmente por fracciones de año. De acuerdo con la ley (Art. 249 del C. S. T.), la prestación se causa expirado el contrato, por regla general, de manera que no era pertinente considerar el reclamo, ni acuerdo conciliatorio alguno al respecto. Pero interpretando la pretensión en el sentido de que la diferencia no radicaba en la definición del derecho sino sobre la manera de liquidarlo, no es exacto que acerca de la petición las partes hubieran llegado a un acuerdo. El acta da cuenta del concepto del Inspector en el sentido de que el patrono no estaba obligado al pago de la cesantía plena sino a la restringida de que trata el artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, pero no de la aceptación del reclamante. Es obvio que sin tal requisito, no puede hablarse de acuerdo, pues se trata de un acto jurídico, que requiere, como toda manifestación de voluntad, el consentimiento de quienes lo celebran. La opinión del Inspector no tuvo el asentimiento del demandante, ni nada dijo al respecto el representante de la empresa. El único punto materia de arreglo, según el acta, fue el relacionado con el aumento del salario en un 10%.

4. En lo concerniente al capital de la empresa, dijo el Inspector que según la escritura orgánica de la sociedad, de diciembre de 1957, era de $ 19.000, de lo cual dedujo que el trabajador sólo tenía derecho a la cesantía restringida y no a la plena.

La Sala observa que la fase de conciliación *no es apta para la aducción de pruebas y, por tanto, para su valoración. Las facultades del funcionario oficial (Art. 20 del C. P. L.) se reducen a lo siguiente: a oír a las partes y a invitarlas a un arreglo amigable, sin emitir concepto alguno sobre sus diferencias, y en caso de que no lleguen a un acuerdo, a proponerles fórmulas de avenimiento. Si los interesados le presentan elementos probatorios, no tiene la obligación de pronunciarse sobre ellos, y en el supuesto de que los estime, el valor que les asigne no vincula al Juez en el proceso de conocimiento que con posterioridad surja entre los litigantes.*

5. La sentencia condenó al pago de la cesantía plena, dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo (no el 252 que equivocadamente cita), con base en la declaración de renta y patrimonio (Fs. 74 y 75), de la cual resulta que el patrimonio gravable de la empresa en el año anterior al de la terminación del contrato, era superior a $ 20.000. Ahora bien: la cesantía restringida, para empresas industriales, tiene lugar cuando el capital del patrono es inferior al límite indicado (Art. 252 ibídem). *De otro lado, la prueba adecuada para determinar el capital es la que se dejó anotada a vista de lo preceptuado en el artículo 195 de la obra en cita. Luego la decisión del Tribunal se ajusta a derecho, por lo que la censura del recurrente carece de fundamento. No sobra anotar que la prueba en referencia fue aducida al juicio por la sociedad, de manera que la estimación que de ella hace el Tribunal, acorde con su contenido, no habría podido conducirlo al error de hecho de que habla el acusador. En vista de tal circunstancia, el argumento de que cuando se celebró la conciliación (enero de 1959) no había presentado el patrono la declaración de renta, ni, por tanto, podía saberse cuál era su patrimonio gravable, por lo que ha debido aceptarse el del capital social, resulta inatendible, ya que el patrono se atuvo al que mostrara su declaración de renta y patrimonio por el año de 1958, que fue el anterior al de expiración del contrato.*

b) *Declaración de renta y patrimonio* (Fs. 74 y 75).

El cargo cita esta prueba como mal apreciada por el sentenciador.

6. Al respecto la Sala se remite a lo dicho en el análisis que hizo de este documento.

c) *Comprobante de pago* (F. 55), *proyecto de liquidación* (F. 56) *y sobres de pago* (F. 36);

inspección ocular y planillas de pago (Fs. 57, 58 y 59 a 72).

El acusador afirma que las dos últimas pruebas fueron mal apreciadas, e inestimadas las demás.

7. La Sala observa: la liquidación del salario promedio mensual la hace el recurrente tomando en cuenta el período del 1º de febrero de 1958 al 31 de enero de 1959, y no durante los dos períodos en que la sentencia divide el tiempo de servicios, que era lo procedente conforme a la ley. No acusa, pues, los fundamentos de la sentencia, por lo cual la censura contra ella resulta inatendible. De otro lado, ni siquiera hay conformidad entre el salario promedio que indica el cargo ($ 517.23) con el deducido por el patrono para efectos de la liquidación y pago del aumento de la asignación, según el comprobante del folio 55, de fecha 24 de enero de 1959, que asciende a la suma de $ 548.75.

De otro lado, nada dice el recurrente de los documentos corrientes a folios 36 y 56. Observa la Sala que no *basta mencionar una prueba para que la Corte entre a revisar lo que sobre ella expuso o dejó de decir el fallador, sino indicar el hecho que acredita, contrario al juicio de aquél, dando la demostración del caso, como lo exige la ley reguladora del recurso de casación.*

El comprobante del folio 55 da fe de que el patrono le pagó al trabajador determinada suma por aumento del salario, antes de la expiración del contrato. Al respecto se debe anotar que la demanda inicial no reclama condena al pago de aumentos de la asignación, que, por lo mismo, no fue materia de decisión, de manera que la sentencia no tenía para que ocuparse de ese elemento probatorio.

d) *La demanda y su contestación* (Fs. 1 a 4 y 16).

8. Ninguna consideración hace el recurrente para demostrar la equivocada apreciación de las dos pruebas. Para el rechazo de este aspecto del cargo, la Sala se remite a lo dicho en el párrafo anterior, en lo pertinente.

9. Resta examinar lo concerniente a la condena al pago de la indemnización por mora.

De las diligencias de consignación aparece lo siguiente: el memorial que la anuncia (F. 50), de fecha 3 de febrero de 1959, el cual expresa que acompaña un título de depósito expedido por el Banco de la República por $ 487.90, con destino al pago de prestaciones y salarios del demandante, firmado por el representante de la sociedad. No obra al pie del escrito, como lo asevera el acusador, el sello del Juzgado con anotación de la fecha indicada. La que se dejó mencionada corresponde al memorial y no al sello del Juzgado. La actuación de la autoridad judicial comienza el 14 de febrero del mismo año, a la cual antecede el sello del Juzgado 5º del Trabajo de Bogotá, fecha en que hizo el reparto del memorial. Si éste fue presentado el 3 de febrero, como lo afirma el impugnante, no hay testimonio oficial que así lo demuestre. Los documentos corrientes a folios 51 y 52 dan cuenta de la notificación del depósito al actor y de su recibo por éste. *Como fecha de la consignación judicial no puede tomarse sino la de la entrega del título que la representa a la correspondiente autoridad, anotada por ésta, no la del memorial que la anuncia, que puede ser muy anterior a la de su recibo por ella.* Fue acertada, por consiguiente, la estimación que de la prueba hizo el sentenciador.

No prospera el cargo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Pretende que la Corte case parcialmente el fallo del *ad quem* en cuanto limita la condena por salarios caídos a la suma de $ 243.49, a efecto de que la modifique en el sentido de sustituirla por otra en que le imponga al patrono la obligación de pagar, por el indicado concepto, la suma de $ 18.73 diarios, a partir del 1º de febrero de 1959, hasta que aquél haga el pago de las prestaciones sociales debidas.

Se acoge a la causal primera de casación y de ella se vale para acusar la sentencia recurrida por violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo indirecto, a causa de error de hecho por falta de apreciación de unas pruebas y mala estimación de otras.

Como pruebas inestimadas cita el recurrente: la inspección ocular, el contrato de trabajo escrito y las planillas de salarios incorporadas a la inspección (Fs. 57 a 58, 7 y 8, y 59 a 79, respectivamente). Señala como pruebas mal apreciadas la confesión contenida en la diligencia de consignación (Fs. 50 a 52).

En sustentación del cargo, dice el impugnante:

Demuestran las pruebas no estimadas que el actor trabajó al servicio de la sociedad del 1º de abril de 1957 al 31 de enero de 1959, habiendo devengado un salario promedio mensual de $ 561.90 en el último año de servicios, hechos que el patrono no ha desconocido. A sabiendas de que al actor le correspondía por auxilio de cesantía la suma de $ 1.005.95, le consignó por esa prestación la suma írrita de $ 486.90 por salarios y prestaciones, de donde resulta que lo correspondiente a prestaciones fue una suma

menor de la indicada. No demostró la empresa la menor duda sobre el valor del auxilio de cesantía, ni que le asistiera derecho para retener parte de su valor. La suma consignada no alcanza a la mitad del valor de la prestación y no tiene efecto liberatorio frente a lo dispuesto por el artículo 65. El patrono depositó parte del valor del auxilio, afirmando de mala fe que lo consignado era lo que creía deber. Por no haber apreciado la sentencia el contrato de trabajo, las planillas de pago y la inspección ocular, y haber estimado equivocadamente la prueba de la consignación, violó el citado precepto legal por no haberlo hecho producir todas sus consecuencias, ya que limitó el pago de los salarios caídos al lapso transcurrido entre el día de la terminación del contrato y el de la consignación írrita, cuando debió condenar al pago de la indemnización por mora hasta el día en que la empresa satisfaga todas las prestaciones sociales debidas.

Cita en apoyo de su tesis la sentencia de casación del 15 de enero de 1959 (juicio de Joaquín Galindo Restrepo contra Esso Colombiana), en la cual se dice que cuando el patrono consigna una parte de la deuda, teniendo la convicción de que su importe es una cantidad superior y se descubren trazas de abuso del derecho o fraude a la ley, debe considerarse írrita la consignación y condenarlo al castigo indemnizatorio. También se acoge a otro fallo de la Corte, proferido en el juicio de Werner Oberman contra Industria Colombiana Electro Plástica, en la cual se sostiene que la suma que consigne el patrono no puede ser una cualquiera, sino la que se haga digna de crédito, que debe depositar de buena fe, en una cuantía proporcional al monto de lo debido, pues de lo contrario debe operar la condena a la indemnización moratoria.

Como cargo subsidiario del anterior, formula el recurrente el de violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación. Lo sustentan estas consideraciones:

Está probado en el juicio el contrato de trabajo y su duración, e igualmente el salario en cuantía de $ 561.90 mensuales en promedio. También está admitido que el valor del auxilio era el de $ 1.005.95, y el hecho de que lo consignado fue la cantidad de $ 486.90. Sin embargo, siendo evidente que la suma depositada no guarda proporción con la debida, no se consideró al patrono de mala fe, sino que se le dio poder liberatorio a la consignación. La sentencia no aplicó integralmente la disposición, pues limitó la condena por salarios caídos, siendo ostensible que la empresa obró de mala fe al depositar una suma inferior "a la que debió haber sido su normal creencia de deber".

SE CONSIDERA:

Son hechos probados en el juicio, según la sentencia, el contrato de trabajo, su duración y el salario promedio mensual devengado por el demandante, el cual deduce de la inspección judicial y de las planillas de pago de ella incorporadas. Con base en tales pruebas condenó a la empresa al pago de la deuda a su favor por cesantía. Si ello es así, el reparo de que incurrió en error de hecho por su inestimación, carece de fundamento.

Lo que pretende demostrar el recurrente es que siendo hecho indubitable el contrato laboral, como el de que la cesantía insoluta ascendía a la cantidad de $ 1.005.95, la sentencia limitó la condena a la indemnización por mora al valor de los salarios por trece días de retardo en la cancelación de tal deuda, cuando ha debido imponer la sanción moratoria, desde la expiración del vínculo hasta el día del pago total de la obligación en la cuantía debida, considerando írrita y desproporcionada a su valor real el monto de lo consignado por el patrono, o sea la cantidad de $ 487.90.

Nada dice la sentencia sobre la proporción entre el valor de la obligación y el del depósito destinado a su cancelación. El silencio al respecto permite suponer que estimó aceptable el contenido en la consignación. Al respecto debe anotarse lo siguiente:

En la respuesta a la demanda la sociedad negó el hecho que afirma la existencia de la deuda por cesantía, manifestando, en alegación de segunda instancia (F. 87) que consignó lo que estimaba deber al demandante. En autos obra el acta de conciliación (Fs. 9 a 13), que si bien no acredita, como se dijo en el estudio de la demanda de casación de la sociedad, acuerdo extrajudicial en el sentido de que la cesantía a que tenía derecho el trabajador era la restringida a que se refiere el 252 del Código Sustantivo del Trabajo, y no a la plena del artículo 249 ibídem, *constituye en cambio elemento de juicio estimable para juzgar la conducta patronal. En efecto: en la diligencia conciliatoria, la autoridad administrativa que la presidió, conocedora de la legislación laboral, emitió el concepto de que la empresa sólo estaba obligada al pago de la cesantía restringida. Acertada o no, esa opinión la tuvo en cuenta sin duda la sociedad para hacer la liquidación del auxilio. Si el valor de la cesantía ordinaria alcanzó a la cifra de $ 1.005.95, el de la restringida, equi-*

valente a la mitad de ese guarismo, ascendía a la cantidad de $ 502.97. Y lo consignado por la empresa fue la suma de $ 487.90. Si existió un error al estimar que lo debido era la cantidad expresada, se basó en pruebas y razones atendibles. Cuando así ocurre, debe considerarse que el patrono obró de buena fe, evento en que, según la jurisprudencia, no procede la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en atención al carácter punitivo que ofrece el precepto. No es contraria a esa doctrina la contenida en los fallos de casación a que se refiere el recurrente, pues en el caso de autos no se advierte el propósito de fraude a la ley, mala fe, ni consignación desproporcionada frente a la cuantía de las obligaciones debidas al expirar el contrato, según la estimación del deudor, fundada en el concepto del Inspector del Trabajo.

No se recibe, por tanto, el primer cargo.

En cuanto al subsidiario, la Sala observa: la sentencia dio aplicación al artículo 65 durante el tiempo en que, según su concepto, incurrió en mora la sociedad demandada. No desconoció, pues, el contenido de la misma, requisito indispensable para su violación de modo directo, por falta de aplicación. Su quebranto, por aplicación indebida, con fundamento en que no le hizo producir todos sus efectos, pertenece a un motivo de casación distinto, que no es el que informa la acusación. Por consiguiente, tampoco prospera ésta.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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, José Joaquín Rodríguez, Sergio Antonio Ruano, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RECLAMACION DE SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

Las dos modalidades que presenta el error de hecho. — Acertada y completa indicación que debe hacerse de las normas violadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., octubre 14 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral, promovido por Héctor Julio Ruiz contra la sociedad anónima en liquidación, denominada "Cerámicas Mayólica Rodríguez", domiciliada en Bogotá, representada por el liquidador.

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda que Héctor Julio Ruiz comenzó a prestarle servicios a la sociedad, en la sección de mecánica de mantenimiento, desde el 4 de marzo de 1959, según contrato verbal de trabajo; que laboró para aquélla hasta el 3 de abril del mismo año, habiendo devengado un salario de $ 750.00 mensuales; que fue inscrito en el Seguro Social con el indicado sueldo el 25 de marzo del año citado, dejándose constancia de que la fecha de ingreso fue el 5 del mes y año mencionados; que fue despedido por la empresa, según carta del 3 de abril de 1959, sin justa causa; que al despido se negó a hacerle el pago de las prestaciones sociales, a pesar de haberle dicho que debía acudir a la oficina de caja a recibir su valor.

Se funda el actor en los hechos expuestos para pedir que por sentencia sea condenada la sociedad a pagarle lo siguiente: cesantía; salarios por tres días; salarios del plazo presuntivo; indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante hasta la fecha de la demanda si el patrono no cubre las deudas por los conceptos anteriores; y las costas del juicio.

Cita en derecho las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda se opone a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, se atuvo a lo que se demuestre en el juicio. Propuso la excepción de inexistencia de las obligaciones.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 1º del Trabajo de Bogotá, condenó a la sociedad a pagarle al demandante lo siguiente: $ 60.42 por cesantía; $ 75.00 por salarios insolutos; y $ 3.775 a título de indemnización por ruptura ilegal del contrato. Absolvió a la compañía de la súplica sobre condena a la indemnización por daño emergente y lucro cesante por haberla decidido en la misma sentencia; declara no probada la excepción propuesta por ella; y la condena en las costas del juicio.

De la anterior providencia apelaron los litigantes. La sentencia decisoria del recurso de alzada, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revocó la del inferior, con costas para la parte demandante.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso la parte actora el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y preparado en debida forma, se encuentra para recibir sentencia.

LA DEMANDA DE CASACION

Persigue la quiebra del fallo del Tribunal, para que la Corte, en su reemplazo, confirme el de primer grado e imponga a la sociedad las costas de la segunda instancia. Fija así el alcance de la impugnación.

Se acoge, aunque no la cita, a la causal primera de casación.

Formula contra la sentencia recurrida un solo cargo, el de violación indirecta de los artículos

249, 127 y 47 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, a causa de error de hecho.

Consistió el error en la falta de apreciación del documento emanado del Seguro Social (F. 15), firmado por el actor y Bernardo Guarnizo Cortés, administrador de la empresa, ratificado por éste en la declaración que rindió en el juicio (Fs. 17 y 18).

El documento —dice el recurrente— da cuenta del ingreso del demandante al Seguro Social el 5 de marzo de 1959. Demuestran las dos pruebas, "dejadas de apreciar por el Tribunal", tanto el hecho anotado como el relativo al salario del trabajador en cuantía de $ 750.00 mensuales, "elementos que echa de menos en su fallo el Tribunal, por omisión evidente de las pruebas referidas".

Dice el acusador en el aparte del alegato que lleva por título "Análisis y Demostración del Cargo", que en el certificado de inscripción al Seguro confiesa el administrador de la empresa que Ruiz ingresó a su servicio el 5 de marzo de 1959 con sueldo de $ 750.00 mensuales, documento que reconoció en su firma y contenido en la declaración que rindió en el juicio. Luego era forzoso admitir como probados los hechos de que dan cuenta las dos pruebas, que no solo resultan de ellas sino de la confirmación que aparece en el informe del Seguro Social del 21 de febrero de 1961 (F. 23). Por falta de apreciación de los citados elementos probatorios, violó el Tribunal las normas legales que cita el cargo; agrega el recurrente que de haberlos apreciado el Tribunal en su totalidad, hubiera tenido que concluir que estaban probados los hechos a que ellos se refieren, la iniciación de la relación laboral y el salario.

Transcribe el impugnante a continuación, este pasaje de la sentencia: "Y respecto a la certificación que obra al folio 23 del expediente, expedida por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales ha de observarse que no es prueba idónea para demostrar el término de la relación laboral, como lo ha venido sosteniendo reiteradamente la Corpóración". Comenta el pasaje transcrito en esos términos: "no analiza la sentencia la prueba de inscripción del trabajador en el Seguro en el párrafo anterior de su providencia. Además, no se trata de probar la terminación de la relación laboral, sino su iniciación y el sueldo. Debido, pues, concluye el cargo, a esta manifiesta omisión en la apreciación de esa prueba el Tribunal violó las disposiciones citadas que tratan sobre cesantía, salarios y plazos presuntivo".

En la réplica al cargo el opositor dice que en su formulación no cumple las exigencias técnicas, porque no indica el concepto de infracción de las normas legales a que se refiere; que, además, es infundado, porque el documento emanado del Seguro Social que cita como no apreciado, no es público sino privado; que, por último, la aseveración de que el Tribunal no hubiera estimado dicho documento es inexacta, pues sí lo tuvo en cuenta, como lo admite el propio recurrente. Por tales razones manifiesta que la decisión acusada se ajusta a derecho y no es el caso de infirmarla.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. No es aceptable el reparo del opositor en el sentido de que la acusación adolece del defecto formal de no haber señalado el concepto de infracción de las normas legales. En su desarrollo dice muy claramente que se produjo de modo indirecto a causa de error de hecho, por falta de aplicación.

2. El cargo carece de fundamento pero por razones distintas, a saber:

Toda la prueba aportada al juicio la integran estos elementos: a), el certificado de inscripción del trabajador en el Seguro Social (F. 15) firmado por éste y el administrador de la empresa Bernardo Guarnizo Cortés; b), el informe de dicha entidad para el Juzgado (F. 23) en que ratifica la inscripción; c), la nota de fecha 3 de abril de 1959 (F. 14), suscrita por el nombrado Guarnizo Cortés, por la cual comunica al trabajador que la empresa daba por terminado el contrato (F. 14), y d), la declaración del mismo administrador (Fs. 17 y 18), por medio de la cual reconoce la firma y contenido de la nota y el certificado de inscripción en el Seguro.

El anterior acervo probatorio lo analiza la sentencia. Acepta como hecho probado el contrato de trabajo y su terminación por voluntad de la empresa el 3 de abril de 1959. En cuanto a la fecha de iniciación del vínculo y el salario sostiene, con base en la declaración del administrador de la sociedad, que no son hechos acreditados en el proceso, y de ahí que la absuelva de las condenas por cesantía, salarios insolutos e indemnización de perjuicios por lucro cesante, acogidas por el fallo de primer grado.

El certificado de inscripción en el Seguro Social, señala como fecha de ingreso del empleado el 5 de marzo de 1959 y un salario de $ 750.00 mensuales; lo aprecia la sentencia en los términos de que da cuenta el pasaje de la parte motiva que la acusación transcribe. Es ese el documento en que se basa principalmente el recurrente para

sostener que sí son extremos acreditados en el juicio la fecha en que comenzó la relación de trabajo y la asignación del demandante.

Ahora bien: *si la sentencia niega, al estimar la prueba, lo que ella acredita, lo adecuado habría sido acusar error de hecho por su equivocada apreciación, no esa clase de error por no haberla tomado en consideración.*

La ley del recurso extraordinario (Art. 87, inciso del numeral 1º del C. S. T.) separa las dos modalidades que presenta el error de hecho, esto es, el que proviene de apreciación errónea de una prueba, y el que se origina de su falta de estimación. Se advierte fácilmente que la actividad del fallador en los dos casos no es igual, pues en el primero valora el medio probatorio, esto es, cumple un acto de inteligencia; en el segundo, no hay operación alguna de orden lógico sobre el mérito de la prueba. En tal evento, se ignora cuál hubiera podido ser el juicio del sentenciador si lo analiza. Trátase de una exigencia formal que la demanda de casación debe satisfacer y que la Corte no puede suplir de oficio.

Cabe hacer observación igual con relación al testimonio rendido en el juicio por Bernardo Guarnizo Cortés, que a la sentencia le sirve de fundamento para concluir que no demuestra, por su imprecisión, la fecha en que se inició la relación de trabajo y el salario devengado por el demandante, que el recurrente no intenta siquiera desvirtuar, limitándose a decir que fue inestimado por la sentencia.

3. No sobra anotar, en relación con las peticiones sobre pago de salarios insolutos y perjuicios por lucro cesante, que el recurrente cita como violados por la sentencia, en cuanto a la primera súplica, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y, respecto a la segunda, el 47 ibídem. *A lo cual observa la Sala: el 127 señala los elementos integrantes del salario y el 47 somete al plazo presuntivo los contratos cuya duración no haya sido estipulada o no resulte de la naturaleza de la obra o servicio. Por sí solos no establecen derecho al salario y a la indemnización de perjuicios por lucro cesante, y por tanto, no tuvieron inmediata incidencia en la resolución recurrida. Otros son los preceptos sustanciales que consagran los derechos reclamados. De lo cual se sigue que la proposición jurídica resulta incompleta, pues en el supuesto de que la sentencia haya violado las citadas normas no habría ello bastado para el quebranto de la resolución acusada.*

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

AUXILIO DE INVALIDEZ. — LIQUIDACION DE LA CESANTIA EN CASO DE ENFERMEDAD. — EXENCION DE LA SANCION MORATORIA. INTERPRETACION DE LA DEMANDA

Presupuestos del auxilio de invalidez. — Examen de la afirmación de que la cesantía se causa por servicios realmente prestados. — Es evidente que durante el lapso de la enfermedad no hay prestación de servicio, pero de allí no se sigue que deba descontarse para liquidar la cesantía. — La enfermedad y la suspensión del vínculo laboral. — En el lenguaje del Código del Trabajo la enfermedad es un fenómeno diferente a la fuerza mayor o el caso fortuito. — Exención de la sanción moratoria. — Interpretación de la demanda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., octubre 20 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por el doctor Marcelino Luque Peña contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

ANTECEDENTES

En compendio dice la demanda, en sus fundamentos de hecho, que el doctor Luque Peña prestó servicios personales a la Federación Nacional de Cafeteros desde el 1º de octubre de 1958 como odontólogo de su personal, según contrato de trabajo, en el cual se estipuló, como término de duración, el de seis meses; que el salario convenido por las partes fue el de $ 1.400 mensuales; que el 1º de enero de 1959 le sobrevino al trabajador un accidente, que le ocasionó graves lesiones, tales como traumatismo craneano que a su vez le produjo hemorragia subaracnoideana en concepto del facultativo que lo atendió; que como secuelas del accidente el empleado quedó incapacitado para trabajar durante seis meses; que transcurrido ese lapso se ha mantenido ese estado en forma parcial, susceptible de conducirlo a una invalidez; que la Federación no le liquidó legalmente el auxilio de cesantía, pues solo le reconoció la prestación por el tiempo laborado (tres meses); que no le ha cancelado el patrono la totalidad de las sumas pagadas por gastos médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios, ni la prima de servicios causada durante el segundo semestre de 1958.

LA LITIS

Con base en los hechos relatados, el apoderado del actor solicita que la Federación sea condenada a pagarle: reajuste de la cesantía; servicios médicos; auxilio de invalidez e indemnización moratoria; y, por último, las costas del juicio.

Como fundamentos de derecho cita las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda califica de improcedentes sus peticiones. En cuanto a los hechos, acepta los que afirman la existencia de un contrato de trabajo y el plazo pactado, negando los demás. Respecto a gastos por enfermedad, dice que el actor estuvo afiliado al Seguro Social y, por tanto, que su atención, corría a cargo del Seguro; que a pesar de eso, canceló graciosamente parte de su costo e igualmente el auxilio monetario. Agrega que el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo, y que por cesantía y prima de servicios, la Federación le pagó al trabajador una bonificación extra.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 2º del Trabajo de Bogotá, absolvió a la Federación de Cafeteros de todas las peticio-

nes de la demanda, con costas a cargo de la parte demandante.

El actor interpuso contra la anterior providencia el recurso de apelación, que fue decidido en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. La sentencia correspondiente confirmó la del Juzgado *a quo*, sin costas.

La parte vencida hizo valer el recurso de casación contra el fallo del *ad quem*, que le fue concedido por el Tribunal. Elevados los autos a esta Superioridad, fue admitido por ella el recurso y tramitado en legal forma, hallándose en estado de recibir sentencia.

LA DEMANDA DE CASACION

Aspira a que la Corte case la sentencia del Tribunal y a que, en fallo de instancia, condene a la Federación Nacional de Cafeteros a pagar al actor la suma de $ 14.000, valor del auxilio por invalidez permanente parcial, al reajuste de la cesantía y a la indemnización moratoria, librando de las costas al actor e imponiéndolas a la entidad demandada.

Se acoge a la causal primera de casación y con fundamento en ella formula cuatro cargos.

Primer cargo.

Violación del artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo, literal a) del inciso 1, por aplicación indebida a causa de evidente error de hecho.

Se produjo el error por equivocada apreciación del dictamen de la Medicina del Trabajo (F. 40) y del que lo aclaró, emanado de la misma oficina (F. 45).

Dice el recurrente que el segundo dictamen no dejó sin efecto el primero, como lo afirma el Tribunal. Por haberlo entendido así, incurrió en error de hecho, ya que del primitivo se deduce la existencia de la enfermedad no profesional del demandante y su estado de invalidez permanente parcial.

Para sustentar el cargo, expone el acusador:

1. Expresa el primer dictamen, distinguido con el número 462-S, luego de describir la enfermedad de que padece el doctor Luque Peña, que considera no profesional y de pronóstico reservado, que "es responsable de ocasionarle un estado de invalidez permanente parcial para el trabajo, al que corresponde un auxilio monetario equivalente a 10 meses de salario", de acuerdo con lo establecido en el ordinal a), numeral 1º del artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo.

Que el dictamen no fue objetado por la parte demandada, del cual solo pidió ampliación o explicación, contenida en el concepto número 523-S; que en éste, dijo el médico, al aclarar el anterior, que por no haber tenido oportunidad de seguir el desarrollo clínico de la enfermedad del paciente, le es imposible precisar el curso cronológico de cada una de sus dolencias, y por ello se limitó en el dictamen anterior a describirlas y avaluar la consiguiente incapacidad.

Para el Tribunal existen dos dictámenes, con la consecuencia de que el segundo invalida el primero; confunde lamentablemente los conceptos "aclarar y explicar" con los términos "rehacer o reponer", olvidando que la explicación o aclaración de un hecho no atacan su integridad, sino que apenas despejan dudas para hacerlo más claro. No se puede decir lo mismo cuando se trata de rehacer o reponer el hecho, pues entonces se produce uno nuevo. Por haber confundido las dos situaciones, incurrió el fallador en el error de hecho acusado.

2. El primer dictamen tiene su fundamento en la ciencia médica y, por tal motivo, el Tribunal ha debido acogerlo, pues como lo dice Stoppato, no es presumible que un Juez culto pueda negar lo que está lógica y científicamente demostrado.

3. La sentencia desechó el primer dictamen porque, según el segundo, no era posible precisar cuáles fueron las enfermedades no profesionales que padeció el actor mientras estuvo al servicio de la Federación, requisito indispensable para el reconocimiento de las indemnizaciones reclamadas, que no puede deducir por falta de conocimientos científicos.

Los dos conceptos médicos indican cuáles fueron las alteraciones patológicas de que padeció el actor y la imposibilidad para determinar su curso. En autos está demostrado que el demandante gozó de las prestaciones económicas y asistenciales de que tratan los artículos 227 y 228 del Código Sustantivo del Trabajo y como para deducir la incapacidad se debe dispensar previamente al trabajador la atención temporal hasta por seis meses, se infiere que la fijación de la invalidez permanente parcial realizada con posterioridad, se ajusta a derecho, "pues ese estado clínico consecuencial al tratamiento de los seis primeros meses es la secuela permanente" que lo hizo acreedor al auxilio de que habla el dictamen. No apreció la sentencia los fundamentos del concepto aclaratorio cuando al referirse a la enfermedad del paciente expresa que su evolución es lenta y asintomática en sus comienzos, y por tanto, de un desarrollo más o menos largo.

No era, pues, el caso de desestimar el primer dictamen, ni aducir como razón la carencia de conocimientos científicos, sino aceptarlo, por hallarse debidamente fundado y respaldado por quien sí tenía autoridad para conceptuar sobre el punto.

En su réplica al cargo, alega el opositor:

No afirma la sentencia que la aclaración de la pericia médica la hubiera dejado sin efecto en cuanto señala la existencia en el actor de enfermedades no profesionales y gradúa la incapacidad resultante de ellas, ni que el primer dictamen y el que lo aclaró sean distintos, como tampoco que cada una de las enfermedades comunes que sufría el actor cuando fue examinado por el perito hubieran sido adquiridas al servicio de la Federación. Lo que el Tribunal dice es que la aclaración del dictamen lo dejó sin efecto para fundar en él una condena por auxilio de invalidez, de donde se sigue que los estimó como un solo elemento probatorio.

Al respecto ocurrió lo siguiente: según la historia clínica (Fs. 23 y 24) la única enfermedad no profesional que sufrió el actor al servicio de la Federación, fue una meningitis de nemococo, no obstante lo cual el dictamen incluyó las consecuencias de una dolencia de Hodgkin entre los fundamentos de la conclusión de invalidez a que llega y de su graduación. Por tal motivo, solicitó aclaración del dictamen, y al hacerlo, dijo el experto que no se halla en condiciones de determinar, por no haber seguido el curso de las dolencias, qué alteraciones fueron adquiridas por el doctor Luque Peña cuando se hallaba al servicio de la Federación y cuáles fueron adquiridas después. Es, pues, la aclaración del dictamen la que deja sin piso la tercera afirmación del impugnador. De todo lo cual concluye que no ha podido incurrir la sentencia en el error de hecho que el cargo le atribuye.

En el estudio que hace la sentencia de la petición relativa al auxilio monetario por invalidez, luego de anotar que en primera instancia el Juzgado ordenó el reconocimiento médico del demandante por la División de Medicina del Trabajo del Ministerio del ramo y de transcribir el concepto emitido por ella bajo el número 462-S (F. 4), anota que a petición del apoderado de la Federación, se ordenó su ampliación y explicación, lo que dio lugar al concepto de la misma oficina marcado con el número 523-S (F. 45), que también transcribe, y agrega: "La aclaración del dictamen tal como puntualiza la sentencia apelada, deja sin efecto el que lo originara, ya que no precisa cuáles fueron las enfermedades no profesionales que padeció el demandante mientras estuvo al servicio de la entidad demandada, requisito indispensable para hacer el reconocimiento de las indemnizaciones de que tratan los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo y al juzgador no le es dable deducirla por carecer de conocimientos científicos para el efecto".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Las pruebas que el cargo cita como mal apreciadas por el sentenciador son los dictámenes corrientes a folios 40 y 45 del expediente, producidos por la División de Medicina del Trabajo del Ministerio del ramo.

El primer concepto, distinguido con el número 462-S de fecha 8 de agosto de 1960, dice textualmente:

"Atentamente doy contestación a su oficio Nº 661, relacionado con el caso médico-laboral del trabajador doctor Marcelino Luque Peña, quien ha sido examinado en el Instituto Médico Nacional de Cancerología, en donde se halla actualmente hospitalizado, por el médico visitador de esta división, doctor Carlos Mogollón Morales, llegándose a la conclusión de que en la actualidad presenta alteraciones neurológicas tales como disartria, parálisis de los miembros inferiores y perturbaciones esfinterianas, secuelas pos-meningitis; anemia bastante acentuada, aplasia medular, alteraciones de la lucidez mental y signos clínicos y anatomo-patalógicos correspondientes a una enfermedad de Hodgkin de forma espleno-hepática, que en nuestro concepto debe considerarse de carácter no profesional, o enfermedad común, de pronóstico reservado y responsable de ocasionarle al trabajador en referencia, un estado de invalidez permanente parcial para el trabajo, al que corresponde un auxilio monetario equivalente a diez meses de salario, de conformidad con lo establecido por el ordinal a) del numeral 1º del artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo".

El apoderado de la parte demandada, en oportunidad legal, pidió ampliación o explicación del dictamen, y al efecto dijo: según la historia clínica corriente en autos, la enfermedad que padeció el actor al servicio de la Federación consistió en un traumatismo craneoncefálico que le ocasionó una meningitis de neumococo, y la pericia incluye las consecuencias de una enfermedad de Hodgkin entre los fundamentos de la conclusión de invalidez a que llega y de su graduación. La solicitud se concretó a la aclaración de este punto, y especialmente a que se dijera cuáles de las secuelas de la enfermedad no profesional de que

padeció el actor al servicio de la Federación revisten el carácter de permanentes, el grado de incapacidad de ellas resultantes, y la respectiva indemnización.

Atendida la solicitud por el Juzgado, la Medicina del Trabajo rindió el informe correspondiente en dictamen número 523-S del 14 de septiembre de 1960 (F. 45) en estos términos:

"De la manera más atenta me refiero a su oficio número 905, para comunicarle que en relación con la ampliación y explicación solicitada por el señor apoderado de la parte demandada, el dictamen médico número 462-S, originario de este Despacho y referente al caso del trabajador doctor Marcelino Luque Peña. Por no haber tenido oportunidad de seguir el curso clínico de las enfermedades que presenta el trabajador en referencia, nos es completamente imposible precisar cuál ha sido el curso cronológico de cada una de sus dolencias y es por ello que en el citado dictamen tan sólo nos limitamos a describirlas en conjunto y avaluar la consiguiente incapacidad para el trabajo que ocasionan actualmente. Por razones lógicas es imposible que este Despacho se halle en condiciones de determinar qué alteraciones fueron adquiridas cuando el doctor Marcelino Luque Peña se hallaba al servicio de la Federación Nacional de Cafeteros y cuáles fueron adquiridas después, ya que el reconocimiento médico solicitado a estas oficinas tan sólo se practicó el día 8 de agosto de 1960. Respecto a la fecha de iniciación de la enfermedad de Hodgkin en el trabajador doctor Marcelino Luque Peña es científicamente imposible determinarla por tratarse de una enfermedad de evolución insidiosa, generalmente crónica, lenta y asintomática en sus comienzos".

2. No es exacto, como lo afirma la acusación, que el Tribunal haya estimado separadamente los dos dictámenes, considerándolos como elementos probatorios distintos, pues establece entre ellos la debida relación, fijando el mérito del primero con fundamento en las aclaraciones del segundo. Tampoco es cierto que al valorar la prueba hubiera confundido los vocablos "aclarar y explicar" con las dicciones "rehacer o reponer", para ver en la aclaración una pericia diferente de la anterior. El segundo informe del perito precisa el alcance y significación del primero. No tuvo el experto elementos de juicio para dictaminar si el conjunto de alteraciones de la salud del paciente, que relaciona el concepto 462-S, eran consecuencias de la enfermedad que padeció al servicio de la entidad demandada, o surgieron con posterioridad a la desvinculación contractual.

3. Presupuestos del derecho al auxilio de invalidez consagrado en el artículo 278 del Código Sustantivo del Trabajo, son los siguientes: a), que el trabajador de una empresa con el límite de capital señalado en el artículo 277 ibídem, *padezca, hallándose a su servicio, de una enfermedad no profesional; y b), que a causa de ella le sobrevenga un estado de invalidez que lo incapacite para procurarse una remuneración mayor de un tercio de la que estuviere devengando.*

4. Debe examinarse si la pericia médica acredita los dos supuestos de hecho en que se basa la hipótesis legal, como lo sostiene la acusación.

ENFERMEDAD NO PROFESIONAL

Las partes aceptan que hallándose el actor al servicio de la entidad demandada le sobrevino una enfermedad de la índole expresada. Por tanto, el primero de los presupuestos de la citada norma legal se halla acreditado.

CONSECUENCIAS DE LA ENFERMEDAD

Enumera el dictamen una serie de perturbaciones en la salud del paciente correspondientes a una enfermedad de Hodgkin, "responsable de ocasionarle" un estado de invalidez permanente parcial, al cual fija la respectiva indemnización, conforme a la ley.

Al aclarar la pericia dice el experto que "no se halla en condiciones de determinar qué alteraciones fueron adquiridas cuando el doctor Luque Peña se hallaba al servicio de la Federación Nacional de Cafeteros y cuáles fueron adquiridas después", agregando que en la misma imposibilidad se halla para señalar la fecha de iniciación de la enfermedad de Hodgkin, de "evolución lenta y asintomática en sus comienzos".

Como se ve, no se deduce del dictamen que la enfermedad de Hodgkin, causante del estado de invalidez, haya sido una consecuencia de la que padeció el demandante al servicio del patrono.

5. A lo anterior se agrega la circunstancia anotada por la parte opositora de que la historia clínica del enfermo no registra la enfermedad de Hodgkin. La historia, emanada del Seguro Social, se inicia el 22 de octubre de 1954 y termina el 1º de julio de 1959. La primera dolencia que registra durante la vigencia del contrato de trabajo, de fecha 1º de enero del año citado, dice: "Traumatismo craneano con hemorragea subaracnoidea. Estado de coma durante tres semanas con líquido cefalorraquídeo de material purulento que demostró neumococo y abundantes

glóbulos de pus y que fue limpiando poco a poco''. Coincide esa perturbación con la que señala la demanda inicial (hecho 3º). La historia, en el informe del 1º de julio del mismo año habla de mejoría del paciente y concluye con la declaración de que puede comenzar nuevamente a ejercer su profesión de odontólogo.

De todo lo expuesto se puede concluir que no es hecho demostrado en el proceso el de que la enfermedad a que se refiere el dictamen hubiera sido una consecuencia de la que sufrió el actor al servicio de la entidad patronal, y, por consiguiente, que la sentencia no incurrió en el error de juicio a que el cargo se refiere, ni violó, en consecuencia, el artículo 278 del Código.

6. No sobra anotar que aunque la enfermedad sea una derivación de la sufrida por el trabajador al servicio del patrono, y que a causa de ella le sobrevenga un estado de invalidez, baste ese hecho para configurar el derecho al auxilio, pues se requiere, a vista de lo preceptuado en la norma legal en examen, que el paciente quede incapacitado para procurarse una remuneración que exceda de un tercio de la que estuviere devengando. Y al respecto, nada dice la pericia médica.

7. Según el recurrente, no ha debido la sentencia desechar el dictamen porque se halla debidamente fundado. A lo cual observa la Sala: el mismo perito manifiesta, en el informe aclaratorio, que no está en capacidad de afirmar si las dolencias del paciente fueron consecuencias de la enfermedad no profesional que se le presentó vigente el contrato de trabajo. Su conclusión no es, pues, la de que se trate de secuelas de dicha enfermedad. Por lo demás, debe advertirse que el fallador goza de libertad para apreciar las pruebas, con sujeción a las reglas de la sana crítica, y, por lo mismo, aunque el contenido de la pericia fuera el que indica el acusador, no por ello estaría obligado el Tribunal a acatarla si de acuerdo con su convicción, no son aceptables sus fundamentos y conclusiones.

El cargo no prospera.

Los cargos segundo a cuarto se refieren a las súplicas de la demanda inicial relativas a la cesantía y a la indemnización moratoria. El segundo acusa la sentencia por violación de los artículos 249 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo indirecto a causa de error de hecho, y el cuarto los mismos preceptos, directamente. La última acusación señala también como violados los citados textos legales y, además, los artículos 51-1 y 53 de la misma obra, por errónea interpretación. La presenta en subsidio de las dos anteriores.

Para demostrar el cuarto cargo, expone el recurrente:

El concepto del Tribunal de que la cesantía se paga por servicios realmente prestados, conforme el artículo 249 del Código, hace referencia a una suspensión del contrato de trabajo por causa de enfermedad. Ese concepto entraña un entendimiento equivocado de las normas citadas, porque a las causales taxativas de suspensión del contrato laboral establecidas en el artículo 51, añade otra, la consistente en la enfermedad del trabajador hasta por 180 días. La tesis del fallador es opuesta a una jurisprudencia del Tribunal Supremo, basada en el artículo 5º del Decreto 1160 de 1947, según la cual la enfermedad del empleado hasta por el término de 180 días, no se entiende como solución de continuidad para efectos de la liquidación de la cesantía.

Alega el opositor que si la Corte llegara a aceptar la errónea interpretación de los textos legales que el cargo acusa, tendría sin embargo que mantenerla, porque permanecería en pie su fundamento de hecho, esto es, el de que de los medios probatorios aducidos al juicio no pueden deducirse bases para el reajuste de la cesantía. Agrega que no está vigente el artículo 5º del Decreto 1160 de 1947, y, en el supuesto contrario, habría sido indispensable citar también como violado el texto de la Ley 6ª de 1945 que el Decreto reglamenta.

SE CONSIDERA

En relación con la cesantía dice la sentencia: ''De los medios probatorios que figuran en autos no pueden deducirse bases para tal reajuste. Además, este auxilio, como lo ha repetido la doctrina y la jurisprudencia, se paga por servicios realmente prestados de conformidad con el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo''.

En lo que hace a la indemnización por mora, desecha la sentencia la condena por ese concepto en atención a que no encontró obligación alguna exigible a cargo del patrono al terminar el contrato.

Debe ahora examinar la Sala la censura que contra la sentencia, formula el recurrente:

De los dos fundamentos de la resolución, el cargo ataca el que aduce con base en el artículo 249 del Código, esto es, el de que la cesantía se causa por servicios realmente prestados.

AL RESPECTO OBSERVA LA SALA

Dispone el ordenamiento legal:

''Todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se in-

dican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año".

El derecho se hace exigible, por regla general, al terminar el contrato de trabajo, como claramente lo estatuye la previsión legal.

Termina el contrato de trabajo en los casos previstos en el artículo 61 del Código. Merece consideración especial la regla del literal g) de la disposición, según la cual termina el contrato por decisión unilateral en los casos de los artículos 48, 62 y 63. La última de estas normas establece el régimen sobre expiración del contrato con previo aviso tanto por parte del patrono como del trabajador. El literal A) agrupa en seis numerales las concernientes al patrono. La del 5º instituye como justa causa para que éste lo dé por terminado, la siguiente: "La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga el carácter de profesional, y cuya duración, según dictamen médico, no sea probable antes de seis meses, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que incapacite para el trabajo por más de dicho lapso; pero el despido por esta causa no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad".

Para el evento de enfermedad no profesional, que es la contemplada en el asunto litigioso, las prestaciones por tal causa se concretan al auxilio monetario hasta por 180 días, conforme al artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, y, además, a la asistencia médica por el mismo lapso si el trabajador se halla afiliado al Seguro Social, como lo fue el demandante en este pleito. Guarda relación con el citado precepto el que se dejó transcrito del artículo 63 del mismo Código.

Como se ve, hasta el límite de tiempo señalado, se mantienen las prestaciones por enfermedad y el contrato de trabajo si el patrono no le ha puesto término, pues para éste es un derecho facultativo, ya que el vínculo no se extingue por ministerio de la ley. Más todavía: la vida del contrato y aun la atención de las prestaciones puede prolongarse por término superior al previsto por la ley, si así lo determina el patrono o a ello es obligado por virtud de cualquier acto jurídico, como el pacto, la convención colectiva o el fallo arbitral.

Es evidente que durante el lapso de la enfermedad no hay prestación del servicio, pero de allí no se sigue que deba descontarse para liquidar la cesantía. No hay norma legal que así lo disponga; en cambio, se ha visto que la contenida en el artículo 249 subordina el pago del auxilio a la terminación del contrato, y como la enfermedad ordinaria o común no produce ese efecto sino que apenas constituye justa causa para que el patrono dé por concluido el vínculo después de transcurrido cierto tiempo a partir de la aparición de la dolencia, el juzgador no puede atribuírselo sin descontar lo preceptuado en tal ordenamiento. No dice éste que el derecho al auxilio se adquiere por servicios realmente prestados; no se niega que el fundamento de hecho de la norma es la prestación del trabajo, pero no puede interpretarse aisladamente sino en armonía con los preceptos pertinentes del estatuto laboral. Analizado el punto con este criterio, que es el dominante en la exégesis de toda ley, se llega a la conclusión de que el canon no puede entenderse con la generalidad que le asigna el fallador.

En efecto, hay interrupción del servicio durante los días de descanso legal obligatorio, e igualmente durante el período de vacaciones. En esas hipótesis, que se presentan durante la vida del contrato, no hay descuento del tiempo de los descansos para la liquidación de la cesantía. Tampoco hay trabajo cuando éste no se presta por culpa o disposición del patrono (Art. 140 del Código), y sin embargo, el vínculo laboral se mantiene con todas sus consecuencias, entre otras, la del pago de la correspondiente remuneración.

Contempla la ley (Art. 303 del C. S. T.) la prestación efectiva del trabajo para efectos del derecho a la prima de servicios; en ese caso la interrupción del servicio por enfermedad constituiría un impedimento para su adquisición. Empero lo dispuesto en la citada norma no es la regla general sino la excepción, y no puede abarcar situaciones jurídicas distintas, como la relativa a la cesantía. La afirmación se basa en principio muy conocido sobre métodos de interpretación de la ley, sancionado por el legislador.

Sólo cuando hay suspensión del contrato de trabajo el tiempo que ella dure se descuenta para liquidar la cesantía e igualmente para vacaciones y jubilaciones, según el artículo 53 del Código, a voluntad del patrono. Y la enfermedad no es causal de suspensión del vínculo, pues no la incluye el artículo 51 ibídem *que regula dicha institución. No puede entenderse comprendida la enfermedad dentro del numeral 1º del artículo 51, según el cual fuerza mayor o el caso fortuito es motivo de suspensión del contrato, porque aquella en el derecho del trabajo tiene una significación distinta de la que ofrece el caso fortuito o la fuerza mayor en el derecho común. En efecto, la legislación laboral separa*

dicha institución de la enfermedad, dándole a ésta un tratamiento propio e independiente. Así, el artículo 173 del Código, para efectos de la remuneración del descanso dominical, exige el trabajo en todos los días laborables de la semana, pero excusa las faltas en el servicio cuando obedecen a justa causa o a culpa o disposición del patrono. Y el inciso 2 de la norma define la justa causa diciendo que se entiende por tal el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor y el caso fortuito. Como se ve, en el lenguaje del Código, enfermedad y fuerza mayor o caso fortuito, son fenómenos distintos.

Lo expuesto conduce a esta conclusión: vigente el contrato de trabajo, la interrupción en la prestación del servicio debida a incapacidad por enfermedad, no autoriza para deducir el tiempo de la interrupción en el cómputo del que deba tomarse en cuenta para efectos de liquidar la prestación de que se trata.

Como lo anota el recurrente, el concepto de que la cesantía se paga por servicios realmente prestados, permite deducir que el pensamiento del Tribunal fue el de considerar que el tiempo de la enfermedad en que el trabajador no labora, debe excluirse para la liquidación del auxilio. Como principio general esa tesis no es aceptable y conduce, como lo sostiene el cargo, a una errada interpretación del artículo 249 precitado.

De los dos fundamentos de la sentencia, el que se deja examinado basta para su quiebra. Si ello es así, no es necesario tomar en cuenta el de hecho, como lo afirma el opositor, pues aun suponiéndolo acertado, no podría mantenerse el fallo si el que se basa en el artículo 249 vulnera este ordenamiento.

Es cierto que la decisión jurisprudencial a que alude el recurrente, anterior a la vigencia del Código, no es aplicable al caso de autos, en atención a que el artículo 5º del Decreto 1160 de 1947, en que aquélla se basa, no está vigente, como lo observa el opositor. Sin embargo, coincide ella con la inteligencia que la Sala le asigna a la norma de aquél Código, reguladora de la cuestión jurídica a que el cargo se refiere.

En relación con la infracción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la Sala observa:

La deduce el recurrente de la violación del artículo 249 y de la de los otros dos que cita en el cargo, en atención a que no habiendo cubierto el patrono el auxilio de cesantía, en su totalidad, debe operar la sanción por mora.

Al respecto debe anotarse que si la Federación Nacional de Cafeteros sólo le pagó al demandante el auxilio de cesantía por el tiempo de servicios comprendido entre el 1º de octubre y el 31 de diciembre de 1958, sin imputar el período de incapacidad por enfermedad de aquél (1º de enero a 30 de junio de 1959), estimó de buena fe que no estaba obligado a incluirlo. Esa opinión fue compartida por el sentenciador, como se ha visto en el examen del cargo. Así las cosas, no puede estimarse que su conducta fue contraria a la buena fe ni que hubiera tenido el propósito de negar, sin razón ni fundamento, obligaciones a su cargo. Basta la circunstancia de que la sentencia hubiera entendido que no era computable el tiempo de la incapacidad para liquidar el auxilio, para estimar que no es el caso de la sanción por mora, de acuerdo con la doctrina recibida por la jurisprudencia, en sede de casación.

Los cargos segundo y tercero persiguen los mismos fines del cuarto. Lo decidido por la Sala al examinar éste, hace innecesario el estudio de aquéllos.

FALLO DE INSTANCIA

El contrato de trabajo entre las partes se inició el 1º de octubre de 1958, y terminó, por renuncia del empleado, el 1º de julio de 1959; el salario convenido por los litigantes fue el de $ 1.400. Los hechos enumerados fueron admitidos por la entidad patronal en la respuesta a la demanda. Afirma ésta que el patrono sólo le pagó al demandante la cesantía correspondiente a tres meses de servicios y que no le liquidó legalmente la prestación; con fundamento en esos hechos suplica su reajuste. La petición fue negada por los falladores de instancia; ambos entendieron que lo solicitado fue el reajuste del auxilio, esto es, una nueva liquidación de lo que el trabajador había recibido por tal concepto, y como observaron que en autos no obraba prueba de lo pagado por el patrono correspondiente a tres meses de labores, dedujeron que no existían bases para acceder a la pretensión.

La demanda —como lo tiene decidido la jurisprudencia— es susceptible de interpretación, en forma semejante a los contratos. Su intención debe buscarse no sólo en el petitum *sino también en la causa* petendi, *relacionándolas entre sí.* De parte del actor hubo impropiedad al pedir la condena al reajuste de la cesantía, pero como su fundamento de hecho radica en que no había sido liquidada legalmente por la empresa, al hacer tal afirmación quiso dar a entender que la ilegalidad tenía por causa el no haberse incluido, para liquidar la prestación, el tiempo de su incapacidad por enfermedad. Es ese el sen-

tido que debe darse a la súplica, en concepto de la Sala.

La deuda de que se trata no fue solucionada sino en parte, quedando pendiente el auxilio por el tiempo corrido del 1º de enero al 30 de junio de 1959. Durante ese lapso, el trabajador estuvo incapacitado para prestar el servicio por causa de enfermedad, extremo que no ha sido materia de discusión entre los litigantes. Su cómputo es pertinente, por las razones que la Sala expuso en el estudio de la demanda de casación, a las cuales se remite. Por tanto, es el caso de reconocer el derecho al auxilio, conforme a lo dispuesto por el artículo 249 del Código. La base salarial para su liquidación fue señalada anteriormente y es la que corresponde tomar en cuenta conforme a lo previsto en el artículo 253 *ibídem*. El valor de la prestación asciende a la suma de $ 700.00.

A mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrida en cuanto absuelve a la parte demandada de la condena por reajuste de cesantía, revoca la de primera instancia que, sobre el mismo punto, se pronunció en igual sentido, y, en su lugar,

RESUELVE:

Condénase a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a pagar al demandante doctor Marcelino Luque Peña, mayor de edad y vecino de Bogotá, dentro de los tres días siguientes al de ejecutoria de esta providencia, la suma de setencientos pesos ($ 700.00) moneda corriente, por concepto de saldo de auxilio de cesantía. *No la casa* en lo demás.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Meja Osorio, Secretario.

EMPRESA Y PATRONO. — SITUACION JURIDICA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES FRENTE A SUS TRABAJADORES. — COMPETENCIA. — DESPIDO INDIRECTO DEL TRABAJADOR. — FACULTAD LIMITADA DEL PATRONO DE EXIGIR OBEDIENCIA. — JUS VARIANDI. — RESOLUCION DEL CONTRATO E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

Qué se entiende por "empresa" en la ley laboral. — Naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. — A qué prestaciones está obligado dicho Instituto. — El artículo 259, Código Sustantivo del Trabajo, identifica los conceptos de "patrono" y "empresa". — Técnica de casación y violación directa de la ley — Competencia en los juicios contra Institutos o Cajas de Previsión Social o instituciones de derecho social. — Condición de procedibilidad impuesta en el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral. — Entre los términos "prestación" e "indemnización" hay diferencia de significado. — Técnica del recurso de casación especialmente referida a la demostración del error de hecho. — Límites de la facultad patronal de exigir obediencia. — A qué se extiende el derecho del patrono de introducir variaciones en cuanto a las actividades que corresponden al trabajador. — Qué se entiende en la doctrina por despido indirecto. — Despido indirecto del trabajador y obligación de indemnizar perjuicios. — Resolución del contrato de trabajo con indemnización de perjuicios. — Examen del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. — Evento en que el trabajador se ve forzado a retirarse por causa del patrono. — Circunstancias atenuantes y eximentes de sanción moratoria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., octubre 31 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio laboral promovido por Federico Delgado contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

I

ANTECEDENTES

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda y su corrección, que Delgado le prestó servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales mediante contrato escrito de trabajo, desde el 16 de julio de 1953 hasta el 31 de agosto de 1956, como Director de Personal, Archivo y Correspondencia; que el contrato fue celebrado con el Gerente General del Instituto, previa designación hecha por el Consejo Directivo del mismo, con una asignación mensual de $ 900.00 y el plazo de un año; que al vencimiento del plazo estipulado inicialmente, el trabajador continuó prestando sus servicios en el mismo cargo; que el día 10 de julio de 1956 se suscribió por el Gerente y Delgado una prórroga expresa y escrita por el término de dos años, contados a partir del 1º de agosto de 1956; que en el desarrollo del contrato se produjeron aumentos del salario estipulado hasta llegar a la suma de $ 1.400, que fue el último devengado; que el 30 de julio de 1956, en las horas de la mañana, el Gerente del Instituto le ordenó a Delgado entregar las llaves de la oficina a su cargo, al doctor Ricardo Pacheco Quintero quien las recibió en presencia de aquél; que en la

misma fecha se le hizo conocer una comunicación distinguida con el número 25, en la cual el Gerente le ordenaba que debía presentarse diariamente en la Secretaría General de 8 a. m. a 12 m. y de 2 p. m. a 6. pm., y permanecer, durante el horario indicado, en la antesala de la Gerencia General, sin función alguna; que el mismo día 30 de julio, en las horas de la tarde, el Gerente ordenó a Delgado la entrega de las oficinas de Personal, Archivo y Correspondencia al señor Eduardo Arboleda Pombo, hecho que se cumplió ese mismo día, con intervención de funcionarios de Auditoría de la Contraloría General de la República y del Jefe de Inventarios del Departamento Financiero del Instituto demandado, según aparece del acta correspondiente que Delgado suscribió al día siguiente, 31 de julio; que en vista de los actos antes relacionados, con fecha 1º de agosto del mismo año, envió al Gerente una comunicación en la cual expresó que consideraba roto el contrato de trabajo por parte del Instituto y solicitó, en consecuencia, la liquidación y pago de las prestaciones e indemnizaciones a que tenía derecho, comunicación que hubo de repetir con fecha 14 de los mismos mes y año ante el silencio del Instituto, y de la cual tampoco recibió respuesta, por lo cual consideró cumplida la tramitación reglamentaria de reclamación para los efectos del artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral; que el Instituto demandado hizo recientemente una consignación en el Juzgado Séptimo del Trabajo de esta ciudad, para cancelar parte de las prestaciones reclamadas, con lo cual quedan pendientes los pagos por razón de los derechos y prestaciones a que se contrae la petición quinta de la corrección de la demanda.

II

EL LITIGIO

Con fundamento en los hechos expuestos en la demanda y en la corrección de la misma verificada en la primera audiencia de trámite, pidió se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.* Que el señor Federico Delgado sirvió al Instituto demandado como Director de la Sección de Personal, Archivo y Correspondencia del mismo desde el diez y seis (16) de julio de mil novecientos cincuenta y tres (1953) hasta el treinta y uno (31) de julio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), en virtud de contrato de trabajo escrito, firmado el diez y seis (16) de septiembre de aquel año, con término fijo de un año a partir de la fecha de ingreso, que se prorrogó automáticamente por períodos de seis meses a partir de la fecha de vencimiento inicial.

"*Segunda.* Que el mismo señor Federico Delgado tuvo una remuneración de novecientos pesos ($ 900.00) mensuales desde su ingreso hasta el 1º de agosto de 1954; de esta fecha hasta el 15 de noviembre de 1955, de un mil doscientos pesos ($ 1.200) mensuales, y del 16 de noviembre de 1955 hasta el 31 de julio de 1956, de un mil cuatrocientos pesos ($ 1.400) mensuales.

"*Tercera.* Que los actos cumplidos por el Gerente General del Instituto demandado en los días 23 y 30 de julio de 1956 y la consecuencia de sus disposiciones de esta última fecha, constituyen un rompimiento de hecho del contrato de trabajo celebrado con el señor Federico Delgado o, en subsidio, graves violaciones que justifican el retiro del trabajador con derecho a las indemnizaciones legales.

"*Cuarta.* Que a pesar de la reclamación directa del señor Federico Delgado, el Instituto demandado sólo ha reconocido al trabajador la suma de cinco mil doscientos trece pesos con siete centavos ($ 5.213.07), entregada el 12 de noviembre del presente año al demandante por el Juzgado Séptimo del Trabajo de Bogotá, a cuyas órdenes se consignó en el Banco de la República por el Instituto previo descuento de la cantidad de un mil ochenta pesos ($ 1.080), saldo a cargo del demandante por concepto de un préstamo hecho por el Instituto. Por lo cual, si la suma dicha se abona al valor del auxilio de cesantía y a la indemnización compensatoria por vacaciones no disfrutadas, quedan pendientes las deudas por los siguientes conceptos, a los cuales puede abonarse el pequeño excedente que pueda existir por los anteriores:

"a) Prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1956 y reajuste del pago hecho por este concepto en el segundo semestre de 1955;

"b) Indemnización correspondiente a los salarios por el tiempo faltante para el vencimiento del contrato de trabajo, y

"c) Indemnización por mora en el pago de las prestaciones e indemnizaciones anotadas.

"*Quinta.* Que, en consecuencia, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales debe pagar al señor Federico Delgado las siguientes sumas (o cuanto se probare):

"a) Setecientos pesos ($ 700.00), por concepto de la prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1956, sobre un sueldo de un mil cuatrocientos pesos mensuales ($ 1.400)

y ciento catorce pesos ($ 114.00) por concepto del saldo pendiente de la prima de servicios en el segundo semestre de 1955;

"b) Treinta y tres mil seiscientos pesos ($ 33.600) como indemnización por el rompimiento injusto del contrato de trabajo por parte del Instituto demandado, para cuyo vencimiento faltaban dos (2) años a partir de la fecha de terminación, y teniendo en cuenta el mismo sueldo anotado antes;

"c) El valor correspondiente a los salarios del trabajador desde la fecha de terminación del contrato de trabajo —31 de julio de 1956— hasta el día en que se pague o se consigne la totalidad de la deuda a cargo del Instituto demandado para con el trabajador demandante.

"Y, finalmente, el Instituto demandado debe pagar las costas del presente juicio en caso de oposición".

Como fundamentos de derecho citó los artículos 57, ordinal 5º, 59 ordinal 9º, 64, 65, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 7º del Decreto legislativo 617 de 1954, Decreto-ley 2324 de 1948, artículo 4º; artículo 17 del Decreto 1343 de 1949 y Decreto 2158 de 1948, en cuanto al procedimiento.

Las respuestas a la demanda y a la corrección de la misma, aceptan la existencia del contrato de trabajo entre las partes, la prestación de servicios por el trabajador Delgado y los sueldos afirmados en la demanda. Respecto a los demás hechos dice atenerse a lo que se pruebe y, agrega, que el contrato de trabajo tuvo su vigencia hasta el 31 de octubre de 1956, fecha en que el Instituto lo dio por terminado unilateralmente, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 8º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, por haber incurrido el demandante en violación grave de las prohibiciones estatuidas en el ordinal 4º del artículo 60 *ibídem*, según comunicación que se le dirigió a Delgado, en la misma fecha. Dijo también, que la prórroga por dos años del contrato de trabajo, a que se refiere el hecho segundo de la corrección de la demanda, ninguna validez tiene, porque de conformidad con los artículos 2º y 10 del Decreto 510 de 1950, el nombramiento de los Jefes de Departamento del Instituto, corresponde hacerlos al Consejo Directivo, a propuesta del Gerente. Que el nombramiento de Delgado como Jefe de Personal, hecho por la Junta Directiva del Instituto, no podía tener más efecto que vincularlo por un tiempo de seis meses, prorrogables de seis en seis meses, por no haberse fijado término en el nombramiento hecho por la Junta, y por tratarse de trabajador particular, según lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948. Que siendo atributivo del Consejo Directivo el nombramiento del cargo desempeñado por Delgado, el Gerente no podía vincular a éste válidamente con el Instituto, mediante prórroga del contrato de trabajo a término fijo de dos años, por lo que la prórroga pactada es nula, por falta de capacidad del Gerente para celebrar ese acuerdo. Que el Instituto consignó en el Juzgado Séptimo del Trabajo, todo lo que creía deber al señor Delgado, por concepto de prestaciones sociales.

Finalmente, se opuso a las pretenciones consignadas en la demanda y su corrección y negó el derecho invocado por el actor. Propuso las excepciones perentorias de pago, compensación, inexistencia de la obligación, y la de petición antes de tiempo, y como dilatoria, la de inepta demanda, o la que se estime configurada por falta de cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral, al no haberse agotado el procedimiento reglamentario de reclamación ante el Instituto demandado.

III

LOS FALLOS DE INSTANCIA

El Juez 6º del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, en providencia dictada dentro de la diligencia de trámite verificada el 4 de diciembre de 1956, declaró no probada la excepción dilatoria de inepta demanda, resolución que fue confirmada por el superior en providencia del 10 de julio de 1957. En tal virtud la litis fue decidida en el fondo por el Juzgado, mediante sentencia de fecha 14 de agosto de 1958. En ella, previas las declaraciones solicitadas en la demanda sobre tiempo de duración de los servicios, sueldos devengados (numerales 1º y 2º), reconocimiento de que los actos ejecutados directamente por el Gerente General del Instituto y los cumplidos por orden de éste en los días 30 y 31 de julio de 1956 "constituían graves violaciones legales del contrato de trabajo celebrado por el señor Federico Delgado con la mencionada Institución que justificaron el retiro definitivo de aquel" (numeral 3º) y la declaración de que el 1º de agosto de 1956 se terminó el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y el Instituto demandado (numeral 4º), condenó al Instituto (numeral 5º) a pagar al demandante Federico Delgado, las siguientes sumas de dinero:

"a) La cantidad de veintitrés mil seiscientos pesos ($ 23.600) a título de indemnización por lucro cesante;

"b) La cantidad de cuatro mil doscientos cincuenta y ocho pesos con treinta y tres centavos ($ 4.258.33) por concepto de auxilio de cesantía;

"c) La cantidad de un mil setecientos veintiséis pesos con sesenta y seis centavos ($ 1.726.66) valor de la compensación de las vacaciones causadas y no disfrutadas;

"d) La cantidad de setecientos noventa y cinco pesos con seis centavos ($ 795.06), por concepto de reajuste de las primas de servicio, y

"e) La cantidad de un mil seiscientos setenta y nueve pesos con noventa y nueve centavos ($ 1.679.99) a título de indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.

"Sexto. *Autorízase al Instituto Colombiano de Seguros Sociales* para deducir de las anteriores cantidades las siguientes sumas de dinero:

"a) La cantidad de novecientos sesenta pesos ($ 960.00) como saldo a cargo del señor Federico Delgado en virtud del préstamo que le hizo a la entidad demandada, y

"b) La cantidad de cinco mil doscientos trece pesos con siete centavos ($ 5.213.07) que el señor Federico Delgado retiró del Juzgado Séptimo del Trabajo de Bogotá, en virtud de la consignación que a su favor hizo la entidad demandada.

"Séptimo. *Absuélvese* al Instituto Colombiano de Seguros Sociales de los demás cargos formulados en el libelo de demanda por el actor Federico Delgado.

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

Posteriormente, y a petición del apoderado del demandante, el Juzgado en providencia de fecha 30 de agosto de 1958, corrigió el error aritmético en que incurrió al producir la condena por concepto de lucro cesante (literal a), del numeral 5º de la parte resolutiva de la sentencia), para concretarla en la suma de $ 33.600.

La sentencia de segundo grado, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 16 de diciembre de 1958, decisoria del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo del juzgado *a quo*, dispuso lo siguiente:

"Primero. *Modifícase* el literal a) del *numeral quinto* de la parte resolutiva del fallo apelado, el cual quedará así:

"A) Treinta y un mil trescientos trece pesos con treinta y cuatro centavos ($ 31.313.34) moneda legal, por concepto de indemnización de lucro cesante.

"Segundo. *Revócase* el literal c) del numeral *quinto* de la parte resolutiva del fallo apelado y, en su lugar, *declárase que no hay lugar a decidir nada en relación con compensación de vacaciones*, por no haber sido objeto del presente juicio.

"Tercero. *Revócase* el literal d) del *numeral quinto* de la parte resolutiva del fallo revisado y, en su lugar, *absuélvese* al Instituto Colombiano de Seguros Sociales de la súplica relacionada con primas de servicio.

"Cuarto. *Confírmanse* los *numerales primero, segundo, tercero, cuarto, séptimo y octavo* y los *literales* b) y e) del *numeral quinto* de la parte resolutiva del mismo fallo apelado.

"Quinto. *Revócase* el *numeral sexto* de la parte resolutiva del mismo fallo, y, en su lugar, *declárase probadas las excepciones perentorias de pago y compensación*, oportunamente propuestas por la parte demandada, en cuantía de tres mil seiscientos veinticinco pesos ($ 3.625) y novecientos sesenta pesos ($ 960.00) moneda legal, respectivamente. En consecuencia, autorízase al Instituto Colombiano de Seguros Sociales para descontarlas de las condenas proferidas en esta sentencia.

"Sexto. *Sin costas* en la segunda instancia".

Contra la sentencia del Tribunal, ambas partes interpusieron el recurso de casación, que les fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se halla en estado de recibir sentencia.

IV

LA DEMANDA DEL TRABAJADOR

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la Corte case parcialmente la sentencia acusada, en cuanto el Tribunal revocó la condena relativa al pago de prima de servicios contenida en la sentencia de primera instancia, para que en su lugar se reconozca el derecho del demandante sobre este punto, de acuerdo con lo decidido por el Juzgado.

Con invocación de la causal primera prevista en el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula tres cargos contra la sentencia del Tribunal.

En el primero, acusa la sentencia de ser violatoria, por infracción directa, del artículo 4º del Decreto-ley número 2324 de 1948, en relación con los artículos 306 y 338 del Código Sustantivo del Trabajo, que resultan así igualmente violados por falta de aplicación.

En el tercer cargo, considera que la sentencia viola la ley por interpretación errónea del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo en

relación con el 306 del mismo Código, con el Decreto 053 de 1952 y con el artículo 71 de la Ley 90 de 1946.

El recurrente, en el segundo cargo, acusa violación en forma directa, por falta de aplicación, del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 306 *ibídem*, y con el artículo 4º del Decreto-ley 2324 de 1948, que estima como violados por el mismo concepto.

Como los tres cargos persiguen una misma finalidad, y la Sala encuentra viable el segundo, se concretará a éste el estudio y decisión.

El impugnador al sustentar el segundo cargo, expresa lo siguiente:

"La violación de las disposiciones legales sustantivas que se citan resulta de que, cuando el artículo 338 en referencia somete a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y a su régimen de prestaciones a los patronos que cumplen actividades sin ánimo de lucro, apenas con las limitaciones que establezca el Gobierno, el Tribunal niega al actor el reconocimiento de la prima de servicios creada por el artículo 306 del Código, como trabajador particular definido por el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948. Naturaleza de trabajador particular aceptada por el mismo Tribunal al resolver conforme a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo las otras peticiones de la demanda como las relativas a auxilio de cesantía, indemnización moratoria, indemnización por incumplimiento del contrato de trabajo, etc. (Fls. 223, 224 y 225 del C. P.).

"El artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo no sólo no excluye a los patronos sin ánimo de lucro de las obligaciones y prestaciones del Código, sino que expresamente los incorpora dentro del régimen de obligaciones y prestaciones del mismo, sólo con limitaciones cuya fijación se confía al Gobierno, que hasta el momento las ha concretado en el Decreto 053 de 1952, que reduce al 50% de las ordinarias las prestaciones a cargo de ciertas entidades de fines no lucrativos. De manera que excluir a un patrono de la obligación de la prima de servicios porque no persigue fines lucrativos, y concretamente al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, es no aplicar el artículo citado y como consecuencia dejar de aplicar, igualmente, el artículo 306 del Código y el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948, que define a los servidores del Instituto demandado como particulares, con los consiguientes derechos y prestaciones sociales.

"La violación anotada produjo como resultado en la sentencia acusada, la revocatoria de la de primera instancia en la parte relativa al reconocimiento de la prima de servicios en favor del actor, pues de no haber sido por la infracción legal en que incurrió el *ad quem* éste habría debido confirmar la condena de primera instancia.

"Por lo expresado, la honorable Corte, al casar parcialmente la sentencia acusada, debe revocar la decisión del honorable Tribunal sobre prima de servicios y reconocer el derecho del actor a este respecto, como lo hizo el fallador *a quo*".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Para la mejor inteligencia de la cuestión debatida, conviene transcribir el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo que el recurrente señala como violado por no haberse aplicado y las demás normas que guardan relación con esa disposición y que el cargo considera igualmente infringidas.

Preceptúa el artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo:

"1. Los patronos que ejecutan actividades sin ánimo de lucro quedan sujetos a las normas del presente Código; pero para los efectos de las prestaciones sociales a que están obligados, el Gobierno puede efectuar la clasificación de estos patronos y señalar la proporción o cuantía de dichas prestaciones.

"2. Lo dispuesto en el artículo no será aplicable a aquellas personas que, de acuerdo con el Concordato, están sometidas a la legislación canónica".

El mismo Código, en el artículo 306, dispone que toda empresa de carácter permanente está obligada a pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, como prestación especial, una prima de servicios, en la forma, cuantía y condiciones que se establecen en los literales a) y b) de la misma disposición.

Dicho artículo expresa, en el ordinal 2º, que esta prima de servicios sustituye la participación de utilidades y la prima de beneficios que estableció la legislación anterior.

Por su parte, el Decreto-ley número 2324 de 1948, en el artículo 4º, inciso primero, dispone lo siguiente:

"Artículo 4º Los empleados y obreros del Instituto y de las Cajas Seccionales serán trabajadores particulares y gozarán de los consiguientes derechos y prestaciones sociales. No les serán aplicables las normas legales sobre incompatibilidad, sobre carrera administrativa, ni ninguna otra referencia a los trabajadores del Estado y demás entidades de derecho público".

El Tribunal en la parte de la sentencia que dedica a estudiar la naturaleza de la relación jurídica que vinculó a las partes contendientes en este juicio, y el régimen legal aplicable para decidir sobre los derechos debatidos, expresamente aceptó la calidad de empleado particular del demandante dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto-ley 2324 de 1948 y, en consecuencia admitió, igualmente, que las normas aplicables al caso controvertido eran las contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, en el capítulo de la sentencia que intitula "El Contrato de Trabajo y su Validez", expresó lo siguiente:

"Tales prórrogas contractuales son válidas, en atención a lo previsto por el artículo 49 del Código Sustantivo del Trabajo y en virtud de que dicho estatuto es el regulador de las relaciones laborales entre el Instituto demandado y sus servidores por mandato expreso del artículo 4º del Decreto-ley 2324 de 1948".

Sin embargo, al resolver el extremo de la demanda sobre reconocimiento y pago de lo debido por prima de servicios y reajuste de lo pagado por el mismo concepto, decidió que no es aplicable el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón de que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales no es una "empresa" en el sentido económico que caracteriza este vocablo para todos los efectos del Código Sustantivo del Trabajo según lo define el artículo 194 del mismo estatuto, pues, de conformidad con la Ley 90 de 1946, el Instituto demandado no persigue ánimo de lucro en el desarrollo de sus actividades que le son propias.

Al respecto, dijo el sentenciador, lo siguiente: "Carece de derecho el demandante a las primas de servicio suplicadas por no estar obligado el Instituto Colombiano de Seguros Sociales al pago de dicha prestación a sus trabajadores". Para sustentar esta conclusión se apoya en las razones que el Tribunal había tenido oportunidad de expresar en la sentencia que decidió el juicio promovido por el señor Joaquín Valencia contra el mismo Instituto, fallo del cual se hace la transcripción correspondiente. A esa sentencia pertenecen los conceptos contenidos en la parte que se reproduce a continuación:

"El Código Sustantivo del Trabajo, aplicable al asunto sub judice, como queda dicho, en su artículo 306 habla de la obligación que existe para las *"empresas de carácter permanente"* de pagar prima de servicios a sus trabajadores, y el artículo 194 del mismo estatuto, expresamente dice que por empresa se entiende *"toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares..."*, lo que claramente determina que se acoge el concepto económico de empresa como organización capitalista del trabajo ajeno con fines de lucro y ello, por sí solo, es suficiente para concluir que no es aplicable al Instituto Colombiano de Seguros Sociales que, aunque "empresa" en el sentido acogido por el derecho público, como prestatario de servicios públicos, resulta extraño, incompatible, con las cualidades atinentes a la empresa, en su concepción económica, definida por el artículo 194 citado y de acuerdo con los artículos 8º y 71 de la Ley 90 de 1946 que asigna fines contrarios al establecimiento demandado.

"Y analizando los antecedentes del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo que no son otros que el Decreto legislativo 3871 de 1949 y 70 y 71 de 1950, se ve claramente que los titulares de la obligación de pagar prima de servicios son los patronos con ánimo de lucro, quienes debían participar a sus trabajadores de las utilidades obtenidas y hoy, como prestación sustituta, deben la prima de servicios".

SE OBSERVA

Es evidente que el legislador al definir lo que debe entenderse por "empresa" para los efectos contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo, acoge el significado económico que a este vocablo se asigna y con este criterio, al precisar el concepto, dice que es la "unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas, similares, conexas o complementarias, y que tengan trabajadores a su servicio" según puede apreciarse de lo preceptuado por el artículo 194 del mencionado Estatuto Laboral.

También es cierto que la Ley 90 de 1946, que establece el seguro social obligatorio y crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, dispone que el Instituto tiene fines de servicio social y no de lucro para el Estado o para la misma institución. (Art. 71 de dicha ley).

Sin embargo, las circunstancias y hechos anotados no permiten llegar a la conclusión del Tribunal, en cuanto afirma que la obligación impuesta por el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo sobre pago de la prima de servicios, no cobija o comprende al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en razón de que no es una "empresa". En efecto, se ha creído que la definición dada en el Código Sustantivo del Trabajo, de lo que se entiende por empresa,

obedece a la finalidad de establecer una distinción entre patrono empresario y simple patrono, para los efectos de imponer a los primeros determinadas prestaciones de que están exentos los últimos. Sin embargo, si se atiende al régimen legal establecido en dicho estatuto respecto a las prestaciones patronales tanto comunes como especiales, no queda duda de que comprende como obligado a su reconocimiento y pago a todo patrono, sea o no empresario. Así, en lo referente a las prestaciones comunes, el artículo 193 del Código Sustantivo del Trabajo, las impone, en forma general, a todos los patronos, salvo las excepciones que en el Título VIII se consagran. Con relación a las prestaciones especiales que se regulan en el Título IX, ha obrado en apoyo de la mencionada creencia, la circunstancia de que el Código utiliza el vocablo "empresa" al referirse a la parte patronal obligada, en las disposiciones que regulan la pensión de jubilación (Art. 260), el auxilio por enfermedad no profesional e invalidez (Arts. 277 y 278), y el seguro de vida colectivo (Art. 289), entre otras.

No obstante lo anterior, analizado cuidadosamente el punto, se aprecia que la aludida distinción es más aparente que real, si se tiene en cuenta la regla general contenida en el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo, que permite establecer con criterio interpretativo, un campo más amplio de aplicación de las normas que regulan las prestaciones patronales especiales. Dice así esta disposición:

Artículo 259. "Los patronos o empresas *que se determinan en el presente Título deben pagar a los trabajadores, además, de las prestaciones comunes, las especiales que aquí se establecen y conforme a la reglamentación de cada una de ellas en su respectivo Capítulo.* 2. Las pensiones de jubilación, el auxilio de invalidez y el seguro de vida colectivo obligatorio *dejarán de estar* a cargo de los patronos *cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto". (Ha subrayado la Sala).*

El contenido de la norma que se deja transcrita, conduce a afirmar que, en realidad, lo que se advierte en el Código, es la identificación de conceptos existente entre los vocablos "patrono o empresa" que emplea la mencionada disposición, para efectos de individualizar o determinar los sujetos patronales obligados al pago de las prestaciones especiales que allí se establecen, sin utilizar ningún otro criterio excluyente de esa obligatoriedad, que el factor económico resultante del capital de la empresa y la modalidad de permanencia de la misma, para ciertos casos.

Así las cosas, si de lo que se trata, como es evidente, es de regular en su alcance y contenido los efectos derivados de un contrato de trabajo y, concretamente, de un derecho o prestación especial que se reclama de un patrono con fundamento en ese contrato, no cabe la menor duda de que su existencia, alcance, protección y efectos, son los que se determinan en el Código Sustantivo del Trabajo.

Por otra parte, no discutiéndose que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales tiene la calidad de patrono de los trabajadores a su servicio, la circunstancia de que no persigue lucro en el desarrollo de sus actividades que le son propias, no lo liberta de cumplir las obligaciones establecidas por el Código Sustantivo del Trabajo, las que solo pueden ser limitadas en su cuantía por disposición del Gobierno, pero, en ningún caso, suprimidas, si se atiene a lo establecido por el artículo 338 del mismo estatuto, que antes se dejó transcrito. Por lo demás, el Decreto número 53 de 1952 que reglamenta esta disposición, no incluye al citado Instituto en la clasificación que el mismo establece.

De todo lo anterior, resulta clara la violación de la ley por parte del Tribunal, al haber dejado de aplicar el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 338 ibídem *y las demás normas cuya infracción acusa el recurrente en el cargo que se estudia. Prospera la acusación y habrá de casarse, por este aspecto, la sentencia impugnada.*

EL RECURSO DEL INSTITUTO

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula siete cargos contra la sentencia del Tribunal, de los cuales, el quinto y el sexto los presenta como subsidiarios del cuarto.

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la Corte case la sentencia acusada, en sus numerales 1º y 4º, el primero en su totalidad y el cuarto en cuanto confirma el numeral 3º y el literal e) del numeral 5º, de la sentencia del *a quo*, para que convertida la Corte en Tribunal de instancia "revoque la sentencia de primer grado en el numeral 3º y en los literales a) y e) del numeral 5º de la parte resolutiva, y en su lugar absuelva al Instituto Colombiano de Seguros Sociales de las peticiones sobre indemnizaciones por incumplimiento del contrato y por mora en el pago de prestaciones sociales. En subsidio de esta absolución, se declare que la jurisdicción laboral carecía de competencia

para resolver sobre los dichos extremos indemnizatorios''.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

La Sala examinará conjuntamente los cargos primero y segundo en razón de la similitud de los motivos de casación alegados por el recurrente y, además, porque en uno y otro se señalan como violadas, las mismas disposiciones legales.

Cargos primero y segundo.

En el primero, acusa la sentencia de violar, por infracción directa, los artículos 6 y 11 del Código Procesal del Trabajo y 448 y 449 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 145 de la obra primeramente citada, por haberse dejado de aplicar y por haberse aplicado indebidamente los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de las violaciones de medio de las normas primeramente citadas.

Expresa el recurrente que las normas del Código de Procedimiento Laboral indicadas en el cargo, exigen que antes de promoverse juicio contra entidades de derecho público, administrativas, o sociales, o contra instituciones de derecho social, se agote el reclamo directo o cobro previo, pues, sin el agotamiento de esta etapa, el Juez no adquiere competencia para decidir las cuestiones que le sean demandadas en el juicio. Dice no ser discutible el que contra esas entidades o personas ''siempre debe reclamárseles directamente lo que se pretende de ellas en punto a derechos laborales, en forma fundada o infundada, mas de todos modos efectuarse este cobro previo de lo que después se demandará en juicio''. Y agrega: ''De otra suerte, el Juez no adquiere competencia, o si en principio se la supone, carece de atribución jurisdiccional para definir los pedimentos del libelo que no hayan satisfecho esa etapa de reclamación previa y directa''.

Manifiesta que en el caso de autos, ''el sentenciador sin examen alguno sobre el particular, sin una sola frase que denote que halló cumplidas las exigencias de aquellos textos procedimentales, resolvió la contienda, estimando varios de sus pedimentos principales, que le estaban vedados mientras no declarara cumplidos los trámites de la reclamación directa, o efectuada siquiera una cobranza previa de los mismos. Carecía por ello de competencia para estas declaraciones jurisdiccionales y su resolución judicial, así elaborada, desconoció aquellos textos del Código de Procedimiento del Trabajo, infringió en forma asimismo directa el artículo 448 del Código Judicial que afectaba de nulidad su decisión, por virtud de su regla 1ª; el artículo 449, en su regla 3ª, que le enseñaba que su jurisdicción, basada en este caso en el factor subjetivo o competencia que se fija en atención a la calidad de las partes, era improrrogable y nadie ratificó expresamente lo actuado, todo lo cual produjo la aplicación indebida, por cuanto no procedía aplicarlos, de los textos sustantivos conque definió los extremos por lucro cesante y mora, ya que carecía de competencia para ello''.

En el segundo cargo también acusa violación, por infracción directa, de los artículos 6º y 11 del Código Procesal del Trabajo y 448 y 449 del Código Judicial en sus reglas primera y tercera respectivamente, a consecuencia de haber aplicado indebidamente el artículo 456 del Código Judicial en relación con los artículos 145 y 15 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 4º del Decreto 001 de 1957, todo lo cual condujo a la aplicación, igualmente indebida, de los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En su demostración, expresa que para decidir acerca de los pedimentos formulados en la demanda, seguramente el Tribunal estimó que la cuestión atinente al agotamiento de la reclamación previa y directa estaba ya definida (auto del Tribunal folios 61 a 63 del cuaderno número 2) y no podía volverse sobre ella. Sobre esta base, agrega, lo que ocurre es que el Tribunal aplicó la regla segunda del artículo 456 del Código Judicial a un supuesto no regulado por ella, por cuanto la cuestión discutida y definida en aquel auto de fecha 10 de junio de 1957, fue la excepción de inepta demanda, basada en los trámites a que debía someterse la reclamación previa del actor, y el asunto que estaba obligado a estudiar, como Juez *ad quem* al resolver la apelación de la sentencia de primer grado, era el de si tanto el Juez como el mismo Tribunal podían definir los pedimentos principales del libelo inicial no sometidos a reclamación directa y previa ante el Instituto demandado. Arguye que, ''entre las dos figuras mencionadas existe notoria diferencia, pues la estudiada y definida era la ineptitud formal de la demanda por no reunir los requisitos legales (falta de agotamiento de la etapa previa, conforme a la regla primera del artículo 333 del Código Judicial) y lo que importa al fenómeno de competencia —causal 1ª del Art. 448 *ibídem*— es el de la aptitud jurisdiccional para resolver el fondo de pedimentos antes de que se les ''cobre previamente'' según dice el artículo 11 del Código Procesal del Trabajo, ante la misma entidad demandada''.

Añade, que al prescindir el *ad quem* de estudiar lo relativo a la competencia, por apreciar que era asunto ya resuelto, aplicó indebidamente la regla 2ª del artículo 456 del Código Judicial, a un caso no regulado por ella, por cuanto no se trataba del mismo asunto jurídico aducido antes como causal de excepción dilatoria.

A consecuencia de todo lo anterior, aconteció la infracción de los artículos 6 y 11 del Código Procesal del Trabajo, y 448 y 449 del Código Judicial, y luego la aplicación indebida de los textos sustantivos laborales sobre lucro y mora, ya singularizados.

SE CONSIDERA

Como se aprecia de lo antes transcrito, el recurrente inicia el desarrollo de los cargos afirmando que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales es una institución de derecho social; que conforme al artículo 6º del Código Procesal del Trabajo, para que fuese viable la acción incoada, era indispensable que el demandante hubiese agotado el rito reglamentario correspondiente, de reclamación directa ante la entidad demandada de los derechos y prestaciones que son objeto de la presente litis, y que solo cumplido este requisito, podía surgir la competencia de la jurisdicción laboral para conocer del juicio, conforme a la previsión del artículo 11 del mismo estatuto. Hasta aquí, las tesis del recurrente no permiten reparo alguno. Sin embargo, al tratar de demostrar la violación de las normas legales que considera infringidas por la sentencia, desvía la argumentación de carácter jurídico hacia el campo probatorio, pues sus conclusiones las deduce con base en el supuesto de dar por establecido que el demandante inició el juicio sin agotar previamente la etapa de reclamación directa ante el Instituto. Es decir, de la supuesta no ejecución del acto prejudicial exigido por la ley como requisito de procedibilidad para promover la acción, infiere la falta de competencia de los juzgadores de instancia para la decisión del litigio y la consecuente violación de las normas que cita.

Esta forma de presentar la impugnación, hace que los cargos primero y segundo resulten inestimables, en razón de que en ellos se predica violación directa de la ley, cuando, en verdad, el punto debatido encierra una cuestión eminente de hecho relacionada con la apreciación probatoria. En efecto, la acusación no se apoya en un punto puramente legal, que pueda resolverse con independencia de toda cuestión de hecho, como ocurriría, por ejemplo, si el vicio invocado se hiciera consistir en que la jurisdicción del trabajo es incompetente para conocer de asuntos como el aquí debatido, alegando que la ley no le ha dado esa atribución, en razón de cualquiera de los motivos o factores que sirven para distribuir la competencia. Por el contrario, la censura contenida en los cargos no es de naturaleza jurídica, sino que está íntimamente vinculada a una cuestión de orden fáctico, como es la relacionada con el hecho 8º de la demanda inicial del juicio, en que el demandante afirmó haber reclamado directamente al Instituto el pago de las prestaciones e indemnizaciones que le correspondían. Dice así, el citado hecho 8º: "El día 1º de agosto de 1956, el señor Federico Delgado envió al Gerente General del Instituto una comunicación en donde, después de recapitular todos los hechos anotados, expresó que consideraba roto el contrato de trabajo por parte del Instituto demandado y que solicitaba la liquidación y pago de las prestaciones y las indemnizaciones a que tenía derecho. Como a esta nota no recibió respuesta, con fecha 14 del mismo mes dirigió una segunda en sentido semejante, que tampoco ha recibido respuesta hasta el momento, con lo cual el trámite de reclamación interna está cumplido para los efectos del artículo 6º del Decreto 2158 de 1948".

Con vista en lo expuesto, resulta claro lo afirmado antes, de que la acusación no se funda en argumentos de naturaleza jurídica exclusivamente, pues, parte del supuesto de desconocer o discutir el hecho de haberse efectuado la reclamación directa del demandante al Instituto para obtener el pago de sus prestaciones, actividad que el Tribunal da por establecida en el juicio. Ese hecho, viene a constituir el cumplimiento de una condición de procedibilidad para iniciar el juicio y supone, como es obvio, la ejecución de una gestión del demandante, anterior a la promoción del proceso, por lo cual su prueba debe acompañarse a la demanda. Así las cosas, la censura de la sentencia no cabe hacerla por los motivos de casación alegados por el recurrente en los dos primeros cargos que se examinan, los cuales no prosperan.

Tercer cargo.

Acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 6 y 11 del Código Procesal del Trabajo, y 448 y 449 del Código Judicial en sus reglas primera y tercera, respectivamente, en relación con el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, a consecuencia de error manifiesto de hecho en las pruebas que singulariza y que condujo al fallador a aplicar, también en forma indebida, los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como pruebas mal apreciadas señala las cartas de fechas 1º y 14 de agosto de 1956 dirigidas por el demandante al Instituto, que obran a folios 10 y 11 del cuaderno principal.

Dice que el error de hecho manifiesto en los autos "consiste en dar por establecido, cuando de ellas se ostenta lo contrario, que en punto a la reclamación por lucro cesante esas cartas cobran lapso de prórroga de 2 años a partir de la fecha primeramente expresada y no el presuntivo de seis meses, y en dar por establecido asimismo que ellas cobran indemnización por mora".

Desarrolla la acusación, respecto a la condena por lucro cesante, diciendo que el Tribunal dio a las cartas que obran a folios 10 y 11, un contenido que no tienen, por cuanto el actor las limitó al término presuntivo, y la decisión acoge tiempo no reclamado de modo directo.

En cuanto a la condena por indemnización moratoria, expresa que "el error es igualmente ostensible ya que las dichas cartas nada cobraban por tal concepto". Concluye el cargo diciendo que "si no hubiese sido por los errores anteriores habría tenido que declararse incompetente para resolver sobre tales extremos".

SE CONSIDERA

El recurrente en el cargo que se deja transcrito, vuelve a plantear el problema de la incompetencia de los juzgadores de instancia para conocer del presente juicio, pues, estima que el demandante no agotó la reclamación directa respecto a las peticiones de la demanda sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de trabajo y por mora en el pago de las prestaciones sociales.

La competencia es institución de orden público y garantía social que consagra el artículo 26 de la Carta Fundamental y, por tanto, requisito indispensable para todo juzgamiento en forma legal. En tal virtud, la Corte hace las siguientes consideraciones para despejar toda duda sobre el particular.

Como se expresó al examinar los cargos primero y segundo, la Sala considera que en el caso sub lite, el tema de la competencia o incompetencia de los juzgadores de instancia para conocer del presente juicio, está íntimamente relacionado con una cuestión de hecho, como es la de saber si el demandante al iniciar la acción judicial había o no agotado el trámite de la reclamación previa y directa ante el Instituto, para el reconocimiento de los derechos que ahora demanda. Es decir, si estaba o no cumplida la condición de procedibilidad impuesta por el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral, para poder ejercitar contra una institución de derecho social, carácter que ostenta la parte demandada, las acciones que son materia del juicio.

No hay duda de que existe una estrecha relación entre la previsión que contempla el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral y el artículo 11 del mismo estatuto que determina concretamente la competencia en los juicios contra institutos o cajas de previsión social o instituciones de derecho social, pues, sin el cumplimiento de la ritualidad determinada por la primera norma, el Juez de que trata el artículo 11 no adquiere la plenitud de competencia para que pueda entrar en función su facultad jurisdiccional para resolver el caso concreto sometido a su decisión.

En el asunto litigioso, el demandante afirmó, según aparece de lo consignado en el hecho octavo del libelo inicial, haber reclamado al Instituto, con anterioridad a la promoción del juicio, "la liquidación y pago de las prestaciones y las indemnizaciones a que tenía derecho", sin recibir respuesta alguna. La prueba de la ejecución de ese hecho, que acompañó a la demanda, consiste en los duplicados o copias a carbón de las comunicaciones que dirigió al Gerente de la Institución demandada, con fechas 1º y 14 de agosto de 1956, obrantes a folios 10 y 11 del cuaderno principal. En esos documentos, aparece puesto el sello del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, con la fecha de agosto 1º de 1956 y la hora de recibo, en el que obra al folio 10; y la fecha de agosto 14 del mismo año y la hora de recibo, en el documento que obra al folio 11; éste lleva, además, una firma ilegible sobre el sello, presumiblemente puesta por el funcionario que recibió el original. El recibo, por parte del Instituto, de la reclamación formulada por el demandante en el escrito de fecha 14 de agosto de 1956, folio 11, es un hecho que también se establece por la confesión de la parte demandada, hecha por intermedio de su apoderado, y contenida en la contestación dada al hecho octavo de la demanda, en que expresó lo siguiente: "Octavo. Con fecha 14 de agosto del presente año el Instituto recibió una comunicación del señor Delgado en la que formula cargos gratuitos al señor Gerente, cargos que tiene la obligación de probar, y en la que además declara roto por parte del Instituto el contrato de trabajo que se venía ejecutando entre éste y aquél".

El *ad quem* halló cumplida la condición de procedibilidad en examen, mediante los documentos de folios 10 y 11, a que se ha hecho referencia, aportados al juicio por el demandante junto con el libelo inicial, y aunque en el fallo

no se hace en forma expresa esa declaración, ella sí se encuentra tácitamente contenida en la motivación de la sentencia, en la parte dedicada a hacer el examen general del proceso, en donde se afirma que el juicio "ha sido tramitado conforme a la ley, sin que se observe causal de nulidad alguna que invalide lo actuado". Si el Tribunal no hubiese estimado cumplida la formalidad de la reclamación previa habría proferido posiblemente declaración de nulidad del proceso por razón de incompetencia, haciendo uso oficioso de su facultad, conforme a lo previsto en el artículo 435 del Código Judicial. Además, debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, no era indispensable una declaración expresa del juzgador sobre el punto relativo al agotamiento previo por parte del demandante de la vía administrativa, si se tiene en cuenta que este aspecto procesal había sido debatido y resuelto desde la iniciación del juicio, a instancia del apoderado del Instituto al dar respuesta al traslado que se le surtió de la corrección de la demanda. En esta oportunidad, el personero de la parte demandada propuso la excepción dilatoria resultante del hecho de que "el demandante no había presentado con su demanda la prueba de haber agotado el procedimiento reglamentario ante la entidad demandada, que no podría ser otra que la de haber formulado con anterioridad y concretamente a ésta las mismas peticiones consignadas en el libelo, y el consiguiente pronunciamiento o silencio del Instituto en relación con las mismas" (folio 45 del cuaderno principal). Dicha excepción fue fallada por el Juzgado, en forma contraria a las pretensiones del apoderado del Instituto, en proveído de fecha 4 de diciembre de 1956, en el cual también se ordenó seguir adelante la tramitación del juicio (folio 55 del cuaderno principal). Esta providencia fue confirmada por el Tribunal, mediante auto de fecha 10 de junio de 1957 (folio 61 del cuaderno número 2).

De acuerdo con lo establecido en el juicio, resulta que la petición sobre liquidación y pago de sus derechos y prestaciones, la hizo el demandante por medio de escritos dirigidos al Gerente General del Instituto con fechas 1º y 14 de agosto de 1956, a que se ha hecho referencia. En el último de esos documentos, que según se vio fue recibido por el Instituto, el demandante dijo "solicito al señor Gerente ordenar la liquidación y pago del auxilio de cesantía, las vacaciones, la prima de servicios y en general todas las demás prestaciones pendientes, *así como los salarios equivalentes al término faltante para el vencimiento del referido contrato de trabajo*". De la simple lectura de lo que se deja transcrito, se concluye que no es aceptable la tacha opuesta por el acusador a los mencionados documentos, en cuanto trata de desconocer que por medio de ellos se efectuó el reclamo directo para el pago de la indemnización por incumplimiento del contrato de trabajo por parte del Instituto.

En relación con el extremo de la demanda sobre indemnización por mora, es cierto que no se contiene petición expresa sobre el particular en los memoriales de fechas 1º y 14 de agosto. El primero de tales documentos no podía contenerla, porque solo en esa fecha el demandante consideró que el Instituto había incumplido gravemente sus obligaciones y roto el contrato de trabajo. En el segundo escrito, el trabajador reiteró al Instituto la reclamación para obtener el pago de sus prestaciones sociales, indicó específicamente algunas de ellas y agregó que su solicitud comprendía, "en general todas las demás prestaciones pendientes".

Es evidente que la última forma de reclamo utilizada por el trabajador, referida concretamente a las "prestaciones pendientes", no permite entender incluido lo relativo a la indemnización proveniente de la mora porque los vocablos "prestación" e "indemnización", no tienen idéntico significado, pues, representan o expresan, derechos distintos que emanan de hechos jurídicos diversos.

Sin embargo de lo que se deja expresado anteriormente, la Sala no estima necesario que el demandante Delgado hubiese incluido expresamente en el texto de su reclamación, lo concerniente al pago de la indemnización de perjuicios provenientes de la mora para poder iniciar la acción judicial, precisamente porque ellos se causan durante el retardo en cumplir las obligaciones que reclama el trabajador y porque su exigibilidad es posterior a la terminación del contrato, pues provienen de omisiones imputables al patrono que no paga ni consigna, ante la autoridad competente, no estando autorizado para retener, los salarios y prestaciones debidos.

De lo expuesto, se concluye que no incurrió el *ad quem* en los errores de hecho que el cargo le imputa por mala estimación de los documentos de folios 10 y 11, ni violó las normas que señala como infringidas. El cargo no prospera.

Cuarto cargo.

Acusa violación, por aplicación indebida, a través de errores de hecho, de los artículos 51, 53, 57, 59, 62, 64, 66, 106, 108, 111, 112, 114, 115 y 187 del Código Sustantivo del Trabajo.

Señala como pruebas indebidamente apreciadas, los documentos de folios 14 a 22, 25 y 90

a 102, las cartas de folios 10, 11, 29 bis y 103, las posiciones absueltas por el Gerente del Instituto, folios 106 y siguientes, y los testimonios de Germán Rodríguez Espinosa, folios 130 y siguientes, Gustavo Lombana Vargas, folios 119 y siguientes, Jesús María Aguirre, folios 125 y siguientes y Ricardo Pacheco Quintero, folios 134 y siguientes.

Los errores de hecho fueron:

"1º Estimar que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales dejó de proporcionar trabajo a Federico Delgado, y le ordenó permanecer sin funciones y le impuso sanciones, cuando está evidentemente demostrado que tales hechos no tuvieron ocurrencia, y

"2º Estimar que los hechos de que tratan las cartas de folios 10 y 11 fueron demostrados y justificaban la terminación unilateral del contrato, cuando es evidente que no fueron probados en su mayor número y que los demostrados no son causas justificativas de dicha terminación".

En su demostración, dice el recurrente que el fundamento de la condena por lucro cesante lo encuentra el Tribunal al considerar que los hechos ejecutados por el Gerente del Instituto constituían justa causa para que el trabajador diera por terminado, unilateralmente, el contrato de trabajo. Que a tales conclusiones se llegó a través de errores de hecho cometidos por el sentenciador, como el de creer que el Instituto dejó de proporcionar trabajo al señor Delgado, en cuanto el Gerente dispuso que éste se presentara a las horas de entrada y de salida a la oficina del Secretario General y que permaneciera en la Secretaría de Información, durante las horas hábiles de trabajo.

Que la apreciación del Tribunal es evidentemente errónea y lo dispuesto por el Gerente correcto y justificado. Que la orden contenida en el documento que obra al folio 3, constituye, en su primera parte, únicamente un medio de controlar la asistencia del trabajador, como puede serlo, también, la obligación de marcar una tarjeta en el reloj de control, pues, si el patrono puede imponer horarios puede controlar el cumplimiento. En cuanto a la segunda parte, la orden de permanecer en la Secretaría de Información durante las horas hábiles, está comprendida en la facultad de dirección del patrono, que puede señalar la forma de prestar el servicio.

Considera el Tribunal que se dejaron de poner a disposición del trabajador los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores. Es cierto, dice el recurrente, que al demandante se le impidió volver a la oficina donde se llevaría a cabo la investigación administrativa, pero no se le impidió trabajar como supone el sentenciador, sino que se le señaló otra oficina para que permaneciera durante las horas de trabajo, y naturalmente habría de trabajar en alguna cosa, pues no se le ordenó que permaneciera ocioso, ni se puede suponer tal hecho, no demostrado en el juicio. Por ello, resulta equivocada la apreciación del fallador sobre este punto, pues la carta del folio 103 no contiene disposiciones distintas de las ya comentadas y no implica la falta de trabajo. Agrega, que las posiciones absueltas por el Gerente del Instituto no contienen confesión de hecho distinto a lo expresado en dicha carta, si se tiene en cuenta la aclaración hecha al final de la diligencia, con relación a la respuesta dada a la pregunta séptima del pliego. Que los testimonios de Germán Rodríguez, Gustavo Lombana y Jesús María Aguirre, no indican que la citada comunicación tuviera un sentido distinto del que ella misma expresa. Manifiesta que también es un supuesto del fallador, no establecido con prueba alguna, el que la entrega de las llaves y de la oficina y la separación del empleado de los archivos, fuera una sanción contra él. Ni en la absolución de posiciones, ni en los testimonios de Ricardo Pacheco Quintero y Jesús María Aguirre, ni en el documental de folios 14 y siguientes, pruebas indicadas por el sentenciador, ni en las demás que obran en el juicio, se declaró que tuvieran ese carácter las medidas tomadas. Por el contrario, esas pruebas revelan de manera concreta y clara que tales medidas fueron tomadas con el objeto de hacer una investigación administrativa sobre irregularidades en el desempeño del cargo por parte de Delgado, muchas de las cuales habría podido éste subsanar para impedir que apareciera la falta de cumplimiento correcto de sus funciones, si se le hubiera permitido tener acceso al archivo. Los documentos de folios 91 y siguientes del primer cuaderno, muestran el resultado de la investigación y las omisiones cometidas, por lo cual las medidas tomadas en relación con el trabajador, no constituían una sanción sino la manera de procurar la eficacia de la investigación. Que adelantada ésta no se llegó a la etapa de la sanción, por lo que no era necesario procedimiento reglamentario alguno, ni cabía oír al trabajador, pues eso tendría lugar cuando concluida la investigación resultaran cargos contra él, los cuales debían hacérsele conocer para que pudiera desvirtuarlos antes de ser sancionado. Dice que como no se llegó a tal punto, no son conducentes las consideraciones de la sentencia sobre procedimiento y derecho de ser oído.

Agrega que todas las apreciaciones del sentenciador acerca de la falta de prueba sobre la existencia de la sanción, la del procedimiento y la oportunidad para defenderse, son inoperantes pues si no hubo sanción, sino que simplemente se tomaron algunas medidas para realizar eficazmente una investigación, nada era necesario demostrar en relación con aquéllas. Que tampoco hubo suspensión del contrato como sanción, como cree el sentenciador, pues, por el contrario, fue exigido y controlado por la misma comunicación del folio 103, que según los testigos Lombana Vargas y Pacheco Quintero, fue conocida por el señor Delgado.

Añade que según el fallo acusado, hubo sanción lesiva de la dignidad del trabajador por tratar de que estuviera ocioso frente a sus compañeros de trabajo, y porque, según la misma sentencia, se le retuvo para interrogarlo en relación con los hechos de la investigación. Al respecto, dice que también existe aquí apreciación errónea de las posiciones absueltas por el Gerente del Instituto, pues ellas indican que no se aplicaba sanción alguna, que se le quería conservar en el servicio, pero en sitio distinto de aquél en que se iba a hacer la investigación, en dependencia del mismo Instituto y cerca del lugar de la investigación para el caso de que fuera necesaria alguna explicación del mismo trabajador.

Agrega que, respecto a la observación contenida en la sentencia de que el aviso sobre vacaciones dado por el Instituto, no cumple la exigencia legal de los quince días de antelación, no puede deducirse incumplimiento del contrato de trabajo por parte del patrono, pues las vacaciones no fueron tomadas en tiempo, ni el trabajador reclamó el aviso previo, ni se le impuso el que gozara de ellas inmediatamente, sino que se le avisó lo que determinaba la Gerencia, lo cual podía haber sido convenido con el trabajador, o modificado por el Instituto ante el reclamo de éste. Pero, como el hecho real de las vacaciones, en ningún momento fue aceptado por el demandante, no puede hablarse de violación del derecho a que se le avise con antelación de quince días. Añade que el análisis anterior, respecto a la apreciación probatoria del Tribunal sobre la afirmación de causas justas para dar por terminado el contrato, muestra cómo es eminentemente erróneo el criterio del sentenciador, pues, lo que resulta claro es que las medidas tomadas por el Gerente se justificaban en forma plena, sin que demuestren incumplimiento del contrato por parte del Instituto.

Manifiesta que conforme a la previsión del artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, solo la consideración de la causal alegada y de los hechos señalados por el trabajador en las cartas dirigidas al Gerente, que obran a folios 10 y 11, podían servir de base al sentenciador para estimar la existencia de justa causa para la terminación del contrato; los demás hechos demostrados o no, que fueron considerados por el Tribunal, corresponden a la aplicación indebida de la norma antes citada.

Insiste en su manifestación de que las órdenes de entregar las llaves y la oficina de la Dirección de Personal, Archivo y Correspondencia, no constituyen por sí mismas falta de respeto a la dignidad del trabajador, ni vulneran sus derechos. Igual afirmación hace respecto a la comunicación número 25 de 30 de julio de 1956, cuya copia obra al folio 103. Repite los argumentos y explicaciones sobre el significado de esas órdenes y que se consignan en los apartes de su alegación transcritos antes. Dice que no es cierto, como se asevera en las cartas de folios 10 y 11, que al señor Delgado se le hubiera ordenado permanecer en la antesala de la Gerencia, sin funciones; que si hubiera cumplido la disposición contenida en la carta número 25, allí habría podido recibir las órdenes sobre trabajo. Agrega que no fue demostrado el que se le hubiera exigido la renuncia del puesto, y que tampoco lo fueron los "ultrajes, ofensas, denuestos, afrentas, injurias e improperios", con que se hizo tal exigencia, según afirma el demandante. Que tampoco puede deducirse del documento que obra al folio 25 del cuaderno principal, que contenga notificación de preaviso, ni conminación con multa, pues lo que en él se consigna, únicamente es la orden de ejecutar un trabajo determinado dentro del plazo que allí se señala, orden que, por otra parte, correspondía a las facultades del patrono y no constituía falta de respeto a la dignidad del trabajador ni vulneraba sus derechos. Afirma que es errónea la apreciación del Tribunal al estimar que se establecieron en el juicio hechos justificativos para la terminación unilateral del contrato por parte del trabajador.

Concluye el cargo expresando que los evidentes errores de hecho anotados, llevaron a la violación de las normas sustantivas que allí indica.

EXAMEN DEL CARGO

En el capítulo de la sentencia destinado al examen de las causas que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo que existió entre el demandante Delgado y el Instituto, y lo relativo a la indemnización de perjuicios por lucro cesante, el Tribunal, luego de hacer una enumeración de los actos ejecutados por el Ge-

rente General de esa institución y de aceptar como probado, en lo fundamental, lo afirmado por el demandante en los hechos cuarto, quinto, sexto y séptimo de la demanda, llega a la conclusión de que con esos actos, el Gerente General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales "violó flagrantemente las normas legales que regulan la conducta que deben observar los patronos frente a sus trabajadores". A continuación agrega las siguientes consideraciones, en torno a esos hechos:

"1. Al evitar el Gerente, por acto voluntario, el acceso del demandante a la oficina de la cual era Jefe, violó el ordinal primero del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, que le impone como obligación especial la de poner a disposición de los trabajadores, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores, con la cual se confunde según la doctrina, *'la de proporcionar trabajo'*, que consiste en que el patrono coloque al trabajador en situación de poder cumplir su obligación (Krotoschin, De la Cueva).

"Esto daba derecho al actor para dar por terminado el contrato de trabajo, sin previo aviso, de acuerdo con el ordinal 6º del literal b) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

"2. La suspensión de las funciones ejercidas por el actor en cumplimiento del contrato laboral que vinculaba a las partes, adicionada con la orden de entregar las llaves y los efectos a su cargo y la de permanecer en lugar distinto de su trabajo, ocioso, en la antesala de la Gerencia, constituyen cada una, separadamente, graves sanciones que el patrono no podía disponer, sin que existieran previamente en el reglamento interno, en pacto o convención colectiva, en fallo arbitral o en el contrato individual (Art. 114 C. S. del T.) y en tal caso, observando el procedimiento establecido en el reglamento interno, (Art. 108, numeral 16 C. S. del T.), en el cual debía tener el sindicado 'oportunidad de ser oído' (Art. 115 del mismo estatuto).

"Contrario a todo lo anterior, no se demostró, para justificar la actuación de la Gerencia, la existencia de dicha sanción en la forma legal, ni del procedimiento establecido, aunque a decir verdad, tal sanción no podía señalarse legalmente por envolver, como se verá más adelante, una pena corporal y de todas maneras, ninguna oportunidad se le dio de defenderse, como que precisamente el objeto de aislarlo, de separarlo radicalmente de sus funciones, era la de que no se enterara de la investigación, o como lo dice el Gerente, para que aquella se adelantara sin ingerencia del trabajador (F. 106), lo que de por sí envuelve, como queda dicho, una grave violación de claras normas legales y constituyen justa causa para que el trabajador dé por terminado el contrato de trabajo a tenor de lo dispuesto por el ordinal 9º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el ordinal 6º del literal b) y el artículo 62 del mismo estatuto.

"Pero además, la sanción disciplinaria, cuando consiste en la *'suspensión de trabajo'* (Art. 112 del C. S. del T.), consiste lisa y llanamente en no dar trabajo al trabajador sancionado pero no puede ir hasta imponerle nuevas y gravosas obligaciones como la de permanecer, a la vista de sus compañeros, ocioso y 'retenido' en lugar distinto de su trabajo pero dentro del mismo establecimiento al cual sirve, por cuanto la citada suspensión, conlleva 'la suspensión del contrato de trabajo' según disposición del ordinal 4º del artículo 51 del mismo estatuto y durante ella, cesa para el trabajador la obligación de prestar el servicio (artículo 53 *ibídem*), sin que, por lo mismo, pueda imponerle nuevas obligaciones el patrono.

"Esta circunstancia califica el proceder patronal dentro de lo previsto por las mismas normas citadas (Arts. 57 y 62 del C. S. del T.) por constituir actos patronales de 'irrespeto a la ley'.

"3. Conforme al artículo 111 del Código Sustantivo del Trabajo *'las sanciones disciplinarias no pueden consistir en penas corporales, ni en medidas lesivas de la dignidad del trabajador'*.

"Y al explicar el Gerente General de la entidad demandada, la injustificable, absurda y arbitraria orden dada al actor de permanecer aislado, ocioso, durante la jornada ordinaria de trabajo, lejos de sus funciones y de su oficina, en la antesala de la Gerencia, a la vista de sus propios compañeros de trabajo y de no pocos de sus subalternos —el actor era Jefe de Personal—, dice: *'Esta comunicación que se le envió demuestra que el señor Federico Delgado al hacer la entrega de su dependencia no quedó despedido de la institución como él quiso creerlo y que como no podía volver a la jefatura de personal puesto que allí se estaba realizando una investigación administrativa en la cual él no podía estar presente entonces lo lógico era que permaneciera en alguna repartición de la institución y para ello se escogió la Secretaría General para que estuviera a la mano para cualquier interrogación relacionada con dicha investigación'* ".

Y más adelante, continúa el sentenciador: "En los términos usados por el absolvente, Ge-

rente General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, no queda duda, como él mismo lo dice, que al suspenderlo radicalmente en sus funciones le ordenó permanecer en la antesala de la Gerencia, *'repartición'* ésta en la que debía permanecer *'a la mano para cualquier interrogación relacionada con dicha investigación'*, y ello, en forma bastante similar a como sucede en el procedimiento penal, pero sin consagración legal, equivalía a una 'detención' peculiarísima o, quizás mejor, a una situación similar a la 'retención' del derecho público, pero de todas maneras a una pena corporal expresamente prohibida por el artículo 111 del Código Sustantivo del Trabajo, no solo por lo que ella en sí mismo significa, sino por ser abiertamente lesiva de la dignidad del trabajador, al someterlo al ocio obligado y a la vista de sus compañeros de trabajo y de sus subalternos en una situación bastante humillante y equívoca, fuera de arbitraria e ilegal y sospechosa, para quienes, como los demás empleados del Instituto, no ignoraban que se le adelantaba una investigación administrativa con intervención de la Auditoría Fiscal del mismo establecimiento, en ejercicio de funciones cuya legalidad resultaba bien discutible si se atiende a los fines de control fiscal o jurídico contable, sin ingerencia alguna en la cuestión administrativa, que son precisamente los que la ley ha señalado a la Contraloría General de la República y a sus funcionarios.

"Por ir, pues, contra el artículo 111 del Código Sustantivo del Trabajo y estar, por otra parte, expresamente contemplado por el ordinal 9º del artículo 57 *ibídem*, como obligación de respetar las leyes y en el ordinal 9º del artículo 59, como prohibición de ejecutar actos que ofendan la dignidad del trabajador, autorizaban al demandante para dar por terminado el contrato de trabajo de acuerdo con el ordinal 6º del literal b) del artículo 62 del mismo Código Sustantivo del Trabajo.

"Lo anterior es suficiente para la decisión del presente juicio y se hace innecesario el estudio de los demás actos patronales como el decreto de las vacaciones sin la antelación de 15 días que impone, como obligación, el artículo 187, inciso 2º del estatuto laboral, como una nueva garantía para el asalariado a fin de que pueda organizar el plan de su descanso en tal plazo prudencial".

Como antes se dijo, el Tribunal dio por establecidos en el juicio, en lo fundamental, los hechos básicos afirmados por el actor en la demanda, y expresó que los actos ejecutados por el Gerente en los días 30 y 31 de julio de 1956, permiten llegar a la conclusión de que con ellos "violó flagrantemente la ley que regula la conducta patronal frente a los trabajadores". Dedujo, además, una serie de consecuencias y efectos jurídicos de los hechos que encontró probados.

Así las cosas, ocurre que el acusador en el desarrollo del cargo no ataca propiamente "los hechos" que halló establecidos el sentenciador, para controvertir su existencia y demostrar los posibles errores en que pudo incurrir respecto de ellos, por la equivocada apreciación de las pruebas que el cargo señala. Toda su actividad se dirige a controvertir los conceptos jurídicos que de esos hechos deduce el Tribunal. Es decir, en su alegación no rebate tales hechos, sino que se limita a oponer su personal criterio al juicio del juzgador, para deducir consecuencias contrarias. De esta manera el procedimiento utilizado resulta ineficaz, si se considera que corresponde al Juez y no a las partes, deducir las consecuencias jurídicas de los hechos comprobados en el proceso, para luego aplicar el derecho.

Si lo que se deja expuesto sería suficiente para desestimar la acusación, la Sala con criterio de amplitud hace las siguientes consideraciones, en torno al cargo que se examina.

Entre las pruebas que el recurrente indica como indebidamente apreciadas, están los documentos de folios 14 a 21. Acreditan ellos las actas de la diligencia de inventario, entrega y recibo de los muebles, útiles, elementos y archivos de la oficina de la Jefatura de Personal, verificada con intervención de funcionarios del Instituto y de la Contraloría, con fecha 30 de julio de 1956 y por la cual el demandante Delgado hizo entrega de la oficina a su cargo hasta esa fecha, al nuevo funcionario que debía reemplazarlo, señor Eduardo Arboleda Pombo. Tal hecho, y no otro, es el que halla establecido el sentenciador al apreciar esas pruebas. Por tanto, no existe la indebida estimación de ellas, que el cargo le atribuye.

El documento del folio 22, contiene un certificado de paz y salvo, expedido por la Jefatura del Departamento Financiero del Instituto en favor del demandante Delgado, que también acredita la entrega que éste hizo de los elementos puestos a su cuidado. Dice el documento: "Instituto Colombiano de Seguros Sociales. — Departamento Financiero. — Control de Muebles y Equipos. — Paz y Salvo. — Hacemos constar que el señor Faderico Delgado *quien prestaba* sus servicios como DIRECTOR DE LA SECCIÓN DE PERSONAL, ARCHIVO Y CORRESPONDENCIA en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, ha hecho

entrega de todos los elementos puestos a su cuidado, con las siguientes observaciones: NINGUNA. Bogotá, agosto 2 de 1956" (firmado) Gabriel Barco Sorzano, Jefe Departamento Financiero. Otra firma ilegible y el sello de la Sección de Inventarios Muebles y Equipos.

De la sentencia no aparece que el Tribunal al estimar esta prueba haya apreciado nada distinto de lo que en realidad se expresa en ella. No es aceptable la tacha que se formula.

Los documentos que obran de folios 90 a 102 dan cuenta del informe rendido al Gerente General del Instituto por funcionarios de la Contraloría General de la República sobre el resultado de la revisión de las tarjetas de kárdex y hojas de vida de los funcionarios de los Seguros Sociales "a cargo hasta el 31 de julio del señor Federico Delgado, en su carácter de Jefe de Personal del Instituto" según reza el oficio remisorio del antedicho informe (folios 90). Observa la Sala que para efectos de deducir la violación de las obligaciones del Instituto para con su trabajador Delgado, no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal esos documentos, seguramente porque el hecho que ellos demuestran, o sea, la investigación administrativa que se adelantó en las oficinas de la Jefatura de Personal a partir del 30 de julio de 1956, lo encuentra acreditado con la propia confesión del Gerente General y con los testimonios de Germán Rodríguez Espinosa, Gustavo Lombana Vargas y Jesús María Charry, según consta al folio 226. Por tanto, carece de fundamento el cargo, en cuanto en él se afirma que esos documentos fueron indebidamente apreciados.

Las cartas que obran a folios 10 y 11, dirigidas por el demandante al Gerente General del Instituto con fechas 1º y 14 de agosto de 1956, respectivamente, por sí mismas solo acreditan lo que el sentenciador encontró demostrado por medio de ellas, a saber: la reclamación previa y directa del demandante ante el Gerente para obtener el pago de los derechos y prestaciones que pudieran corresponderle, y la manifestación de considerar roto el contrato de trabajo por parte del Instituto, en razón de los hechos que en esos documentos se relatan. Respecto a los actos que allí atribuyen al Gerente General, como son la orden de entregar la oficina de la Jefatura de Personal, con sus elementos, útiles, archivos y llaves, impidiéndole el acceso a esa dependencia; la de presentarse a la Secretaría General a las horas de entrada y de salida de oficina y de permanecer durante el período de trabajo en la antesala de la Gerencia, son hechos que encuentra demostrados, a través de otros medios probatorios que fueron aportados al juicio, y que en la sentencia se relacionan, analizan y valoran. Por tanto, lo que resulta del proceso es la acertada apreciación que de esas cartas hace el Tribunal.

El documento que obra al folio 29 bis, es un duplicado a carbón de la comunicación de fecha 31 de julio de 1956 dirigida por el Gerente General al señor Federico Delgado, por medio de la cual le hace saber que ha dispuesto concederle vacaciones a partir del primero de agosto del mismo año y que durante su ausencia lo reemplazará el señor Eduardo Arboleda Pombo "quien deberá recibir de usted la oficina a su cargo sentando el acta correspondiente" hecho que ya había sucedido desde el día 30 del mismo mes de julio, por orden del propio Gerente, como lo hace notar el Tribunal. El original de este oficio solo fue recibido por su destinatario Delgado el día 3 de agosto de 1956, según constancia que allí obra. Es de advertir, que esta prueba ninguna incidencia tuvo en la resolución que atribuye al Instituto, violación del contrato de trabajo, como aparece de lo dicho por el propio Tribunal cuando advierte que se hace innecesario el estudio de los demás actos patronales, tales como el decreto de las vacaciones sin la antelación de quince días que impone el artículo 187 inciso segundo del estatuto laboral. Por tanto, no resulta la errónea apreciación de esta prueba.

En relación con el documento que obra al folio 103 y que contiene la orden de gerencia número 25, de fecha 30 de julio de 1956, dirigida al señor Federico Delgado, como Director de Personal y suscrita por el Gerente General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, el Tribunal, en el capítulo en que analiza lo referente a la terminación del contrato y al lucro cesante, expresó lo siguiente:

"Consta en los autos:... c) Que el mismo 30 de julio citado, el Gerente General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales ordenó al demandante, por escrito (F. 103), *'presentarse todos los días a las 8, a las 12, a las 14 y a las 18 horas ante el Secretario General a fin de poder controlar el cumplimiento de su contrato de trabajo en lo que respecta a las 8 horas de trabajo. De 8 a 12 a. m. y de 2 a 6 p. m. usted deberá permanecer en la Secretaría de Información de la Gerencia'*. El citado documento fue expresamente reconocido por el propio Gerente (F. 106) en la absolución de posiciones y por los testigos Ricardo Pacheco Quintero y Gustavo Lombana Vargas".

Que el Tribunal, teniendo en cuenta la suspensión de funciones que ejercía el demandante como Jefe de Personal, adicionada con la orden de entregar las llaves y los efectos a su cargo, deduzca del contenido del documento que se analiza la aplicación de una grave sanción que el patrono no podía imponer, por no estar prevista y también, por contrariar lo dispuesto por el artículo 111 del Código Sustantivo del Trabajo, todo ello constituye el resultado de la valoración y apreciación jurídica de los hechos probados del juicio, sin que tales inferencias impliquen una equivocada apreciación del material probatorio que señala el recurrente.

La misma observación cabe respecto del análisis de las posiciones absueltas por el Gerente General del Instituto (folios 106 y siguientes) y que el Tribunal hace en los puntos 2 y 3 de las "consideraciones" que agrega al examen de los hechos que halló demostrados en el juicio, y que se transcribieron anteriormente.

Dice el recurrente que la apreciación de la orden contenida en el documento del folio 103 fue errónea, y que, en cambio, lo dispuesto por el Gerente "era perfectamente correcto y justificado", pues, por una parte, únicamente constituye "un medio de controlar la asistencia del trabajador" y, además, la "disposición" que allí se contiene, de permanecer en la Secretaría de Información durante las horas hábiles, "está comprendida en la facultad de dirección del patrono, que puede señalar la forma de prestar el servicio".

Con relación a la anterior argumentación del recurrente, la Sala observa:

El patrono tiene el derecho a exigir que su trabajador cumpla con lealtad la tarea que se comprometió realizar. Pero como corolario del mismo debe también facilitarle todos los elementos y útiles de trabajo, para que pueda desempeñarse en condiciones normales. Esta obligación patronal complementa la otra, de dar trabajo u ocupación efectiva al trabajador, que surge al perfeccionarse el respectivo contrato. De otra manera, el trabajador no se halla en condiciones de realizar su cometido.

La empresa está considerada como un organismo jerarquizado, a base de cooperación estrecha entre las partes y subordinación de los inferiores a los superiores, tanto en lo técnico como en lo administrativo. La posibilidad jurídica de dar órdenes e instrucciones, indicar los modos, formas y maneras de cumplir las tareas, es facultad que corresponde, evidentemente, al patrono o empresario. El derecho de dirigir al trabajador requiere la correlativa obediencia de éste a cumplir las órdenes e instrucciones de acuerdo como se le indica. Sin embargo, el deber de obediencia no es absoluto y tiene límites bien definidos y marcados. Ante todo, ese deber está constreñido a la ejecución del trabajo y al comportamiento del trabajador dentro del establecimiento, y en ocasiones y circunstancias especiales, también fuera de él. A su vez, la facultad patronal de exigir obediencia, tampoco es absoluta. En algunas situaciones, el trabajador puede negarse al cumplimiento de una orden, si ella, por ejemplo, entraña un grave peligro para su vida o su salud, o cuando sea evidentemente ilegal o ilegítima, o contraria a las buenas costumbres, o de insuperable dificultad para su cumplimiento, o completamente ajena a la tarea que se desempeña. En cualquiera de estas circunstancias que autorizan el incumplimiento de las órdenes impartidas, el trabajador debe mantener el respeto hacia su patrono y exponerle claramente los motivos que lo llevan a negarse a cumplir con el deber que se le impuso. Consecuencia del deber de obediencia, es el derecho disciplinario laboral atribuido al patrono, que debe aplicarse en la forma y con las limitaciones prescritas en la ley.

Es cierto que, de la potestad de dirigir o poder directivo del patrono o empresario, deriva su derecho para variar o hacer ciertos cambios o modificaciones en el trabajo, a medida que las necesidades lo indiquen. Pero esa facultad de que dispone, y que no es posible negarle, no debe entenderse en forma que pueda llegar hasta mudar los elementos que individualizan o especifican la tarea a que se obligó contractualmente el trabajador, respecto al "tiempo, lugar y modo".

El derecho de dirección del patrono o superior jerárquico, sólo existe dentro de los límites de la buena fe, que agrupa un conjunto de deberes recíprocos derivados del espíritu de colaboración que debe primar entre las partes contratantes. No es un poder absoluto, sino regulado. "Donde hay exceso o desviación no hay derecho y, en consecuencia, tampoco violación de un deber", como expone Krotoschin.

El jus variandi, *que corresponde al patrono se encuentra contenido dentro de ciertos márgenes, que, según Baraci, provienen de la ley, de la convención colectiva y de la "categoría". Esta última limitación, es de mucha importancia, si se considera que la categoría del trabajador es su estado jurídico y, en consecuencia, el límite natural de la situación de subordinación que es el fundamento del deber de obediencia. Cuanto mayor es la categoría o la especilización del trabajador, mayor debe ser el cuidado que se tenga*

en las alteraciones del contrato. Un criterio razonable para calificar las variaciones a la prestación prometida por el trabajador, puede ser el que resulta de tener en cuenta si el patrono ha procedido en forma prudente y honesta, sin pretender violar sus obligaciones, entre las que se cuenta el deber de respetar la personalidad del trabajador y su dignidad.

Si la conducta patronal cuando hace uso de sus facultades de mando y dirección, no se atempera al cumplimiento de sus obligaciones y restricciones que le impone la ley, las consecuencias pueden ser, la disolución o terminación del contrato por violación patronal de algunas de sus cláusulas. Además, cuando la alteración de las condiciones de trabajo se produce causando injuria o agravio, entonces puede dar lugar a lo que la doctrina denomina despido indirecto. Es decir, el trabajador considera disuelto o terminado el contrato por culpa del empleador o patrono y le reclama las indemnizaciones correspondientes. Tal puede ocurrir con un cambio de tareas que afecte al trabajador en su dignidad o sus intereses, bien sean materiales o morales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el cambio de tarea no constituye per se *agravio a los intereses del trabajador. Este agravio puede resultar evidente si el cambio significa o supone un propósito manifiesto de menoscabar su dignidad o jerarquía.*

Haciendo aplicación de las anteriores consideraciones al caso sub judice, la Sala llega a la conclusión de que fue acertado el criterio adoptado por el Tribunal en la estimación y valoración probatoria que le permitió dar por establecidos los hechos fundamentales controvertidos en el juicio, aplicar el derecho invocado por el actor y producir la condena sobre indemnización de perjuicios compensatorios, limitados al lucro cesante, por incumplimiento del contrato de trabajo por parte del Instituto demandado.

Para la Corte no existe duda respecto a que los hechos y actos atribuidos al Gerente, relacionados en la demanda y que halló probados el Tribunal, al ser considerados y valorados en su conjunto, permiten llegar a la conclusión de que fueron ejecutados en forma de incomodar al trabajador, de producirle agravio, de menoscabar su autoridad como Jefe de Personal, de causarle daño, sin razón o justicia y con violación grave de las obligaciones y prohibiciones especiales que le incumben al patrono, según los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, violaciones que conllevan y se traducen en incumplimiento del contrato de trabajo, con el resultado de haber dado lugar a que opere la condición resolutoria del mismo con la consiguiente indemnización de perjuicios a cargo del Instituto, por ser la parte responsable del incumplimiento, conforme a lo previsto por el artículo 64 *ibídem.*

Por lo que se deja expuesto, la Corte no encuentra demostrados los errores de hecho relacionados en el cargo, ni la consecuente violación de las normas sustantivas que se señalan en el mismo. En tal virtud, no prospera el cargo.

Quinto cargo.

Lo formula en subsidio del cuarto.

Dice que la sentencia acusada violó por aplicación indebida el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, al aplicar esta norma a una situación no regulada por ella.

En su desarrollo, expresa que la sentencia del Tribunal consideró terminado el contrato por decisión unilateral del trabajador y no por despido. Dice que el mismo fallo estimó "que el vínculo había sido roto por el trabajador y que esa ruptura era legal, pero aplicó en la determinación de la indemnización por lucro cesante, la regla contenida en el inciso 2º del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando tal precepto contempla una situación distinta como es la ruptura ilegal por parte del patrono".

Agrega que el monto de los salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, constituye la indemnización por lucro cesante cuando el patrono deba indemnizar perjuicios por haber roto el contrato en forma ilegal. Por tanto, concluye, como la terminación del contrato no se produjo por decisión unilateral del patrono, ni fue ilegal la ruptura del vínculo, no era el caso contemplado por el inciso 2º del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y la aplicación de esta norma recayó sobre una situación no regulada por ella.

SE CONSIDERA

Con relación al extremo de la demanda sobre indemnización de perjuicios compensatorios por incumplimiento del contrato, lo que dispuso el Juez *a quo* en el punto tercero de la parte resolutiva del fallo de primer grado, fue lo siguiente: "Declárase que los actos ejecutados directamente por el Gerente General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, como también los cumplidos por orden de éste, en los días 30 y 31 de julio de 1956, constituían graves violaciones legales del contrato de trabajo celebrado por el señor Federico Delgado con la mencionada institución, que justificaron el retiro efectivo de aquél". Esta declaración fue confirmada por la senten-

cia recurrida, y el Tribunal para sustentarla, luego de realizar el análisis y valoración jurídica de los hechos probados por el demandante, expresó lo siguiente:

"Y como el demandante dio por terminado el contrato de trabajo con base en tales hechos y lo comunicó así al Instituto en nota de 1º de agosto de 1956, cumpliendo, además, lo previsto por el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo y lo repitió, ante el silencio de la entidad demandada, en carta de 14 de los mismos mes y año, debe concluirse que se reúnen los requisitos del artículo 64 del mismo Código y procede la condena a la indemnización por lucro cesante en atención, igualmente, a que el libelo inicial impetra la declaración del rompimiento unilateral por la violación patronal del contrato y la consecuencial obligación de indemnizar".

Al examinar el cuarto cargo, se dijo que la forma como se produjeron los actos y hechos denunciados por el demandante e imputables al Gerente, que originaron la comunicación de 1º de agosto de 1956, folio 10 y su reiteración con fecha 14 del mismo mes, configuraban, por sus carcaterísticas especiales, lo que la doctrina y la jurisprudencia han convenido en llamar "despido indirecto".

En efecto, el demandante Delgado lo que expresó fue este concepto en las aludidas comunicaciones enviadas al Gerente. Su retiro del Instituto no fue voluntario, sino que obedeció a otras causas y circunstancias establecidas en el proceso, imputables a la parte patronal y que implicaban una forma de constreñir al trabajador para que se retirase del cargo. No es, pues, que el demandante hubiese dejado de trabajar por obra de su libre voluntad, sino por causa de las graves violaciones del contrato de trabajo por parte del Instituto, lo que vale decir, en razón de circunstancias que pusieron al trabajador en situación de despido indirecto. Por tanto, resulta debidamente aplicado el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto el Tribunal condenó al pago de la indemnización de perjuicios, limitados al lucro cesante, y consistentes en el monto de los salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplirse el plazo pactado, que prevé la citada norma, en su segundo inciso. El cargo no prospera.

Sexto cargo.

Lo presenta, también, como subsidiario del cuarto. En él acusa la sentencia de ser violatoria, por interpretación errónea, del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para sustentarlo, el recurrente repite los argumentos consignados en el cargo anterior, respecto a que el contrato de trabajo terminó por decisión del trabajador y que la ruptura fue justificada y por tanto legal. Que el patrono no rompió el vínculo contractual, y que, por consiguiente, el contrato "no terminó por ruptura unilateral e ilegal del patrono". Que estas situaciones son distintas tanto en su regulación en derecho como en sus efectos indemnizatorios. Que el caso de la ruptura unilateral e ilegal del contrato por parte del patrono lo contempla el inciso 2º del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo en forma que concreta el lucro cesante en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presunto. Que la otra situación es el incumplimiento del contrato por una de las partes que autoriza a la otra parte para pedir se declare resuelto; tal ocurre en el caso de los actos patronales que autorizan al trabajador para dar por terminado el contrato, y que genera indemnización a cargo de la parte responsable, la que comprende el daño emergente y el lucro cesante, según lo dispuesto por el inciso 1º del artículo 64. Que en este evento el lucro "no se halla cuantificado y prefijado en el monto de los salarios faltantes", como ocurre para el caso contemplado en el 2º inciso de la misma disposición, lo que impone que los perjuicios deben acreditarse primero en su existencia y luego en su valor, conforme a las reglas generales sobre indemnización.

Expresa que el Tribunal entendió equivocadamente las figuras que consagra el artículo 64 "cuyo verdadero entendimiento" es el que ha precisado. Que fue así como el sentenciador "creyó que la cuantificación legal del lucro cesante conforme al inciso 2º opera siempre que se trate de indemnizar perjuicios", cuando esa predeterminación legal "solo tiene sentido en tratándose de ruptura unilateral e ilegal por parte del patrono, mas carece de él y de juridicidad y de contemplación en el inciso, cuando constituye elemento general de la indemnización por virtud de la condición resolutoria del contrato, que procura la satisfacción de todos los perjuicios mediante la demostración de su ocurrencia y de la valoración expecífica del mismo".

LA CORTE CONSIDERA

Al estudiar el cargo anterior, se transcribió el texto exacto de la decisión del *a quo* contenida en el punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia, que fue confirmada por el Tribunal, y a que alude el recurrente.

La norma que el acusador señala como infringida, dispone:

Artículo 64. "1. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante.

"2. En caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador, por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo".

La norma que se deja transcrita, consagra, en términos generales, el derecho legal de resolución con indemnización de perjuicios para los contratos de trabajo, en forma semejante a la regulación establecida por el artículo 1546 del Código Civil, pero sin otorgar a los contratantes la acción alternativa, pues, esta parte de la disposición civil no fue reproducida por el artículo del Código Sustantivo del Trabajo.

De esta manera, en el contrato de trabajo, la parte lesionada por el incumplimiento, ya sea el patrono o el trabajador, tiene acción para obtener la indemnización de perjuicios conforme al artículo 64 ya citado, indemnización que comprende el daño emergente y el lucro cesante. Sin embargo, la segunda parte de esta norma inspirada en el criterio de facilitar al trabajador la prueba de los perjuicios, fija el cuatum de su derecho, respecto del lucro cesante. De lo anterior se sigue que los efectos del incumplimiento son de sanción, que se traducen siempre en la obligación de indemnizar perjuicios.

Si es el patrono quien incumple, la simple declaración o reconocimiento judicial de ese hecho conduce al decreto indemnizador de los perjuicios establecidos por la ley que, según se deja expresado, se hallan ya fijados en lo concerniente al lucro cesante. Resulta elemental y lógico que cuando el trabajador se ve forzado a retirarse del trabajo por causa del patrono, éste sea considerado el responsable de la ruptura que obedece a su voluntad unilateral, sin respaldo en la ley. Esta es la doctrina reiterada de la Corte respecto a la interpretación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, a la que corresponde exactamente la sostenida y aplicada por el Tribunal al resolver el caso que se discute.

No resulta la falta interpretativa que se predica en la acusación respecto al artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. El cargo no prospera.

Séptimo cargo.

Acusa la sentencia de violar, por aplicación indebida a través de errores de hecho, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Consistió el error de hecho en dar por establecido que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales no tuvo razón justificativa para demorar la consignación de lo que creía deber hasta el 7 de noviembre de 1956, cuando tal razón está plenamente acreditada en el juicio.

Como pruebas indebidamente apreciadas señala los documentos que obran a folios 10, 11, 27 a 29 bis, 70 a 75 y las declaraciones de Carlos Alberto Aguilera, folio 122, Camilo Penilla folio 133, del cuaderno principal "y los documentos del cuaderno número 3".

En el desarrollo de la acusación dice que la razón del Instituto para consignar en el mes de noviembre lo que estimó deber al trabajador, fue la de que solo consideró terminado el contrato de trabajo el último día de octubre de 1956. Que la carta del folio 29 y las declaraciones de folios 122 y 123 acreditan que el trabajador estuvo incapacitado, por enfermedad desde el 5 de agosto hasta el 23 de septiembre. Que la carta de folio 29 bis prueba que el Instituto no consideraba terminado el contrato de trabajo y por ello le otorgaba vacaciones. Y que la carta que obra a folios 27 y 28 recibida por el demandante Delgado el 31 de octubre de 1956, "explica suficientemente las consideraciones del Instituto para no consignar sino después de esa fecha", pues estimó que el contrato de trabajo no había terminado, porque el trabajador estando en vacaciones enfermó durante unos días comprendidos en ese período de descanso, por lo cual sólo cuando esas circunstancias cesaron y el demandante no regresó al trabajo, decidió poner fin a la relación y efectuar la consignación de lo debido como consta de folios 70 a 75.

Agrega que aunque el demandante pasó la carta de que da cuenta la copia obrante al folio 10, al recibir posteriormente el original de la que aparece al folio 29 bis, hubo de entender que el Instituto no consideraba roto el contrato, y de allí que enviara una nueva carta el 14 de agosto; que esos hechos del demandante son prueba de la confusión que se creó para el Instituto, ya que la segunda carta no ratifica la terminación el 1º de agosto, sino que la hace aparecer en 14 de los mismos mes y año. Que además, como las razones expuestas en las cartas de folios 10 y 11 no podían ser aceptadas por el Instituto, éste tenía que seguir considerando vigente el vínculo contractual, por lo que resulta lógica y oportuna la consignación que efectuó

en el mes de noviembre de 1956. Que también resulta demostrada la buena fe de la empresa, al pagar en su oportunidad todas las prestaciones debidas, hecho que no puede producir el fenómeno de la mora.

SE CONSIDERA

En relación con la petición de la demanda para que se condene al Instituto al pago de la indemnización moratoria, el Tribunal expresó lo siguiente:

"A pesar de la comunicación pasada por el trabajador al Instituto demandado el primero de agosto de 1956, sobre terminación de contrato laboral, solo se consignó por el patrono, lo que consideró deberle por razón del mismo contrato, el 7 de noviembre del mismo año y no dio razón justificativa de tal mora, ya que los argumentos sobre la enfermedad del demandante y sobre la terminación del contrato por parte del Instituto, carecen de respaldo en los autos y de apoyo en la ley y resultan faltos de seriedad, debería reconocerse la indemnización moratoria sobre la base de un mil cuatrocientos pesos ($ 1.400) mensuales y por el tiempo transcurrido entre la fecha de terminación del contrato primero de agosto de 1956 y la consignación, 7 de noviembre del mismo, pero como solo apeló la parte demandada y el fallo impugnado únicamente reconoció la suma de un mil seiscientos setenta y nueve pesos con noventa y nueve centavos ($ 1.679.99), muy inferior a la que saldría de multiplicar los factores mencionados, el Tribunal se limitará a confirmar lo resuelto por el *a quo* en cumplimiento del principio de la *reformatio in pejus*".

Dispone el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. La misma norma agrega que si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando ante la autoridad competente, que allí se indica, la suma que confiese deber, mientras la justicia del Trabajo decide la controversia. De esta suerte, la manera para que el patrono se libere de la sanción contenida en la norma transcrita, consiste en pagar directamente al trabajador o consignar ante la autoridad competente, lo que estime deberle al tiempo de la terminación del contrato. También la jurisprudencia, para suavizar el rigor de la sanción ha admitido, en ciertos casos, que obren circunstancias atenuantes y aún eximentes, como ocurre cuando la parte obligada ha discutido con razones, valederas y plausibles, acreditadas en el juicio, la existencia misma del contrato de trabajo o de la obligación que se demanda, con fundamento en el principio de la buena fe, que debe regir en toda relación contractual.

En el caso de autos, es un hecho demostrado y aceptado en la sentencia, que el contrato de trabajo terminó el 1º de agosto de 1956, mediante el retiro del trabajador por causa de grave violación del mismo contrato, imputable al Instituto.

Igualmente, resulta acreditado que el Instituto no pagó directamente a su trabajador Delgado el valor de las prestaciones que éste le reclamó desde el 1º de agosto del citado año, petición que reiteró el día 14 del mismo mes, según aparece de las cartas de folios 10 y 11. También es hecho probado que el Instituto solo consignó en el Juzgado, a órdenes del demandante lo que estimó deberle, el día 7 de noviembre del mismo año (folio 71). Todo lo anterior es lo que acreditan los documentos de folios 10 y 11 y 70 a 75 del cuaderno principal, y esto es, precisamente, lo que acepta el Tribunal al apreciar esas pruebas.

El documento de folios 27 y 28 contiene la notificación que el Gerente del Instituto le hace al señor Federico Delgado, de que ha dado por terminado el contrato de trabajo, por las razones que allí se expresan. La comunicación está fechada el 31 de octubre de 1956, o sea, tres meses después de que el contrato de trabajo había terminado realmente, como lo reconoce la sentencia. Por esto se explica lo dicho por el fallo respecto a que los argumentos sobre terminación del contrato esgrimidos por el Instituto "carecen de respaldo en los autos y de apoyo en la ley y resultan faltos de seriedad". El documento del folio 29 bis se refiere a las vacaciones que le fueron concedidas al demandante con fecha 31 de julio de 1956 según la comunicación suscrita por el Gerente y que recibió el trabajador cuando ya se había retirado del trabajo. Esta prueba no la considera el Tribunal para decretar la sanción moratoria a que se refiere el cargo que se examina. Por tanto, no pudo ser mal apreciada. El documento del folio 29, contiene un informe del Director de Coordinación de Servicios Médicos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, dirigido al médico Jefe del mismo Instituto y del que resulta que el señor Federico Delgado fue atendido en la clínica de urgencias e incapacitado, desde el día 5 de agosto hasta

el 16 del mismo mes; y atendido nuevamente a domicilio, desde el 17 de agosto hasta el 23 de septiembre, e igualmente incapacitado. Los facultativos médicos Camilo Penilla y Carlos Alberto Aguilera, en sus testimonios que obran a folios 133 y 122, respectivamente, confirman el anterior informe en razón de haber sido ellos quienes, como médicos, atendieron al señor Delgado. Sin embargo, ni del informe del folio 29 ni de los testimonios de los doctores Penilla y Aguilera, resulta demostrado que la asistencia médica al señor Federico Delgado en agosto y septiembre de 1956 le hubiera sido prestada en su condición de Jefe de Personal o como a empleado del mismo Instituto. Por lo demás, el hecho de que Delgado hubiese sido atendido por causa de enfermedad en la clínica de urgencias del Instituto, no es suficiente para desvirtuar los hechos fundamentales acreditados en el proceso, respecto a que el contrato de trabajo terminó el 1º de agosto de 1956, que el Instituto consignó lo que estimó deber solo el día 7 de noviembre del mismo año, y que en el proceso no ha discutido ni la existencia del contrato de trabajo, ni su obligación de pagar la cesantía, vacaciones y demás prestaciones que son materia del presente juicio.

No resulta demostrado el error de hecho que se enuncia en el cargo, ni menos con el carácter de evidente o manifiesto según la exigencia legal. En consecuencia, tampoco aparece establecida la infracción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. El cargo no prospera.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Como fundamentos para producir la condena solicitada por el demandante sobre reconocimiento y pago de lo debido por concepto de prima de servicios, la Sala estima que además de las razones que se dieron al examinar el cargo de la demanda de casación del trabajador que prospera, son suficientes y aceptables las consideraciones que hace el Juez *a quo*, en relación con este extremo de la demanda (folios 185 y 186 del cuaderno principal). En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión del Juzgado, sobre este punto.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia recurrida, en lo que respecta a la decisión contenida en el punto tercero de su parte resolutiva, en cuanto absuelve al Instituto Colombiano de Seguros Sociales de la súplica relacionada con prima de servicios, y, en su lugar, convertida en Tribunal de Instancia, *confirma* la condena contenida en el literal d) del punto quinto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado de fecha 14 de agosto de 1958, por la cantidad de setecientos noventa y cinco pesos con seis centavos ($ 795.06) por el referido concepto de prima de servicios.

No la casa en lo demás.

Costas en el recurso, a cargo de la parte demandada recurrente.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JUICIO LABORAL SOBRE PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES Y REEMBOLSO DE GASTOS DEL MANDANTE AL MANDATARIO, CAUSADOS POR LA EJECUCION DE UN CONTRATO

Interpretación del Decreto 456 de 1956 (Art. 1º) y del 931 del mismo año. — Alcance de éstos para la definición de litigios derivados del trabajo personal independiente. — Acumulación objetiva de acciones provenientes de una misma causa jurídica. — La inspección ocular y la exhibición como medios probatorios. — Sus diferencias. — Formalidades de la prueba en procesos civiles y laborales. — Para estimar una prueba se requiere el cumplimiento del rito procesal correspondiente. — Efecto de la renuncia de la parte obligada a la inspección ocular en proceso laboral.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., noviembre 2 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio sobre pago de honorarios profesionales, promovido por el doctor Jaime Corredor Arjona contra la sociedad de responsabilidad limitada denominada "Urbanizadora Cadis", domiciliada en Ibagué.

Los hechos de la demanda y su corrección, pueden resumirse así:

Entre el doctor Corredor Arjona, ingeniero civil, y la Urbanización Cadis, se celebró un contrato en forma verbal, confirmado después por escrito, en virtud del cual aquél se obligó a ejecutar unas obras en la Urbanización, y la sociedad a pagarle como honorarios el 10% de su costo; en desarrollo del contrato, el doctor Corredor Arjona ejecutó las obras, las cuales tuvieron un costo de $ 135.148.84; el contratista pasaba mes por mes a la sociedad una relación de las obras realizadas y de las inversiones efectuadas, sin reparos ni objeciones del representante de aquélla; el actor invirtió de sus propios fondos en la obra la suma de $ 6.303.29; el contratista recibió de la sociedad para tal fin la cantidad de $ 128.845.19, invirtiendo además la suma antes mencionada, y le rindió cuentas comprobadas de su gestión; la sociedad no le ha pagado al demandante sus honorarios, por haberlos considerado excesivos, ni le ha hecho el reembolso de los gastos que efectuó.

Con fundamento en los hechos expuestos, el apoderado del doctor Corredor Arjona pidió que la sociedad fuera condenada a pagarle lo siguiente: $ 13.514.84 y sus intereses legales, por concepto de honorarios profesionales; $ 6.303.29 por reembolso de gastos hechos en ejecución del contrato e intereses corrientes o, en subsidio, los legales; y las costas del juicio.

Invoca en derecho las normas pertinentes del Código Civil.

La respuesta a la demanda se opone a sus pretensiones, expresando que la sociedad nada le debe al demandante, sino al contrario, pues existe un saldo a cargo de éste, proveniente de precios más elevados de los que se acordaron en la primera etapa del contrato, y de gastos no ejecutados. Acepta el vínculo contractual entre las partes, con la aclaración de que hasta la ejecución de una tercera parte de la obra, ésta debía hacerse a precio fijo, habiendo convenido después que el contrato fuera de administración. Admite que el actor recibió de la sociedad con destino a la ejecución de las obras, la suma de $ 128.845.19. Negó los demás hechos y propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, inexistencia de las obligaciones, pago total o parcial, compensación, petición antes de tiempo o

de modo indebido, cuentas pendientes e incumplimiento del contrato.

El Juzgado del Trabajo de Ibagué, que conoció del juicio en primera instancia, desató por sentencia la controversia, acogiendo las peticiones de la demanda inicial. En efecto, condenó a la sociedad demandada a pagar al actor la suma de $ 19.818.54, la cual comprende: $ 13.514.88 por honorarios profesionales; y $ 6.303.66, por gastos hechos por el actor en la ejecución del contrato. Le impone las costas de la instancia a la sociedad.

Apeló la parte vencida. Decidió en segunda instancia el recurso de alzada, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Ibagué. La sentencia del *ad quem* reformó la del inferior, reduciendo la condena a la suma de $ 12.075.71, que discrimina así: $ 5.772.05 a título de honorarios profesionales; y $ 6.303.66, por gastos causados en el contrato de administración delegada que rigió entre las partes. Confirmó en lo demás la sentencia de primer grado, sin costas en el segundo.

Contra la providencia del Tribunal interpuso la parte demandada el recurso de casación, que le fue concedido. Elevados los autos a esta Superioridad, fue admitido por ella el recurso, el cual se halla debidamente preparado y en estado de recibir sentencia.

LA DEMANDA DE CASACION

Aspira a que la Corte case totalmente la sentencia del Tribunal, "por ser violatoria de la ley sustantiva".

Se funda en la causal primera de casación. Contiene ésta nueve cargos. El sistema de acusación utilizado por el recurrente permite dividirlos en dos grupos así: el primero integrado por los cargos primero a cuarto, y el segundo por los restantes.

PRIMER GRUPO

Cargos: *1º, 2º, 3º y 4º.*

Los dos primeros acusan violación de los artículos 1º del Decreto 456 de 1956, y 1º a 4º del Decreto 931 del mismo año, por errónea interpretación. Los cargos tercero y cuarto señalan como violadas las mismas normas y, además, el artículo 2184, numeral 2º del Código Civil.

Se abstiene la Corte de examinar los cargos primero y segundo, por estas razones:

El Decreto 456 (Art. 1º) atribuye a la jurisdicción especial del trabajo el conocimiento de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, e igualmente el del proceso ejecutivo para el cumplimiento de la decisión emanada de la controversia de cognición. El 931 interpreta y adiciona el anterior, fijando a la vez la fecha de su vigencia. Ninguno de los dos estatutos crea relaciones jurídicas, sino reglas para la definición de litigios derivados del trabajo personal independiente, y su cumplimiento.

En el supuesto de que la sentencia haya violado las normas de los decretos que citan los cargos, tal circunstancia no conduciría a su quebranto; lo que su parte resolutiva dispone es la condena de la sociedad demandada al pago de honorarios profesionales y el reembolso de gastos causados en ejecución del contrato celebrado por las partes, cuestiones que no regulan los preceptos de los dos decretos, sino disposiciones legales distintas. La proposición jurídica resulta incompleta, pues no incluye las normas de derecho material con incidencia en la decisión de derecho, requisito indispensable para el examen de todo cargo en casación, según la jurisprudencia.

En el tercer cargo sostiene el recurrente que la sentencia viola los preceptos de los decretos y del Código Civil ya citados, por errónea interpretación. Para demostrarlo se remite a las consideraciones que presenta en sustentación del primero. Expone allí estos argumentos:

Los decretos de 1956 otorgaron competencia a la justicia laboral para conocer únicamente de los juicios sobre reconocimiento de honorarios por servicios personales privados, pero no para otra clase de conflictos jurídicos, como la pretensión sobre reembolso de gastos por el mandante al mandatario, como erróneamente lo sostiene el Tribunal. Son claras las normas de los dos decretos en el sentido expuesto, como lo corroboran los considerandos del 456, en donde se dice que las remuneraciones por servicios personales privados tienen, como el salario, un carácter vital. Las normas legales sobre competencia son de interpretación restringida y a la vez de orden público, por lo cual no pueden aplicarse por analogía a casos que no contemplen. La sentencia condena a la sociedad al reembolso de los gastos efectuados por el actor en ejecución del contrato, cuestión diferente a la de pago de honorarios por servicios personales. Para ello carecía de competencia y ha debido declararse inhibido para decidirla, pues de tal pretensión no podían conocer sino los jueces civiles.

El cuarto cargo cita como violados los mismos preceptos legales que señala el anterior, por aplicación indebida. Lo aduce en subsidio de los dos anteriores, especialmente del segundo,

para el caso de que se estime que fue incompleta la formulación de éste por no haber incluido el artículo 2184 del Código Civil.

Expone el recurrente:

Si el Tribunal no se hubiera atribuido una competencia de que carecía, privativa de los Jueces civiles, no habría infringido directamente los cánones de los decretos ni habría aplicado indebidamente la norma del Código Civil condenando a la compañía al reembolso de gastos. Agrega que no discute si pesa o no tal obligación a cargo de ella, sino la competencia del Tribunal para decretar su reconocimiento con aplicación del artículo 2184 de la ley civil, reservada a Jueces de otra jurisdicción.

Rebate el opositor las acusaciones con estos argumentos:

El artículo 1º del Decreto 456 de 1956 atribuyó a la jurisdicción especial del trabajo el conocimiento de los juicios sobre honorarios por servicios personales privados, cualquiera que sea la relación jurídica de que emanen, siguiendo las normas generales de competencia y demás disposiciones del Código Procesal del Trabajo. El artículo 2º de éste dice que la justicia del trabajo conoce de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato laboral, lo cual quiere decir, en armonía con la citada norma del decreto, que también está instituida para decidir de los asuntos que se originen de manera directa o indirecta de relaciones jurídicas que den lugar al reconocimiento de honorarios por servicios de carácter privado. Si la previsión del decreto no hubiera incluido, además de los honorarios y remuneraciones, cualquiera otra obligación emanada del contrato de prestación de servicios, como los gastos hechos por el prestatario en beneficio de quien se favorece con la prestación, hubiera hecho más difícil el cobro judicial de todo lo debido, porque tendrían que intervenir dos Jueces de distintas jurisdicciones, contra la economía procesal. El artículo 2º del Decreto 931 del año citado, que interpreta el Decreto 456, corrobora la tesis expuesta, porque le da competencia a la justicia laboral para conocer de la demanda de reconvención en los juicios ordinarios a que se refiere el artículo 1º del decreto últimamente citado, cuando provengan de la misma causa que la de la demanda principal. Por tanto, si aquélla justicia tiene tal extensión, debe conocer también de las acciones que provengan de modo directo o indirecto de la relación jurídica que menciona el citado ordenamiento. Las obligaciones que a favor del mandatario establece el artículo 2184 del Código Civil, no se excluyen, por lo cual pueden acumularse para deducirlas ante la misma jurisdicción, por el mismo procedimiento. De lo expuesto deduce que no ha violado el Tribunal, por ningún concepto, las normas legales que en los cuatro cargos señala el recurrente.

Acerca de la cuestión jurídica que plantea el recurrente en los cargos tercero y cuarto, dice el Tribunal que, según los Decretos 456 y 931 de 1956, la justicia del trabajo conoce de los juicios de reconocimiento de honorarios por servicios personales privados. Se pregunta si también es competente para conocer de la acción sobre gastos causados en ejecución del contrato, y agrega que dos son las soluciones para definir el punto, a saber: la de que sí tiene competencia para decidirla, por tratarse de una obligación a cargo del mandante, conforme al artículo 2184, numeral 2º del Código Civil, como lo sostiene el fallo de primera instancia; y la de que, por la vía laboral no es posible ejercitar dicha acción, limitada al juicio de reconocimiento de honorarios por servicios personales privados, conforme al tenor literal de las normas de los decretos. Anota que de las dos soluciones el Tribunal adoptó la primera al resolver en segunda instancia el incidente relativo a la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción propuesta por el personero de la parte demandada, porque al atribuir el Decreto 456 a la jurisdicción del trabajo el conocimiento de los juicios a que se refiere su artículo 1º, siguiendo las normas sobre competencia y demás disposiciones del Código de Procedimiento Laboral, expresamente amplió esa jurisdicción al conocimiento de los conflictos jurídicos derivados directa o indirectamente de los contratos sobre prestación de servicios en armonía con lo dispuesto por el artículo 2º del Código citado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La tesis del recurrente es la de que la competencia a que se refiere el artículo 1º del Decreto 456 es privativa, circunscrita a los juicios de que trata la norma, por lo cual no es aplicable a acciones de otra naturaleza, como la deducida en el asunto litigioso, encaminada al reembolso en favor del actor de los gastos realizados por él en ejecución del contrato de mandato que lo vinculó a la sociedad demandada.

2. Antes de la expedición de los decretos citados, conocía la jurisdicción ordinaria civil de los juicios en referencia como de los procesos de ejecución derivados de la acción de condena. En virtud de esos estatutos, tanto la acción de conocimiento como la ejecutiva, fue atribuida a

la jurisdicción especial del trabajo. Debe examinarse si la pretensión relativa al reembolso de gastos efectuados por el mandatario con ocasión del contrato sobre prestación de servicios deducida conjuntamente con la de pago de honorarios por tales servicios, queda fuera del ámbito de la competencia de la justicia del trabajo, reservada a los Jueces civiles, como lo sostiene la acusación.

3. El punto no puede ser decidido sino conforme a las reglas de la acumulación de acciones, contenidas en el artículo 209 del Código Judicial. *De acuerdo con este ordenamiento, en una demanda pueden acumularse varias acciones, siempre que concurran estos requisitos: que el Juez sea competente para conocer de todas; que éstas se sometan al mismo procedimiento; y que las acciones no sean contrarias o incompatibles entre sí, a menos que se propongan subsidiaria o condicionalmente. Principio fundamental de esta especie de acumulación es el de que el sujeto activo y el pasivo de la relación procesal sea uno mismo, pues si no existe esa identidad sino sujetos distintos en una u otra posición, trataríase de otra especie de acumulación, la subjetiva, regulada por normas legales distintas.*

4. Es posible en el proceso civil, con aplicación de lo dispuesto por el artículo 209, acumular una acción derivada de un contrato a otra emanada de uno distinto, si respecto de ambas se cumplen los presupuestos de la norma. Con esta extensión no puede entenderse la acumulación frente a lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 456. En efecto, la citada norma le da competencia a la justicia del trabajo para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, luego la demanda que se promueva con tal fin no puede acumular la acción que pretenda, por ejemplo, la de nulidad o resolución de un contrato de compraventa. Pero tratándose de un contrato de mandato, la acción sobre pago de honorarios y la prevista en el numeral 2º del artículo 2184 del Código Civil, relativa al reembolso de gastos por el mandante al mandatario causados por la ejecución del acto jurídico, se derivan de una misma causa, y por tanto, es procedente la acumulación, sin agravio de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 456 de 1956, como lo sostiene el fallador. Confirma ese criterio el Decreto 931 del mismo año, "por el cual se interpreta con autoridad el Decreto 456". En efecto, dispone su artículo 2º que de la demanda de reconvención que proponga el demandado en los juicios ordinarios de que trata el artículo 1º del Decreto 456, conocerá también el Juez del Trabajo, cuando la acción o acciones que en ella se ejerciten provengan de una misma causa que las de la demanda principal. Es bien sabido que la reconvención da lugar a una acumulación objetiva de acciones, y si ello es posible para el demandado, no se alcanza la razón para que se entienda prohibida respecto del actor, sobre todo, si la acción que éste acumula a la de pago de honorarios se funda en la misma causa jurídica a la que invoca para el reconocimiento de la remuneración, como ocurre en el caso de autos. La acumulación de acciones, como la de procesos, tiene por objeto impedir que se divida la continencia de la causa, es decir, la unidad que debe existir entre las causas conexas, a fin de que la cosa juzgada tenga mayor alcance tanto respecto de las personas como de las cosas, y se divide esa unidad cuando varias acciones conexas se someten al conocimiento y fallo de jueces o tribunales diferentes. "Deducidas en juicios distintos la misma acción o varias acciones que integran un problema global, ha dicho la Corte en Sala de Negocios Generales, corren el peligro de terminar con fallos inarmónicos y contradictorios, porque su examen tiene que ser deficiente por no abarcar en conjunto los datos dispersos en los diferentes procesos" (G. J., T. LV, pág. 733). La acumulación, no sólo se propone evitar fallos contradictorios, sino procurar la economía procesal, esto es, el mayor resultado con el mínimo de esfuerzo. Contrario a los principios expuestos conduciría la tesis del recurrente, pues si la justicia del trabajo sólo puede conocer del juicio sobre reconocimiento de los honorarios derivados de servicios prestados en ejecución del contrato de mandato, el actor tendría que acudir a la justicia civil para deducir ante ella la acción sobre reembolso de gastos, que, como se ha visto, descansa en la misma causa jurídica que la otra.

Por lo expuesto, se desechan los cargos examinados.

SEGUNDO GRUPO

Cargos: *5º, 6º, 7º, 8º y 9º.*

Todos los cargos acusan violación de los artículos 57 del Código de Procedimiento Laboral y 2184, numeral 3º del Código Civil.

Según el sexto, la sentencia violó el artículo 56, por errónea interpretación, y, consecuencialmente, el 2184, por aplicación indebida, pues con base en esta última norma condenó a la sociedad al pago de la suma de $ 5.772.05, por concepto de honorarios profesionales.

En sustentación del cargo, expone el recurrente:

Dice el Tribunal que no se pudo llevar a efecto la exhibición por renuencia de la parte demandada a permitirla sobre sus libros, cuentas, recibos o balances, por lo cual el Juzgado dio por probados los hechos que el demandante se proponía demostrar con la prueba, haciendo una fiel interpretación del artículo 56. Erró el fallador en la interpretación de la norma porque estimó que la exhibición y la inspección ocular son instituciones idénticas, y por ello consideró que era aplicable a la exhibición la relativa a la inspección ocular, siendo diferentes las dos pruebas. Es de naturaleza sustantiva la disposición del artículo 56 y no únicamente de trámite, porque le da al Juez Laboral una facultad que afecta los intereses de las partes; la regla es de orden público, porque otorga derechos y garantías en favor de los litigantes.

Alega el opositor que la sentencia no violó las normas legales que cita el recurrente, por estas razones:

En vista de la renuencia de la sociedad a la práctica de la exhibición, los falladores de instancia dieron aplicación analógica al artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, como lo autoriza el artículo 145, ya que no existe ningún texto expreso en la ley procesal del trabajo sobre el punto controvertido. La decisión del Tribunal encuentra respaldo en las normas del Código Judicial, como fuente subsidiaria, siendo pertinente la de su artículo 303. Aun en la hipótesis de que no existiera el artículo 56 citado, la norma aplicable vendría a ser la del 303 del Código Judicial, y aun así la sentencia se ajustaría a la ley. Agrega que no puede perderse de vista la rebeldía en que incurrió el representante de la sociedad al no permitir la exhibición, como su contumacia reiterada a la notificación personal del auto que la decretó y la del que ordenó la absolución de posiciones, de todo lo cual hay testimonio en el expediente.

Sobre el extremo de la litis a que el cargo se refiere, dice el Tribunal:

Se ha partido de la base de que entre las partes existió un contrato en virtud del cual el ingeniero Corredor Arjona se obligaba a ejecutar obras de urbanización en el Barrio Cadis de la ciudad de Ibagué, por cuenta y riesgo de la sociedad, y ésta a pagarle como retribución de los servicios el 10% de su costo. El contrato se halla demostrado con la carta del 6 de abril de 1959 (F. 1º) y la confesión provocada del gerente de la compañía, señor Yamhure (F. 138). En la demanda afirma el actor que no le han sido cubiertos los honorarios, por lo cual solicitó, para demostrar el costo de las obras y de consiguiente el valor de aquéllos, la exhibición por la sociedad de sus libros de cuentas, estableciendo previamente con prueba testimonial y la confesión del gerente de la compañía, que en poder de ésta se hallaban los comprobantes de las inversiones, de los cuales resulta que el valor de las obras fue el de $ 135.148.84. La prueba de exhibición no pudo practicarse por renuencia de la parte demandada, y en tal virtud el Juzgado dio por probados los hechos que con ella se proponía acreditar el actor, haciendo una fiel interpretación del artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral. Así las cosas, hay que entender que la suma invertida en las obras fue la ya mencionada, de donde hay que concluir que el 10% sobre ella es lo que corresponde al demandante por concepto de honorarios, o sea la cantidad de $ 13.514.88.

A continuación dice la sentencia que por error involuntario del demandante, rectificado por éste, imputó a gastos de las obras una partida que recibió a título de honorarios, quedando reducida la remuneración, hecho el descuento, a la suma de $ 5.722.05, que es el saldo pendiente a su favor. A esa cantidad concreta la condena a cargo de la compañía por el indicado concepto.

En atención a que la sentencia acusada acogió la tesis sostenida por el Juzgado acerca de la petición sobre reconocimiento de honorarios y su demostración, conviene conocer, para la mejor inteligencia del punto, lo que respecto de aquélla dice la sentencia de primera instancia. En su motivación, bajo el título de "exhibición de libros, cuentas y recibos", expone:

El apoderado del actor solicitó la declaración de que se hallaban probados en contra de la sociedad los hechos materia de la prueba mediante la presentación por ella de cuentas, recibos y comprobantes, o, en otros términos, que el valor de las obras había sido el de $ 135.148.84, y la compañía no los exhibió en la audiencia respectiva. Previamente había acreditado el demandante, conforme a lo dispuesto por el artículo 300 del Código Judicial, que los documentos se hallaban en poder de la sociedad, como resulta de la confesión de su representante contenida en absolución de posiciones y de las declaraciones de Héctor Combers, Luis R. Cárdenas y Ricardo Virviescas.

Conforme al artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral y 303 del Código Judicial, si decretada una inspección ocular o una exhibición de libros, no se lleva a efecto por renuencia de la parte que debe facilitarla, se tendrán como probados en su contra los hechos que la contraria se proponía demostrar, si es admisible

la prueba de confesión. En el caso de autos ésta es pertinente y, por tanto, debe tenerse por cierto que el doctor Corredor Arjona en ejercicio del mandato conferido por la sociedad, invirtió en las obras que se obligó a ejecutar, la suma de $ 135.148.84, que servirá de base para resolver la petición sobre pago de honorarios y reembolso de los gastos que hizo en cumplimiento del contrato.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En la demanda inicial, al relacionar las pruebas, se dijo que el actor haría uso de una inspección ocular con peritos, y si fuere el caso, anexa a la inspección, una exhibición de los libros de comercio de la sociedad (F. 33).

En la primera audiencia de trámite (F. 65) pidió el apoderado del demandante (numeral cuarto) la exhibición de libros de contabilidad de la sociedad para establecer qué cantidades de dinero fueron contabilizadas como entregadas al doctor Corredor Arjona para la ejecución de las obras y los gastos efectuados en ellas; y una exhibición (numeral quinto) de las cuentas y recibos presentados por el actor a la sociedad en comprobación de los gastos que hizo por razón de la construcción de dichas obras. En auto dictado en la audiencia dispuso el Juzgado: "Noveno. Se ordena que el demandado presente los libros de contabilidad a fin de constatar lo que solicita el doctor Granados en el numeral cuarto de su relación de pruebas. En tal sentido cítese al doctor Yamhure. Asimismo se ordena que el demandado presente las cuentas y recibos y los comprobantes de gastos o sus duplicados". (F. 71).

En auto del 27 de junio de 1960 (F. 138) se señaló el 11 de julio siguiente para la práctica de una inspección ocular a la Urbanizadora Cadis "y sobre los libros que lleva dicha sociedad". "Hay una atestación de la Secretaría del Juzgado (F. 141) que dice: El señor Aníbal Yamhure queda enterado del auto anterior, para que el 11 de julio próximo, a las 8 a. m., presente al Juzgado las cuentas y recibos presentados por el doctor Jaime Corredor Arjona en comprobación de los gastos hechos por razón de la construcción de las obras a que se refiere la demanda; igualmente deberá exhibir los comprobantes de gastos que le presentó el doctor Corredor Arjona". La diligencia aparece firmada por el notificado.

Dijo el Juzgado en auto del 11 de julio de 1960 (F. 144) que como no se hizo presente Aníbal Yamhure a presentar los libros sobre los cuales debía practicarse la vista ocular, señalaba el 22 del mismo mes para la audiencia de fallo.

El mandatario judicial del actor pidió al Juzgado en la misma fecha anotada (Fs. 146 y 147) que, como por renuencia del demandado no había sido posible practicar la exhibición solicitada por él, debía declarar probados en su contra los hechos a que se refería "la frustrada exhibición", para lo cual se fundaba en lo dispuesto por los artículos 56 del Código de Procedimiento Laboral y 303 del Código Judicial.

En auto del 13 de julio del año citado (F. 147 v.) el Juzgado resolvió la petición diciendo que sería decidida en la sentencia.

2. De las consideraciones del Juzgado que el Tribunal prohija, se deduce que para ambos es igual el régimen legal de la exhibición y el de la inspección ocular, por lo cual cabe aplicar el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral al caso de renuencia a la práctica de una exhibición.

3. Para el examen del cargo, debe estudiarse el régimen legal de las dos pruebas mencionadas, en lo pertinente.

INSPECCION OCULAR

Su objeto, en el proceso civil, según el artículo 724 del Código Judicial es el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez, acompañados de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate.

El fin de la prueba, en el proceso laboral, es el de aclarar hechos dudosos, cuando para ello existan graves y fundados motivos (Art. 55 del C. P. L.), que el Juez aprecia libremente.

EXHIBICION

La reglamenta el Código Judicial (Libro II, Título 5º, Capítulo 2º) como acción accesoria del demandante. Tiene por objeto la presentación a la justicia de la cosa que va a ser materia del pleito, o la de documentos que se aduzcan como pruebas, o de los cuales se pretenda deducir algún derecho. En la primera hipótesis la acción corresponde únicamente al demandante; en la segunda a cualquiera de las partes. (Arts. 297 y 298).

Como medio probatorio, el fin de las dos instituciones es el mismo: demostrar un derecho. Entre sus diferencias se destacan las siguientes:

La inspección ocular, si en el juicio es conducente, se decreta de plano a petición de cualquiera de las partes, con la salvedad de que en el proceso laboral, la prueba tiene dos restric-

ciones, a saber: no está a disposición de las partes sino del Juez; y sólo es pertinente para aclarar hechos dudosos. La exhibición se decreta previo el trámite de una articulación, con audiencia del poseedor de la cosa o documento (parte o tercero), debiendo notificarse personalmente al demandado la correspondiente petición (Art. 299 del C. J.). Otros requisitos son los siguientes: la petición debe expresar los hechos que se propone demostrar el solicitante, y acreditar plenamente, en oportunidad, que la cosa o los documentos se encuentran en poder de quien se pide la exhibición (Art. 300 ibídem).

La prueba, tanto en el proceso civil como en el de trabajo, se halla a disposición de ambas partes. Su admisibilidad en el segundo se infiere de lo dispuesto por el artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral.

4. Toda prueba tanto en el proceso civil como en el de trabajo, está sometida a estas formalidades: petición, decreto y práctica, por regla general. Integran ellas la primera fase de esta actividad procesal; la segunda está constituida por su estimación. Son conocidas las modalidades de esta operación: tarifa legal, estimación racional o libre apreciación, y simple convicción. De las tres, rige la segunda en el proceso laboral.

Para estimar una prueba se requiere el cumplimiento del rito procesal correspondiente. La forma está prescrita como garantía de los litigantes; sin su observancia, no le está permitido al Juez valorarla. Trátese de principios recibidos a una por la doctrina y la jurisprudencia.

5. En el asunto litigioso, como lo demuestra la actuación surtida durante el período probatorio de la primera instancia, lo pedido fue una exhibición de libros de la sociedad y de comprobantes de gastos en poder de la misma, enviados a ella por el demandante, y lo decretado por el Juez del conocimiento fue una exhibición, de acuerdo con los términos de la súplica. De la misma actuación resulta que la exhibición fue decretada de plano, sin el lleno de la articulación, forma procesal ordenada por el artículo 299 del Código Judicial. La pretermisión de la forma impedía la estimación de la prueba y, de consiguiente, la aplicación de la sanción prevista en el artículo 303 de la misma obra.

6. Ocurre sin embargo, que el sentenciador aplicó a la exhibición el régimen legal establecido para la inspección ocular en el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, identificando los dos medios probatorios. De las consideraciones de la Sala sobre las dos instituciones resalta su diferencia, por lo que la exhibición no tolera que a ella se aplique la citada disposición legal.

Es cierto que la renuencia a la práctica de la exhibición en el proceso civil produce el mismo efecto que dicho fenómeno respecto de la inspección ocular en el proceso laboral, según se desprende de los artículos 303 del Código Judicial y 56 del Código de Procedimiento Laboral, lo cual no autoriza para darles el mismo tratamiento si en relación con cada prueba no se ha cumplido el mecanismo procesal que la regula.

7. A propósito del tema en estudio, aunque con referencia a un punto distinto (el de trámite de un incidente previo para aplicar el artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral en caso de renuencia de la parte obligada a la inspección ocular) dijo esta Sala de la Corte en sentencia de fecha 4 de julio de 1960 (juicio de Isidro Ríos contra Acerías Paz del Río) lo que se transcribe a continuación:

"Para el caso tampoco sería procedente recurrir al artículo 299 del Código Judicial, que ordena sustanciar como artículo la acción exhibitoria, sin cuya observancia el Juez no puede aplicar la sanción del artículo 303 *ibídem* (igual a la del Art. 56 del C. P. L.), cuando quien se resiste al reconocimiento es la parte obligada a él, porque el primero de esos estatutos en su artículo 302 deslinda la exhibición de la inspección ocular al estatuir que a la primera puede ir anexa la práctica de la segunda, y en tal evento manda aplicar las reglas relativas a la inspección. Por tanto, si el proceso civil sobre el punto de que se trata no consiente la analogía, menos podría apelarse a ella en el proceso del trabajo, pues las normas de éste gobiernan la renuencia a la práctica de la inspección y ello basta a términos del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral para que no tengan cabida las que el Código Judicial establece sobre este medio de prueba.

"De ser procedente la aplicación por analogía al proceso del trabajo los ordenamientos del Código Judicial, sólo podrían tomarse en cuenta los contenidos en ese Código sobre inspección ocular, pues la analogía opera cuando se trata de materias semejantes, pero no cuando éstas son distintas. Y el Código citado, en su tratado sobre inspección ocular, no contempla el fenómeno de resistencia a su ejecución, ni, por consiguiente, sanción alguna al respecto.

"Que la renuencia a la exhibición, cuando proviene de uno de los litigantes, tenga en el proceso civil la misma sanción que para igual fenómeno establece el proceso del trabajo, no autoriza para sostener que la pena en este último no pueda aplicarse sin el incidente previo de que trata el Código Judicial. No sería ese un

sistema lógico de interpretación, pues la ley debe aplicarse en su integridad pero no haciendo confluir estatutos distintos, para tomar de cada uno lo que convenga al exégeta..." (G. J., T. XCIII, Nos. 2228/29).

8. Se propuso demostrar el demandante con la exhibición que los gastos ocasionados por las obras que se obligó a ejecutar, invertidos por la sociedad, ascendieron a la suma de $ 135.148.84 (hecho 2º de la demanda inicial), de la cual le correspondía, a título de honorarios, el 10%. Ese es el hecho que los falladores de instancia dieron por establecido con la exhibición, que en su concepto no pudo practicarse por renuencia de la parte demandada en presentar al Juzgado los libros y comprobantes de las inversiones.

9. La acusación alega violación del artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, por errónea interpretación, como infracción medio, y quebranto consecuencial del artículo 2184, numeral 3º del Código Civil, según el cual el mandante es obligado a pagarle al mandatario la remuneración estipulada o usual.

Se ha visto que las dos pruebas analizadas son distintas. Por tanto, la aplicación a la exhibición de la norma que regula la inspección ocular, implica el quebranto de ésta por el concepto a que se refiere el recurrente y, de consiguiente, el de la ya citada del Código Civil.

Prospera el cargo. Como los demás del segundo grupo persiguen la misma finalidad que el que la Sala halla demostrado, su estudio carece de objeto.

Como fundamentos de la decisión de instancia, bastan las razones expuestas por la Sala en el examen de la acusación acogida por ella.

A mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en cuanto condena a la sociedad demandada al pago de la suma de cinco mil setecientos setenta y dos pesos con cinco centavos ($ 5.772.05) moneda corriente, por concepto de saldo de honorarios profesionales, *revoca* la condena sobre el mismo punto de la sentencia de primera instancia y, en su lugar,

RESUELVE:

Absuélvese a la parte demandada de la súplica de la demanda sobre pago de honorarios profesionales derivados del contrato sobre prestación de servicios celebrado entre ella y el demandante. *No la casa* en lo demás.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

IMPUGNACION A CAUSA DEL SALARIO DEVENGADO POR EL TRABAJADOR AL SERVICIO DE LA SOCIEDAD PATRONAL

Condena por vacaciones, cesantía y primas de servicio. — Valor jurídico de la confesión en materia laboral en relación con la estipulación del salario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., noviembre 4 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario laboral promovido por Eusebio Gómez contra la sociedad de responsabilidad limitada denominada "Flota Granada", representada por su Gerente.

ANTECEDENTES

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda que Eusebio Gómez le prestó servicios personales a la Flota Granada desde el 1º de enero de 1955 hasta el 31 de agosto de 1959; que las partes convinieron un salario de $ 120.00 mensuales, rebajado a $ 100.00 y después a $ 80.00 mensuales, que fue el último devengado por el trabajador a la terminación del contrato; que desempeñó el cargo de agente de la Flota en el Municipio de Marinilla; que la sede de trabajo fue el establecimiento comercial llamado "Granero La Abundancia", de propiedad del actor; que prestó servicios en horas extras y en domingos y festivos; que el contrato terminó por voluntad de la empresa; que a pesar de los cobros que Gómez le hizo a la sociedad no le ha pagado las prestaciones causadas ni el reajuste de los salarios.

Con fundamento en los hechos expuestos, Eusebio Gómez, por medio de apoderado, solicitó que la sociedad fuera condenada a pagarle lo siguiente: salarios por el plazo presuntivo y reajuste de la remuneración, vacaciones, cesantía, prima de servicios, calzado y overol, dominicales y festivos, horas extras e indemnización moratoria, y, por último, las costas del juicio.

En derecho las pretensiones se fundan en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda se opone a que se hagan las declaraciones que solicita. En cuanto a los hechos, expuso: que no le consta el que afirma la celebración del contrato de trabajo e igualmente el que señala la cuantía de la remuneración. Acepta que la sociedad no le ha pagado al actor prestaciones sociales, porque entre las partes no ha existido el vínculo de trabajo. Manifiesta que el demandante no fue agente de la Flota Granada sino de la Empresa de Transportes Oriente; y que en el establecimiento de aquél la sociedad colocó un aviso, por el cual le pagaba una suma mensual. Propuso las excepciones de inepta demanda, ilegitimidad sustantiva de la parte demandada, inexistencia de la obligación, pleito pendiente, incompetencia de jurisdicción "y la genérica de que trata el artículo 329 del Código Judicial".

El demandado promovió demanda de reconvención contra el actor, en la cual solicita la condena de éste al pago de la suma de $ 3.800, a título de indemnización de perjuicios. No fue admitida la demanda de mutua petición, quedando circunscrita la relación procesal a las acciones deducidas en la demanda principal.

En primera instancia fue decidida la controversia por el Juzgado Civil del Circuito de Marinilla. La sentencia correspondiente condena a la sociedad a pagar al demandante, lo siguiente:

a) $ 1.751.50 por reajuste de salario;

b) $ 475.00 por compensación de vacaciones;

c) $ 556.31 por cesantía;

d) $ 513.01 por prima de servicios, y

e) $ 2.649.25 por concepto de indemnización moratoria.

Condena también a la Flota al pago de un par de zapatos y un overol; y la absuelve de las demás peticiones de la demanda.

De la anterior providencia apelaron ambas partes. En segunda instancia decidió el recurso de alzada la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín. La sentencia del *ad quem* condena a la sociedad a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero: $ 286.66 por cesantía; $ 120.00 como compensación de vacaciones no disfrutadas, y $ 280.00 por prima de servicios. Dispone además que la empresa le suministrará al actor en especie siete pares de zapatos y siete overoles. Absuelve a la compañía de los demás cargos.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, el que les fue concedido.

El recurso de la parte demandante se declaró desierto por no haberlo sustentado. Queda por resolver el de la parte demandada, admitido por la Sala y preparado en debida forma.

LA DEMANDA DE CASACION

Aspira a que la Corte case la sentencia del Tribunal y, en su lugar, absuelva a la sociedad de todas las peticiones de la demanda, condenando al actor en las costas del juicio.

Invoca la causal primera de casación. Con fundamento en ella formula un solo cargo, en el cual acusa la sentencia recurrida por violación indirecta de los artículos 22, 23, literal c), 186, 189, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 7º del Decreto 617 de 1954, en relación con el 2º del Decreto 243 de 1951. La infracción de los preceptos del Código se produjo por aplicación indebida, y el del Decreto 243, por falta de aplicación, y todas las normas a causa de error de hecho.

Consistió el error en dar por demostrado, sin estarlo, el monto del salario diario o mensual que devengó el demandante.

Motivó el error la equivocada estimación de la demanda, de la cual deduce la sentencia el salario del actor. Para demostrar el aserto transcribe el cargo este párrafo de la decisión acusada: "En cuanto al salario se apreciará el de $ 80.00 mensuales, último devengado por el petente, según su propia confesión contenida en el libelo demandatorio".

A continuación expone el recurrente:

La confesión que la sentencia aprecia como prueba del salario no tiene ese carácter según el artículo 604 del Código Judicial, porque no es la manifestación de ser cierto un hecho que afecte al demandante sino que por el contrario lo favorece y que, de consiguiente, ha debido demostrar. Se trata de una simple afirmación suya pero no de una confesión.

El salario es uno de los elementos del contrato de trabajo, conforme a los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo y se requiere su demostración para cualquier condena, por lo que, si no se acredita, procede absolver al demandado. Es necesario conocer la asignación para condenar por primas de servicio y el monto de la última devengada por el trabajador para acoger las peticiones por cesantía y vacaciones, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 306, 189 y 253 del Código citado. No es del caso acudir al salario mínimo legal porque para ello se requiere probar que el pactado no era mixto y que el trabajador laboraba la jornada máxima legal o convencional.

Podría alegarse —dice el acusador— lo que no sería pertinente, que el representante de la "Flota Granada" confesó en posiciones (F. 8, del cuaderno número 2), que el salario de los agentes de la sociedad en los pueblos es el de $ 80.00 mensuales y que como el actor ejerció el cargo de agente de la sociedad en El Santuario, debía percibir tal remuneración. A lo cual observa que ninguna de las respuestas dadas por el gerente de la empresa en posiciones es válida, porque la prueba se practicó con violación de lo establecido en el artículo 42 del Código de Procedimiento Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La impugnación se concreta al salario devengado por el trabajador al servicio de la sociedad patronal, no demostrado en el juicio según el recurrente.

Sobre el hecho en cuestión, trae la sentencia estas consideraciones:

El señor Raúl Bedoya, actual Gerente de la sociedad demandada, al absolver posiciones, confiesa (respuesta a la pregunta sexta) ser cierto que a los encargados de las oficinas en los pueblos los nombra el Gerente, ejercen las funciones bajo su dependencia y reciben por ellas una remuneración. Por último, a folio 4 obra un contrato en virtud del cual el demandante se comprometió a prestar servicios en beneficio de la Flota Granada, mediante una retribución mensual, y según constancia del folio 3 fue preavisado para que cesara en sus labores. Han obrado en el juicio las pruebas mencionadas sin objeción alguna y sólo en el alegato presentado por el apo

derado de la empresa se insinúa su falsedad, precluida la oportunidad para que la contraparte pudiera demostrar su autenticidad. "Por tanto, el Tribunal les da el valor de plena prueba".

Es la "Flota Granada" la llamada a responder de las prestaciones y obligaciones laborales, sin tener en cuenta a su Gerente, ya que éste es apenas representante de aquélla y los contratos de trabajo con ella no se alteran por la mutación del Gerente. No tiene, pues, ninguna consecuencia el hecho de que Raúl Bedoya se hubiera hecho cargo de la Gerencia de la compañía a partir del 11 de febrero de 1960, fecha posterior a la desvinculación del actor.

"El tiempo laborado por el demandante surge de las pruebas a que se hizo mención atrás y queda comprendido entre el 1º de febrero de 1956 y el 31 de agosto de 1959. En cuanto al salario se apreciará el de $ 80.00 mensuales, último devengado por el petente, según su propia confesión contenida en el libelo demandatorio. Con estos presupuestos se analizarán las súplicas de la demanda".

De las que formula dicha pieza acoge las relativas a cesantía, compensación en dinero por vacaciones en tres años, primas de servicio y suministro de calzado y overoles.

2. No puede tomarse aisladamente el párrafo de la sentencia a que alude el recurrente, para deducir la consecuencia de que la única prueba del salario en que se basa para las condenas por vacaciones, cesantía y primas de servicio, es la afirmación contenida en la demanda inicial. Se ha visto que el Tribunal aprecia varios medios probatorios, entre otros, el contrato de trabajo celebrado por las partes, al cual da el valor de plena prueba. La estipulación de su cláusula segunda reza: "El contratista Gómez Gómez solo se compromete a la prestación del aludido servicio (el de administrador de la Flota Granada) dentro de su establecimiento de granos, con una asignación de $ 100.00, que el segundo de los contratantes (el Gerente de la sociedad) pagará por mensualidades anticipadas". La demanda de instancia (hecho 4º) afirma que el salario convenido inicialmente fue el de $ 120.00 mensuales, rebajado después a $ 100.00 y, por último, a $ 80.00 mensuales a la terminación del contrato.

3. El salario estipulado en el contrato fue el de $ 100.00 mensuales, pero como el actor en su demanda afirma que el que recibió del patrono al terminar el vínculo fue el de $ 80.00 al mes, la sentencia prefirió éste al pactado expresamente. Por tanto, al decir el Tribunal, que para el estudio de las súplicas de la *intentio*, se atendrá al salario de $ 80.00, último devengado por el actor, según su propia confesión contenida en la demanda, quiso significar únicamente que no era del caso tomar el salario más alto convenido contractualmente. Ve en el acto jurídico bilateral la prueba de la remuneración, y en la demanda inicial la de que la asignación fue reducida en la cuantía pactada, lo cual no significa que hubiera deducido de la confesión del actor la prueba del salario. No es otro el recto sentido que ofrece el concepto del sentenciador, si se analiza en relación con el documento que contiene el contrato de trabajo, como es de rigor hacerlo.

No sobra advertir que la acusación no ataca los fundamentos de la sentencia con apoyo en el contrato laboral, razón suficiente para mantenerla, según doctrinas dominantes en el derecho de casación.

4. En el supuesto de que no fuera el caso estimar la confesión del Gerente de la sociedad, acerca de la estipulación sobre el salario, por no haberse producido en audiencia pública, observa la Sala que el contenido de esa prueba es igual a la que resulta del contrato de trabajo, y como el recurrente guarda silencio sobre el mérito que a ella le da la sentencia, carece de consecuencia el reparo que presenta en relación con la citada confesión, ya que aún suponiéndolo fundado, bastaría la otra como fundamento de la decisión.

No aparece demostrado el cargo, y, por tanto, se desecha.

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.

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HONORARIOS. — LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA COBRARLOS SE REGULA POR EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO LABORAL

Es ineficaz en casación el ataque incompleto, que deja incólume alguno de los soportes de la sentencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., noviembre 5 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

Ante el Juzgado del Trabajo de Villavicencio, en enero de 1962, el doctor Aurelio Rodríguez Bermúdez demandó a la señora Josefina Santos viuda de Sabogal y a sus hijos, Alvaro, Jorge y Leonor Sabogal Santos para el reconocimiento de honorarios como partidor en el juicio de sucesión del doctor Jorge Sabogal Hurtado, cuyo valor estimó en $ 24.000. Los demandados negaron que el actor hubiera realizado la partición, pues se limitó a firmarla que de común acuerdo hicieron los herederos; dijeron que por esa actuación habían convenido con él previamente el precio de quinientos pesos ($ 500.00), y se opusieron a la acción, invocando las excepciones perentorias de inexistencia de la acción, prescripción y cosa juzgada.

El *a quo* desató la litis absolviendo a los demandados por encontrar probada la excepción de cosa juzgada, con base en que el actor desistió del juicio que, en persecución del mismo reconocimiento de honorarios, había incoado en noviembre de 1959 ante el Juzgado Civil del Circuito de Villavicencio.

Apelado dicho fallo por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio confirmó la absolución de los demandados en sentencia proferida el 2 de abril de 1963, pero con un fundamento distinto: el de estar probada la excepción de prescripción, y no la de cosa juzgada, condenando al actor en las costas de ambas instancias. La decisión del *ad quem* se funda en que, entre la fecha en que fueron exigibles los honorarios (9 de agosto de 1958) y la notificación de la demanda (16 de marzo de 1962), transcurrieron más de los tres años previstos en el Código Civil para la prescripción de la acción correspondiente; en que ni la primitiva demanda (la de noviembre de 1959, ante el Juzgado Civil del Circuito de Villavicencio), ni una segunda instaurada en octubre de 1960 ante el Juzgado 4º del Trabajo de Bogotá (respecto de la cual prosperó la excepción de pleito pendiente), lograron interrumpir la prescripción porque esa virtualidad no la tiene "cualquier demanda, sino una demanda competente y eficaz, esto es, arreglada a derecho"; en que, no obstante equivaler aquellas dos demandas a un reclamo escrito y concreto, recibido por el presunto deudor, las normas sobre prescripción de acciones laborales no son aplicables al caso, sino las de la ley civil; y en que, aún suponiendo aplicables tales normas, el actor no estableció el monto de los honorarios reclamados y no sería procedente una condena en abstracto.

Contra esta última providencia recurrió el actor en casación y formuló en oportunidad la respectiva demanda que se va a decidir.

EXAMEN DE LA IMPUGNACION

La impugnación, basada en la causal primera de casación laboral, contiene dos cargos. El primero "por violación directa del artículo 2542 del Código Civil, por aplicación indebida" como consecuencia de la errónea interpretación del artículo 1º del Decreto 456 de 1956, y de los artículos 334 y 328 del Código Judicial. El segundo, por "violación de los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo, 151 del Código de Procedimiento Laboral y 2539 del Código Civil, por infracción indirecta, por falta de aplicación, en virtud del error grave de hecho, en la apreciación de una prueba. Se examinan tales cargos:

Primer cargo.

Sostiene el recurrente que el sentenciador dedujo "del hecho indiscutible... de que no es el contrato de trabajo la causa jurídica de los servicios profesionales de carácter privado" la conclusión equivocada de que a esos servicios no les son aplicables todas las disposiciones del Código Procesal del Trabajo, entre ellas la del artículo 151 que regula la prescripción de acciones y su interrupción.

Evidentemente, es esa la interpretación que el *ad quem* le dio al Decreto 456 de 1956: "Resulta que los servicios profesionales a que se refiere el Decreto 456 de 1956 —se lee en la sentencia acusada— no tienen por causa el contrato de trabajo, como que en ellos falta uno de sus elementos esenciales, como es el de la dependencia, y de ahí que no le sean aplicables (sic) su régimen jurídico. El Decreto en cuestión tan sólo regula la jurisdicción, la competencia y el trámite, sin tocar para nada en (sic) relación jurídico-sustancial, que en casos como el que nos ocupa se sigue rigiendo por las normas civiles, entre las cuales se encuentran las que reglan la materia de la prescripción". Y tal interpretación, por lo que atañe a la interrupción de la prescripción de acciones, es en verdad errónea, pues implica una extensión exagerada de una tesis exacta.

La Corte ha sostenido, tal como lo dice el sentenciador, y lo reitera ahora, que los servicios personales independientes, a diferencia de los que son subordinados, no están regidos por las leyes sustantivas del trabajo sino por las que les sean propias según la naturaleza de la relación jurídica de que provengan, y que solamente la relación procesal queda sometida al Código de Procedimiento Laboral. Pero esta doctrina general, de tan sólido fundamento jurídico, debe entenderse sin perjuicio del texto inequívoco de la ley exceptiva: "La jurisdicción especial del trabajo conocerá 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, siguiendo las normas generales sobre competencia y demás disposiciones del Código Procesal del Trabajo *(subraya la Sala). El trámite de dichos juicios será el del procedimiento ordinario del referido Código". (Art. 1º del Decreto 456 de 1956). Es así que las normas sobre interrupción de la prescripción de acciones forman parte integrante del mencionado Código Procesal del Trabajo, luego, por excepción expresa de la ley, rigen también para los servicios personales que no provengan de un contrato de trabajo. De otro lado, aunque las disposiciones sobre prescripción son sustantivas, así figuren en los códigos o leyes procesales, las reglas de su interrupción están más vinculadas al proceso mismo que a la relación jurídico-sustancial.*

Por este aspecto, que condujo a la aplicación indebida del artículo 2542 del Código Civil, tiene, pues, razón el recurrente. Sobra entonces examinar si a esa indebida aplicación de la ley civil llegó también el sentenciador por la interpretación errónea de los artículos 328 y 334 del Código Judicial, que apenas definen las excepciones en general y la de pleito pendiente en particular.

Pero no fue el solo transcurso del lapso previsto en el aludido artículo 2542 del Código Civil (que simplemente fija en tres años el término de prescripción de la acción para el cobro de honorarios profesionales, o sea el mismo término señalado por el artículo 151 del C. P. L) el único soporte de la decisión absolutoria impugnada. En efecto, el sentenciador agrega que la demanda incoada por el actor en 1959 ante el Juez Civil del Circuito de Villavicencio no interrumpió la prescripción "en razón del desistimiento que extinguió la litispendencia", y que tampoco la interrumpió la segunda demanda instaurada ante el Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá, porque el juicio terminó al declararse probada la excepción de pleito pendiente, fenómenos interruptivos que no aparecen regulados en las normas que invoca el cargo en estudio sino en otras que, por no estar determinadas en el recurso, resulta imposible examinar. Y aunque se admite en la sentencia que dichas demandas "constituyen, a lo menos, un reclamo escrito", en el supuesto de que fuera aplicable al caso el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, añade que "en el juicio no se estableció el monto de los honorarios, imponiéndose entonces la absolución de los demandados, pues si no existe base para condenar en concreto dicha condenación tendría que hacerse en abstracto y ello tan sólo es procedente, al tenor del artículo 480 del Código Judicial, en tratándose de frutos, intereses, daños o perjuicios, y no de salarios o de honorarios". Dadas las peculiaridades del rito en casación, no podría la Sala entrar oficiosamente a analizar, acoger o rechazar estos otros soportes de la sentencia, que el recurrente se abstiene de atacar en su primer cargo, el cual, por tanto, no prospera.

Segundo cargo.

Para sustentar la acusación de la sentencia, por vía indirecta, como violatoria de los artículos

489 del Código Sustantivo del Trabajo, 151 del Código de Procedimiento Laboral y 2539 del Código Civil, por falta de aplicación, y a consecuencia de "error grave de hecho en la apreciación de una prueba", arguye el impugnador:

"Si el fallador de segunda instancia hubiera apreciado en debida forma la prueba contenida en el cuaderno número 3, sobre las actuaciones del doctor Aurelio Rodríguez Bermúdez, adelantadas en el Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá, necesariamente habría llegado a la conclusión de que la demanda de que da cuenta el cuaderno número 3 citado contiene una plena prueba de la interrupción de la prescripción de la acción para el cobro de los honorarios. En efecto, si tenemos en cuenta lo establecido en el artículo 2539 del Código Civil, tenemos que concluir que la demanda que instauró el doctor Aurelio Rodríguez Bermúdez en el Juzgado 4º del Trabajo de Bogotá interrumpió la prescripción, en virtud de que reunió todos los requisitos exigidos en el artículo 25 del Código de Procedimiento Laboral, razón por la cual fue admitida; y si, por otra parte, el fallador de segunda instancia hubiese apreciado en todo su valor la prueba de haber sido notificada dicha demanda a los señores Josefina Santos viuda de Sabogal, y sus hijos Alvaro, Jorge y Leonor Sabogal Santos, forzoso es concluir que ha debido aplicarse el artículo 2539 del Código Civil y como consecuencia admitir que la prescripción de la acción había sido interrumpida; otro tanto (sic) con las normas contenidas en los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral".

Sin embargo, *la cuestión fáctica que las pruebas singularizadas demuestran, o sea la presentación de una demanda en debida forma y en determinada fecha, y su notificación a los demandados, fue admitida por el sentenciador, de donde el error de hecho que a éste se atribuye no aparece de autos. Que tal demanda y su notificación (las cuales, por lo demás, el* ad quem *reputa equivalentes a un reclamo escrito, sobre un derecho determinado, recibido por el supuesto deudor) hayan tenido o no la virtualidad de interrumpir la prescripción, es una valoración jurídica, que el sentenciador apoya en disposiciones distintas de las que el cargo invoca, y no simple cuestión de hecho.*

Por lo demás, tampoco esta segunda acusación ataca la totalidad de los soportes del fallo impugnado, que se enunciaron al examinar la primera. No puede prosperar, en consecuencia.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso porque, a pesar de que éste no prosperó, dio base para una aclaración doctrinaria en el examen del primer cargo.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



RECURSO DE HOMOLOGACION CONTRA EL LAUDO ARBITRAL DICTADO POR EL TRIBUNAL ESPECIAL DE ARBITRAMENTO QUE DIRIMIO EL DIFERENDO LABORAL, SURGIDO ENTRE EL "SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA SOCIEDAD DE MEJORAS PUBLICAS DE CUCUTA" Y LA MENCIONADA ENTIDAD

Competencia de la Corte. — Objeto y limitaciones del arbitraje obligatorio. — Nulidad de la decisión arbitral en cuanto a cláusula de reserva, plazo presuntivo y duración indefinida de los contratos. — Subsidio familiar establecido por el Tribunal de Arbitramento. — Vigencia del fallo arbitral. — Extralimitación de las funciones de los árbitros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., noviembre 10 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

ANTECEDENTES

El Sindicato de Trabajadores de la Sociedad de Mejoras Públicas de Cúcuta, en asamblea reunida el 11 de enero del presente año, aprobó un pliego de peticiones de veintinueve (29) puntos, cuya tramitación en negociaciones directas se efectuó entre el 16 de marzo y el 9 de abril, solucionándose en esa etapa veinticinco (25) de tales puntos. En la etapa de conciliación se arregló otro punto, y los tres (3) restantes pasaron a arbitraje, por entender ambos conciliadores, así como sus respectivos asesores (que lo eran precisamente los representantes de las partes) que se trataba de un conflicto colectivo de trabajo en un servicio público. Al efecto, se lee en el acta final de la conciliación (Nº 3, de 18 de abril de 1964, F. 32 del expediente):

"La conciliadora por parte de la Sociedad de Mejoras propone que como no hay arreglo sobre los artículos 6, 18 y 27, que se rompan conversaciones (sic) de acuerdo con el artículo 452 del Código Sustantivo del Trabajo y nos sometemos al arbitraje obligatorio, para lo cual cada parte designará un árbitro y lo comunicará al Sindicato y al Gobierno. El conciliador por los trabajadores manifiesta que no acepta la fórmula, tal como la propone la representante (sic) de la Sociedad, por cuanto está redundante y maliciosa, prestándose en esta forma a un doble sentido; por lo que se desprende de esta fórmula, el conciliador por los trabajadores acepta solamente someterse a la ley en lo que respecta al proceso de negociación del presente pliego de peticiones y muy concretamente en los artículos 6, 18 y 27 que es el motivo de rompimiento, empezando por someternos, como es lógico, en primera instancia, a lo dispuesto en el artículo 452 del Código Sustantivo del Trabajo".

El Ministerio del Trabajo dictó el 2 de julio la Resolución número 946 de 1964, "por la cual se convoca un Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio", que se copia:

"El Ministro del Trabajo, en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 453 del Código Sustantivo del Trabajo, y

"CONSIDERANDO:

"Que el pliego de peticiones que el '*Sindicato de Trabajadores de la Sociedad de Mejoras Públicas de Cúcuta*', presentó a la misma entidad, no pudo ser resuelto en las etapas de arreglo directo y conciliación;

"Que los conflictos colectivos de trabajo suscitados en actividades de las que prevé el literal a) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo deben ser sometidos a arbitramento obligatorio;

"Que es función del Ministerio del Trabajo, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 453 *ibídem*, convocar y, posteriormente

integrar los Tribunales Especiales de Arbitramento Obligatorio,

"RESUELVE:

"*Artículo primero.* Convócase un Tribunal Especial de Arbitramento Obligatorio para que estudie y decida el diferendo laboral existente entre el '*Sindicato de Trabajadores de la Sociedad de Mejoras Públicas de Cúcuta*' y la misma entidad.

"*Artículo segundo.* Este Tribunal sesionará en la ciudad de Cúcuta, Departamento de Norte de Santander y cada una de las partes deberá designar el árbitro que le corresponde, siendo el tercero designado por el Ministerio del Trabajo. En caso de que alguna de las partes se mostrare renuente en la designación de su representante, éste será nombrado por el Ministerio del Trabajo.

"*Parágrafo.* Las partes procederán a nombrar su representante dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia.

"Notifíquese y cúmplase...".

Pocos días más tarde, el mismo Ministerio acogió las designaciones que de los respectivos árbitros hicieron las partes, y nombró el tercero, constituyendo así el Tribunal Especial que debía decidir el diferendo (Resolución Nº 1024, de 11 de julio).

El 19 de julio de 1964, dicho Tribunal profirió el laudo en los siguientes términos:

"...El artículo seis (6) quedará así: '*Artículo 6.* La Sociedad garantiza la estabilidad de sus trabajadores, siempre que cumplan con sus obligaciones contractuales y legales y sólo podrán ser despedidos por las causales contempladas en el reglamento interno del trabajo y por las enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, previamente comprobadas en ambos casos; por sentencia de autoridad competente; y, por la expiración del plazo pactado, obra o labor contratada, para posteriores enganches.

"*Parágrafo.* Para los trabajadores actualmente contratados, se entiende como plazo pactado la vigencia de este laudo' ".

"El artículo 18, quedará así: '*Artículo 18.* La Sociedad de Mejoras Públicas de Cúcuta reconocerá a cada trabajador, como subsidio familiar, la suma de cinco pesos ($ 5.00) moneda corriente, mensuales, por cada hijo legítimo, natural, legalmente reconocido, debidamente inscrito, al tenor de lo dispuesto en los Decretos 188 de 1957, 1521 del mismo año y 875 de 1961' ".

"El artículo 27 quedará así: '*Artículo 27.* La Sociedad de Mejoras Públicas de Cúcuta deberá aumentar el salario de sus trabajadores en la suma de un peso con veinte centavos ($ 1.20) moneda corriente, diarios y por cabeza' ".

"El artículo 29 quedará así: '*Artículo 29.* Este laudo arbitral, con los demás artículos del pliego de peticiones aprobados por las partes en las etapas de arreglo directo y conciliación, entran en vigencia a partir del primero (1º) de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), por el término de dos años; durante su vigencia las partes no podrán solicitar modificaciones ni reformas de su contenido. Pero al primer año de su vigencia, cualquiera de las partes podrá proponer nuevo reajuste de salarios, notificando a la otra con treinta (30) días de anticipación al vencimiento de dicho lapso' ".

En su oportunidad legal, la Sociedad de Mejoras Públicas de Cúcuta interpuso recurso de homologación contra el fallo transcrito, y concedido por el Tribunal Especial es el caso de desatarlo.

COMPETENCIA DE LA CORTE

Según los artículos 2º y 143 del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a esta Sala de la Corte conocer de los recursos de homologación contra los laudos dictados por Tribunales Especiales de Arbitraje Obligatorio, y éstos son, conforme a las voces de los artículos 452 y 453 del Código Sustantivo del Trabajo, los que se constituyen para decidir los conflictos colectivos de trabajo en los servicios públicos.

La Resolución ministerial número 946 de 1964, de que ya se hizo mérito, apoyó la convocación del Tribunal cuyo laudo se examina en el literal a) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, que declara de servicio público las actividades "que se presten en cualquiera de las Ramas del Poder Público". Dista mucho de ser evidente que las "sociedades de mejoras públicas" hagan parte de alguna de las Ramas del Poder Público; al contrario, es frecuente que los organismos así denominados tengan origen privado, aunque perciban auxilios oficiales por las finalidades cívicas o de ornato y embellecimiento de las ciudades que generalmente persiguen. Si tal fuere el caso de la Sociedad de Mejoras Públicas de Cúcuta y si, por otro aspecto sus actividades no encajan en las que enumeran los demás literales del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, ni estarían privados sus trabajadores del derecho de huelga, ni el Tribunal que se constituyó sería de arbitraje obligatorio, ni competería a la Corte co-

nocer en homologación del laudo proferido. Pero como del expediente no aparece que las partes enfrentadas en el conflicto hayan discutido el carácter oficial de la mencionada Sociedad, ni hay en el mismo probanzas relacionadas con el origen y las actividades de ella que conduzcan a una convicción distinta, es forzoso aceptar la calificación hecha por el Ministerio del Trabajo, en providencia firme y amparada por la presunción de legalidad que cobija los actos de la Administración.

Procede, pues, verificar la regularidad del laudo recurrido y examinar los motivos de la impugnación.

Primer motivo.

Sostiene la parte recurrente en su escrito de sustentación del recurso:

"A) El Tribunal Especial de Arbitramento convocado para dirimir el conflicto colectivo entre la Sociedad de Mejoras Públicas y su Sindicato de base, dispuso en su artículo 6: 'La Sociedad garantiza la estabilidad de sus trabajadores, siempre que cumplan con sus obligaciones contractuales y legales y sólo podrán ser despedidos por las causales contempladas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, previamente comprobadas en ambos casos; por sentencia de autoridad competente y por la expiración del plazo pactado, obra o labor contratada, para posteriores enganches. *Parágrafo.* Para los trabajadores actualmente contratados, se entiende como plazo pactado la vigencia de este laudo'.

"B) Otra cosa muy distinta había dispuesto la actual convención colectiva de trabajo, suscrita el 26 de marzo de 1962, entre el Sindicato de Trabajadores de la Sociedad de Mejoras Públicas y ésta, la que en su artículo 6º dijo: 'La empresa conservará a su servicio a aquellos trabajadores que observen buena conducta y cumplan con sus obligaciones contractuales y legales. En caso dado la empresa o sociedad podrá establecer en los contratos individuales la cláusula de reserva de que trata el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo'.

"De tal suerte que el artículo 6º del fallo arbitral que consagra la estabilidad en el empleo contradice una norma convencional vigente que le da libertad a la Sociedad para establecer la cláusula de reserva, y por lo cual aquél es nulo (Art. 458 del C. S. del T.).

"C) El sistema legal en Colombia en materia Laboral es el contrato presuntivo de trabajo, reglamentado en los artículos 47 y 49 del Código Sustantivo del Trabajo, y la cláusula de reserva de que trata el artículo 48 de la misma obra. Esto es, que el contrato presuntivo de trabajo y la cláusula de reserva son verdaderos derechos y facultades reconocidos por la ley a las partes y que no se pueden vulnerar por un Tribunal de Arbitraje, pues tampoco antes estaban establecidos convencionalmente. Son derechos claros y concretos que no se pueden tocar por un Tribunal de Arbitramento.

"Sobre este particular, la honorable Corte, o sea, la honorable Sala en la sentencia sobre *homologación bancaria,* de 27 de enero de 1961, dijo en un caso similar: 'Para la Corte no hay duda de que los artículos 47 y 49 del Código en cita, sobre plazo presuntivo, instituyen derecho en favor del patrono y del trabajador. Por norma de derecho, en sentido material u objetivo, se entiende la que tiene por objeto crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Y el papel que desempeña el plazo presuntivo en el contrato de trabajo por término indefinido, es, justamente el de extinguirlo. Así lo prescribe el literal a) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. La cláusula de reserva es a la vez derecho y facultad. El plazo presuntivo depende de la ley; la cláusula, de la ley y de la voluntad de las partes. La cláusula es también medio para que cualquiera de los sujetos de la relación de trabajo, de plazo indefinido, le ponga término, a vista de lo estatuido en el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo.

"En dicho fallo la honorable Sala declaró inexequible el laudo arbitral que establecía la estabilidad en el empleo para los trabajadores bancarios.

"De acuerdo con el artículo 6º del fallo arbitral, la Sociedad de Mejoras Públicas no puede dar por terminado el contrato de trabajo en uso de la cláusula de reserva, y no lo extingue el advenimiento del plazo presuntivo, tal como está establecido actualmente en los contratos individuales por lo cual tal disposición afecta un derecho indiscutible de la Sociedad y debe ser anulado y reemplazado por la que establezca tales modalidades en el contrato de trabajo (Art. 142 y 143 del C. S. del T.). No hay duda alguna de que el Tribunal Especial Arbitramento se extralimitó en este punto, de manera manifiesta, ya que la estabilidad en el empleo puede ser aceptada en arreglo directo o conciliación, pero no impuesta por un Tribunal".

SE CONSIDERA

La legislación laboral que rigió hasta el 31 de diciembre de 1950, y que fue suspendida y reemplazada desde entonces por el Código Sus-

tantivo del Trabajo, prohibía también la huelga en los servicios públicos y ordenaba también el arbitraje obligatorio de los conflictos colectivos de trabajo en esos servicios cuando no hubieran podido ser resueltos por arreglo directo o en la etapa de conciliación. Pero no limitaba expresamente, como lo hizo el Código de 1950, el ámbito de aquel arbitraje obligatorio en relación con los derechos legales de las partes.

De allí que la doctrina y la jurisprudencia, al examinar y aplicar esa legislación anterior sobre arbitraje obligatorio, hubieran llegado a admitir que la potestad arbitral, por reemplazar la voluntad renuente de las partes, puede ir hasta donde podrían ir lícitamente los propios contendientes en un hipotético acuerdo para resolver el conflicto. Conforme a tal entendimiento, las decisiones de los árbitros que afecten el mínimo legal de derechos y garantías de los trabajadores son nulas por cuanto estos últimos carecen de capacidad para renunciar válidamente a ese mínimo; pero las que sólo afecten derechos y facultades de los empleadores, renunciables por éstos, tienen plena eficacia. Y de otro lado, si en los servicios públicos el arbitraje obligatorio es el sucedáneo de la huelga, parece lógico y equitativo que los trabajadores privados del derecho a utilizar este segundo instrumento puedan obtener por medio del primero resultados idénticos.

Tan amplias teorías, que han hallado acogida en la doctrina y la legislación de otros países, encuentran un grave obstáculo en el nuestro desde que entró a regir el artículo 458 del Código Laboral: "Los árbitros deben decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, y su fallo no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes".

De aplicarse esta disposición literalmente, resultaría el absurdo de que un laudo arbitral no podría modificar ni las convenciones colectivas ni los contratos individuales celebrados con anterioridad a su pronunciamiento, pues cualquier modificación afectaría necesariamente "normas convencionales vigentes". Pero como tal interpretación pugna abiertamente con la naturaleza del conflicto colectivo de intereses (que versa, por esencia, sobre la modificación de las condiciones de trabajo preexistentes), cuya solución es el objeto del arbitraje obligatorio, y con otras disposiciones del mismo Código, como el artículo 461 que le da al fallo "el carácter de convención colectiva" y el 467, que instituye la convención colectiva precisamente "para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia", es inaceptable en cuanto a los derechos meramente convencionales.

No ocurre lo mismo en lo que respecta a los derechos o facultades de las partes, reconocidos por la Constitución o por las leyes. El juzgador podrá criticar la norma; pero mientras rija su texto inequívoco, tendrá que someterse a su imperio.

Ahora bien: ¿En el caso sub lite, el Tribunal Especial, accediendo a la petición del Sindicato, invalida la cláusula de reserva estipulada en los contratos individuales, elimina la expiración del plazo presuntivo como evento de terminación de esos contratos y transforma los de duración indefinida en contratos a término fijo de dos años. Dichas decisiones afectan o no derechos y facultades de la empresa, reconocidos por la legislación vigente?

La Corte, en repetidas ocasiones, ha examinado este problema y sentado una jurisprudencia cuyos fundamentos conservan su solidez. Así se ha pronunciado:

"...En relación con el plazo presuntivo, las normas que lo establecen no dicen que sea un derecho o una facultad; en cambio, el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, sí llama facultad el uso de la cláusula de reserva por cualquiera de las partes.

"Para la Corte no hay duda de que los artículos 47 y 49 del Código en cita, sobre plazo presuntivo, instituyen derechos en favor del patrono y del trabajador. Por norma de derecho, en sentido material u objetivo, se entiende la que tiene por objeto crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Y el papel que desempeña el plazo presuntivo en el contrato de trabajo por término indefinido es, justamente, el de extinguirlo. Así lo prescribe el literal a) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

"La cláusula de reserva es a la vez derecho y facultad. El plazo presuntivo depende de la ley; la cláusula, de la ley y de la voluntad de las partes. La cláusula es también medio para que cualquiera de los sujetos de la relación de trabajo, de plazo indefinido, le ponga término, a vista de lo estatuido en el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo.

"De acuerdo con el fallo arbitral, el patrono no puede dar por terminado el contrato de trabajo en uso de la cláusula de reserva, y no lo extingue el advenimiento del plazo presuntivo.

"Para tal fin debe invocar una de las justas causas de que tratan los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo. La confrontación

entre el laudo arbitral y lo que previenen los artículos 47 y 49 en relación con el 61, literal a) de la obra citada, por una parte, y la comparación entre el mismo acto procesal y el artículo 48 en relación con el 61, literal g) del estatuto en mención, demuestra, por la otra, palmariamente, la oposición entre la ley y el fallo recurrido. Se cumplen, pues, en el presente caso, los presupuestos necesarios para que no reciban homologación las decisiones del laudo a las súplicas contenidas en el punto *primero* del pliego de peticiones. Si el legislador quiso que la relación de trabajo dependiente tuviera un límite temporal, sin perjuicio de su renovación periódica, previo el lleno de ciertas condiciones, no puede el árbitro, sin desconocer el artículo 458 del prementado Código, suprimir los medios establecidos por aquél para que la relación termine".

(Fallo de 27 de enero de 1961, G. J., Tomo XCIV, Nº 2235-2236).

El primer motivo de impugnación habrá de prosperar, en consecuencia.

Segundo motivo.

Se expresa así el personero de la Sociedad de Mejoras Públicas:

"D) El Tribunal Especial de Arbitramento dispuso que el artículo 18 de la convención colectiva de trabajo quedará así: *Artículo 18.* La Sociedad de Mejoras Públicas de Cúcuta reconocerá a cada trabajador, como subsidio familiar, la suma de cinco pesos $ 5.00 moneda corriente mensuales, por cada hijo legítimo o natural legalmente reconocido, debidamente inscrito, al tenor de lo dispuesto en los Decretos 118 de 1957, 1521 del mismo año y 875 de 1961".

"El artículo 7º del Decreto 118 de 1957, orgánico del subsidio familiar, dijo: 'Establécese el subsidio familiar, a partir del 1º de octubre de 1957. Estarán obligados a cubrir dicho subsidio familiar todos los patronos y establecimientos públicos descentralizados con capital de $ 100.000 o superior, o que ocupen un número de trabajadores permanentes no inferior a veinte (20). Esto es, que cargan con la obligación de pagar el subsidio familiar las empresas particulares y los establecimientos públicos descentralizados, o sea, aquellas dependencias oficiales autónomas, que son empresas industriales del Estado o servicios públicos organizados comercialmente y que tienen ánimo de lucro, como empresas municipales, centrales eléctricas y otras similares. Pero la Sociedad de Mejoras Públicas de Cúcuta no es un establecimiento público, sino una corporación de servicio público, que no tiene ánimo de lucro, ya que su labor se refiere al arreglo de los parques y a la arborización de la ciudad, sin cobrarle a los ciudadanos por ello y operada económicamente con fondos públicos en su totalidad, por lo cual no está obligada legalmente al subsidio familiar, así como tampoco los organismos oficiales, las fundaciones de beneficencia y las corporaciones para fines recreativos o culturales. Por ello el fallo arbitral, con este artículo 18, afecta un derecho de la Sociedad de Mejoras Públicas, referente a que la Ley Laboral no la obliga a dar dicha prestación a sus trabajadores, por lo cual tal disposición es anulable integralmente, de acuerdo con las disposiciones citadas. De otro lado, la actual convención colectiva no estableció el subsidio familiar, por lo cual el Tribunal de Arbitramento se ha extralimitado ostensiblemente en este punto también".

SE CONSIDERA

A diferencia de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo, instituciones que tocan la estructura misma del contrato de trabajo en puntos tan sustanciales como la duración del nexo jurídico y el derecho recíproco de las partes a desatarlo cuando se llenen las respectivas condiciones, el reconocimiento de una prima o subsidio en proporción a las cargas familiares del trabajador es disposición puramente económica que no afecta el régimen legal del contrato ni las facultades que la Constitución o la ley reconocen a los contratantes.

El pretendido "derecho" a no pagar el subsidio familiar sino en los casos en que los decretos que lo organizaron haga su pago "obligatorio", sería de la misma estirpe del "derecho" a no pagar como remuneración del trabajo dependiente ningún exceso sobre el salario mínimo, que es el único "obligatorio". No puede olvidarse que es el propio Código Laboral (Art. 13) el que declara: "Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagrados en favor de los trabajadores". Y el concepto de "mínimo" entraña obviamente la posibilidad de que sea superado. Por encima de los mínimos legales señalados para los salarios y prestaciones, cualquier estipulación contractual o cualquier disposición patronal o arbitral es lícita, sin más limitaciones que la voluntad de los contratantes, la generosidad del empresario o el sentido de equidad del arbitrador, según el origen de la norma. En el último evento (disposición arbitral) la ilicitud puede provenir de la defectuosa constitución del Tribunal de Arbitraje, o de irregularidades en el rito procesal, o de extralimitación de la potestad conferida por

la cláusula compromisoria, por el decreto de convocación o por el pliego de peticiones de los trabajadores, pero jamás del hecho inevitable de que el laudo rebase aquellos mínimos legales.

Este segundo cargo será rechazado, y homologada la respectiva decisión arbitral.

Tercer motivo.

Reza el memorial de sustentación del recurso:

"E) El artículo 29 del fallo arbitral establece que su duración y la de la convención colectiva será de dos años, a partir del 1º de mayo de 1964, pero que en el primer año de vigencia, cualquiera de las partes podrá proponer nuevo reajuste de salarios, notificando a la otra parte con treinta (30) días de anticipación al vencimiento de dicho lapso. Agrega dicho artículo que durante su vigencia las partes no podrán solicitar modificaciones ni reformas de su contenido. Estimo que esta disposición es incongruente e ilegal, ya que si se establece que no podrá haber modificaciones durante los dos años de su vigencia, mal se puede en el primer año solicitar un reajuste de salarios, que es la base principal de toda convención colectiva. Por ello esta disposición debe ser aclarada por la honorable Corte en el sentido de que durante la vigencia de la convención o del laudo, no podrá haber modificaciones de ninguna naturaleza".

SE CONSIDERA

Conforme al artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo, "la vigencia del fallo arbitral no puede exceder de dos años". Aquí la ley no fija un mínimo, como para los salarios y prestaciones, sino un máximo, por debajo del cual toda decisión arbitral es válida: un año, un semestre, un mes, un día. Tampoco exige que el término de vigencia del laudo sea uno mismo para todas las diversas disposiciones que consagra, por lo cual cabe en la potestad discrecional de los árbitros escalonar para el futuro las fechas en que deben comenzar a regir determinadas provisiones, como también señalar para ciertas normas una estabilidad temporal de mayor duración que la de otras, siempre que no se rebase en ningún caso aquel límite máximo de dos años.

No resulta entonces ilegal, y ni siquiera incongruente o contradictorio, el artículo 29 del laudo que se examina cuando fija para los salarios un año de vigencia y para las demás disposiciones dos años. Los reparos formulados por el recurrente a este respecto son infundados.

Pero de otro lado se observa que el recurso de homologación, aunque necesita la iniciativa de alguna de las partes o de ambas para su interposición está instituido primordialmente en defensa de la ley. De ahí que el artículo 143 del Código Procesal Laboral ordene que la Corte "verificará la regularidad del laudo y lo declarará exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si el Tribunal de Arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario".

Ahora bien: El artículo 29 del pliego de peticiones "fue aprobado sin modificaciones" en la etapa de arreglo directo, según consta en el Acta número 9, de fecha 9 de abril de 1964 (folio 35 del cuaderno de antecedentes). Y estaba concebido así: "La presente convención colectiva de trabajo regirá las relaciones laborales entre la empresa y sus trabajadores por el término de dos años contados a partir del *primero de abril de 1964* (subraya la Sala), y durante su vigencia las partes no podrán solicitar modificaciones ni reformas de su contenido. Sin embargo, al cumplimiento del primer año de su vigencia se estudiará y acordará un reajuste de salarios y primas, a petición de cualquiera de las partes. La parte interesada en el reajuste de salarios y primas deberá notificar su voluntad a la otra con treinta días de anticipación al vencimiento del primer año".

Si, conforme al artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, "los árbitros deben decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación", y si, además, en el acta de ruptura de la conciliación, copiada al comienzo de la presente providencia, se circunscribió el arbitraje a los "artículos 6, 13 y 27", únicos insolutos, es obvio que la incursión arbitral en el campo del aludido "artículo 29" constituye una extralimitación visible, que conlleva la nulidad de la correspondiente decisión. Así habrá de declararse.

No se encuentra ningún otro motivo de irregularidad en el laudo.

En razón de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —en Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. No es exequible el laudo arbitral de fecha 19 de julio de 1964 en cuanto a la decisión que resolvió el punto sexto (6º) del pliego de peticiones presentado a la Sociedad de Mejoras Públicas de Cúcuta por su Sindicato de base.

Segundo. Es nula la decisión del mismo laudo arbitral, relacionada con el artículo 29 del pliego de peticiones. En su lugar, se estará a lo acordado por las partes el nueve (9) de abril de 1964.

Tercero. Se homologa el laudo arbitral en sus demás disposiciones.

Copia de esta providencia y del fallo arbitral se remitirán al Ministerio del Trabajo.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACUSACION POR ERROR EVIDENTE DE HECHO. — CUESTION RELACIONADA CON EL TIEMPO DE SERVICIOS. — LIBRE APRECIACION DE LAS PRUEBAS POR EL JUEZ DE TRABAJO CON SUJECION A LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., noviembre 10 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio ordinario laboral promovido por Manuel Niebles Vega contra la sucesión de Guadalupe Vega Vásquez, representada por los herederos Antonia Pedrozo viuda de Vega y Humberto Vega Pedrozo.

ANTECEDENTES

Según las voces del libelo Manuel Niebles Vega le prestó servicios personales a Guadalupe Vega, como administrador de la finca denominada "Coconuco", situada en el Municipio de Tamalameque, según contrato celebrado verbalmente; el salario convenido fue el de $ 150.00 mensuales y, además, el suministro al trabajador de alimentación y vivienda; la relación laboral se inició en el mes de enero de 1951, y por muerte del empresario, continuó con su hijo legítimo Humberto Vega Pedrozo; terminaron los servicios en el mes de mayo de 1959 por despido del empleado, sin previo aviso; Niebles Vega gestionó ante los representantes de la sucesión de Guadalupe Vega el pago de sus acreencias laborales, según consta en acta de conciliación extendida por el Inspector de Trabajo, sin ningún resultado.

Con fundamento en los hechos expuestos, el apoderado del demandante pidió que la sucesión fuera condenada por sentencia a pagarle lo siguiente: cesantía, vacaciones y primas de servicio, dominicales y festivos, zapatos y overoles, y al reembolso de las sumas invertidas por el trabajador para el pago de medicinas a la farmacia del doctor José A. Fernández, en Tamalameque.

Las pretensiones se fundan, en derecho, en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda niega que Manuel Niebles Vega haya sido administrador de la Hacienda Coconuco. Manifiesta además el doctor Enrique Palencia Vega, apoderado de los herederos de la sucesión, que Guadalupe Vega falleció en julio de 1958, habiendo quedado sus negocios sin dirección ni control, cuya administración no quiso asumir Humberto Vega debido a diferencias con el causante. En tal virtud, Manuel Niebles, pariente suyo, entendió que debía ponerse al frente de la hacienda y así lo hizo desde antes del fallecimiento de aquél, durante su enfermedad. En las funciones que aquél ejercía en la finca obtuvo la confirmación de Humberto Vega, y el mismo mandatario judicial, como apoderado de éste, le dio algunas instrucciones al trabajador.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado Civil del Circuito de El Banco, condenó a la sucesión a pagar al demandante lo siguiente:

$ 502.50 por cesantía; $ 225.00 por vacaciones; $ 495.00 por prima de servicios, y $ 440.00 por concepto de zapatos y overoles. Le impuso las costas a la parte demandada.

La parte vencida interpuso el recurso de apelación contra la anterior providencia. Lo decidió en segunda instancia la Sala Civil y Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta. La sentencia del *ad quem* condena a la sucesión demandada a pagar al actor lo siguiente: $ 413.00 por auxilio de cesantía; $ 180.00 por vacaciones, y $ 405.00 por primas de servicio. Dispone que la sucesión entregue al demandante nueve pares de calzado de caucho o cuero y nueve overoles; y la absuelve de la súplica sobre pago de medicinas.

La misma parte interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, que le fue concedido. Elevados los autos a esta superioridad, fue admitido por ella el recurso, que se halla debidamente preparado y en estado de recibir sentencia.

LA DEMANDA DE CASACION

Se acoge a la causal primera y con fundamento en ella impugna la sentencia recurrida, "para que se revoque" y, en su lugar se absuelva a la sucesión de todos los cargos de la demanda inicial.

Formula un solo cargo; en él acusa violación de los artículos 22, 23, 24, 37, 38, 45, 47, 249, 186 y 230 del Código Sustantivo del Trabajo; 1º a 7º del Decreto 3743 de 1950; y 1º del Decreto 147 de 1958. Se debió la infracción a error evidente de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas.

Las pruebas mal apreciadas que el cargo relaciona, son las siguientes: declaraciones de renta y patrimonio de Guadalupe Vega por los años de 1953 a 1955 (F. 26 del cuaderno principal); las cartas de fechas 24, 25 y 31 de julio de 1958, de Guadalupe Vega para el demandante (Fs. 9 a 13 del mismo cuaderno); certificado de la Administración de Hacienda Nacional del Magdalena, Auditoría Nacional de Impuestos (F. 13 del cuaderno Nº 2); y la respuesta a la demanda (Fs. 1 a 3 del cuaderno Nº 3).

En sustentación del cargo, arguye el recurrente:

Contrato de trabajo.

La sentencia encuentra establecido el vínculo laboral con la confesión del apoderado de los herederos de la sucesión, contenida en la respuesta a la demanda, lo cual no es cierto, porque en ese acto procesal aquél negó todos los hechos afirmados en el libelo promotor del juicio.

Tiempo de servicios.

Dice el fallador que Manuel Niebles trabajó desde el mes de octubre de 1953 hasta el de julio de 1958, para lo cual se funda en las declaraciones de renta y patrimonio de Guadalupe Vega y en las tres cartas de julio de 1958, dirigidas por éste al demandante. Califica de errónea esa apreciación del Tribunal, porque según el certificado del Auditor de Impuestos de la Administración de Hacienda Nacional del Magdalena, en los años de 1956 y 1958 el actor no recibió de Guadalupe Vega suma alguna por concepto de salario.

Concluye el cargo con este razonamiento: "Se puede aceptar que hubo contrato presuntivo; que el salario por no haber sido demostrado se determina por el mínimo legal; pero el extremo de la prestación de servicios no está probado en parte alguna...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En el párrafo último de su alegación, prescinde el recurrente de la censura contra el fallo del *ad quem* en cuanto halló probado en el juicio el contrato de trabajo. En consecuencia, no es el caso de examinar la impugnación encaminada a demostrar la inexistencia del vínculo laboral aducido por el actor como causa jurídica de los derechos cuyo reconocimiento pretende en el juicio.

2. En vista de que la sentencia no encontró demostrado con el material probatorio aducido al proceso, el salario convenido por las partes, optó por el mínimo legal, al cual se atuvo también el fallo de primer grado. La acusación como se dejó anotado, acepta la resolución del Tribunal al respecto.

3. La única acusación contra la sentencia queda reducida a la cuestión relacionada con el tiempo de servicios, que según el recurrente, no es hecho establecido en autos, pues en su opinión las pruebas de que aquélla se vale no demuestran la vigencia del contrato por el lapso que señala el Tribunal.

4. Sobre este extremo del debate, dice el sentenciador: "en virtud de las declaraciones hechas por el doctor Palencia Vega, con base en la certificación de que se habla (alude a la del Auditor de Impuestos) el trabajador estuvo en servicio desde octubre de 1953 hasta julio de 1958. Esta última fecha la aprecia la Sala por las cartas que se le dirigieron al actor, que han obrado en el juicio sin que haya hecho tacha de ellas, ni redargüídas de falsas. Cierto que en las declaraciones de renta de los años de 1956 y 1958 no figuran partidas pagadas a Niebles Vega, según aparece de la ya mencionada certificación; pero esta circunstancia no quiere decir que en realidad no trabajara en la finca de propiedad de Guadalupe Vega, criterio tanto más de recibo si se toman en cuenta las cartas aludidas en donde expresamente se habla del trabajo por él realizado durante el año de 1958".

5. En la cuarta audiencia de trámite (F. 26) el apoderado de los representantes de la sucesión presentó las declaraciones de renta de Guadalupe Vega correspondientes a los años de 1953 a 1955; de ellas se tomaron los datos que aparecen en el acta de la audiencia. La de 1953 registra pagos de salarios al demandante, desde el mes de octubre. Afirma el Tribunal que la fecha indicada fue la inicial de los servicios. Las cartas de Guadalupe Vega para el demandante (Fs. 9 a 13) de fechas 24 y 25 de julio de 1958, contienen órdenes para el destinatario: la segunda

le da la denominación de administrador. Se vale la sentencia de esos documentos para señalar el mes de julio de 1958 como fecha de terminación de los servicios.

6. Con relación a las cartas, el acusador dice que no sirven para establecer la vigencia del contrato de trabajo de octubre de 1953 a julio de 1958, como lo sostiene el fallador, sino la prestación de servicios durante el mes y año dichos. A lo cual observa la Sala que el Tribunal toma la fecha indicada para decir que en ella concluyeron los servicios, no para deducir todo el tiempo de vigencia de la relación de trabajo; aquéllos empezaron, anota la sentencia, en octubre de 1953, según dato de la declaración de renta del patrono.

7. El Auditor de Impuestos, en su certificación, afirma que de las declaraciones de renta del patrono durante los años de 1953 a 1958, aparece que aquél denunció pagos de salarios al actor durante ese período, a excepción de los años de 1956 y 1958. De esa prueba deduce el recurrente, que como no se cubrió la asignación en el año de 1958, los servicios no pudieron extenderse hasta ese año. A todo lo cual la Sala observa, que el fallador infiere la prestación de trabajo hasta julio de 1958, de la correspondencia antes citada. Fue esa su convicción, que la Corte no puede variar, pues es sabido que el Juez del Trabajo aprecia libremente las pruebas, con sujeción a las reglas de la sana crítica, por regla general. Por lo demás, no se advierte error de hecho evidente en su valoración, como es de rigor en el recurso extraordinario, aparte de que el juicio del sentenciador se funda en todos los medios probatorios aducidos al proceso, entre otros, en la confesión espontánea del apoderado dé los representantes de la sucesión, contenida en la respuesta a la demanda, de la cual se infiere que hasta la muerte del patrono Guadalupe Vega (julio de 1958) el demandante fue su trabajador dependiente.

No es contrario al contenido de las pruebas analizadas lo que de ellas predica la sentencia, de manera que el reparo de haber incurrido en error de hecho por su mala estimación, carece de fundamento. En consecuencia, no viola el fallador las normas legales que, como resultado de aquel error, cita el recurrente.

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 Santa Marta.

Costas a cargo del recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NIVELACION DE SALARIOS POR TRABAJO IGUAL

Evaluación de la eficacia en el trabajo. — Extinción legal del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo, aunque no haya dolo. — La sanción moratoria está siempre vinculada a cuestiones de hecho.

Conviene para efectos de la unificación jurisprudencial encomendada a la Corte, rectificar la tesis demasiado absoluta del ad quem respecto de la aplicación del ordinal 8º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que habla de "violación grave" o "falta grave", y no de "culpa grave". No es exacto que la facultad consagrada en esa norma esté condicionada al "animus nocendi" del infractor, esto es, a su intención de causar daño a la contraparte. Cumplidos los presupuestos que allí se determinan (gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la gravedad de la falta en pacto, convención colectiva, fallo arbitral, contrato individual o reglamento, y agotamiento del respectivo procedimiento convencional o reglamentario), puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo y no necesariamente por dolo del inferior.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., noviembre 13 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

Contra "Acerías Paz del Río, S. A." promovió el señor Jorge Hernando Neira Granados, ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Sogamoso, un juicio ordinario laboral encaminado a obtener el reconocimiento y pago de la diferencia entre los salarios que recibió como almacenista de aquella empresa y los que devengaron otros dos almacenistas de la misma; del aumento general de salarios ordenado por el Decreto número 118 de 1957; del consecuencial reajuste en las primas de servicio, vacaciones y cesantía; de las primas de salud y asistencia, acordadas en una convención colectiva de trabajo; de la indemnización por ruptura unilateral e ilegal de su contrato; los salarios caídos y las costas.

A esas pretensiones se opuso la sociedad demandada y el proceso se adelantó sin nulidades, concluyendo la primera instancia con un fallo por el cual fue condenada aquélla a pagar $ 3.083.25 por lucro cesante; $ 5.064.05 por salarios faltantes en razón de la nivelación que se decretó; $ 293.85 por prima de asistencia; $ 279.16 por prima de sanidad; $ 1.210.00 por reajuste de primas de servicio, vacaciones y cesantía, fuera de las costas del juicio, y se la absolvió por los demás conceptos reclamados.

Por apelación de ambas partes subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el cual, en Sala de Decisión, desató el recurso mediante la sentencia de 17 de enero de 1963, que confirmó la de primer grado. También por ambas partes fue recurrida en casación la mencionada providencia del Tribunal, y agotado el respectivo trámite se entra a resolver.

EL RECURSO DE LA DEMANDADA

La sociedad demandada fija el alcance de la impugnación en el pedimento de que "se case parcialmente el fallo de segunda instancia en cuanto por él se la condenó al reajuste o nivelación de salarios y prestaciones sociales, y al pago de los salarios faltantes para el vencimiento de un nuevo período presuncional". Al efecto, con fundamento en la causal 1ª de casación laboral, formula dos cargos, que se estudian separadamente:

a) *Primer cargo.*

Aplicación indebida del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 186, 189, 249, 253 y 306 *ibídem,* "a consecuencia de error evidente y manifiesto en

los autos al cual llegó el sentenciador por apreciación errónea" de determinadas pruebas.

Sostiene el recurrente que el artículo 143 del Código Laboral requiere, para la nivelación de salarios, que "el puesto, jornada y condiciones de eficiencia entre los dos trabajadores que se comparan, sean también iguales". Y arguye: "Sobre las condiciones de eficiencia en el trabajo cumplido por el demandante y por los señores Angarita y Castellanos ha tomado el Tribunal como base para su decisión, los testimonios de Agustín Camargo y José del Carmen Báez Alvarado visibles a folios 28 a 32 del informativo. Dice el primero de los citados: 'me consta porque yo iba a hacer pedidos al almacén de la empresa que todos tres los señores Neira, Angarita y Castellanos atendían el almacén, no sabiendo a ciencia cierta si Angarita y Castellanos fueran también almacenistas o tuvieran otros cargos allí, pero como dije al que sí sé que era almacenista era el señor Neira; todos tres trabajaban allí y desempeñaban bien sus funciones y de acuerdo con el trabajo, pero yo no sé si alguno de ellos tuviera equivocaciones en pedidos o despachos, pues yo no los controlaba ni permanecía allí permanentemente'. El segundo de los deponentes, aunque usa la palabra 'eficiencia' no es más afirmativo que el anterior, pues en efecto dice: 'me consta por lo que yo trabajaba en la sección del almacén que el señor Neira desempeñaba el mismo puesto del señor Castellanos, pero no sé si eran almacenistas o Subalmacenistas, ellos los dos trabajaban con la misma eficiencia y no sé si la empresa le hiciera o no reclamos a los dos señores Neira y Castellanos y no sé si la empresa estuviera contenta con el trabajo de ellos' ".

"Fuera de las dos anteriores declaraciones que nada significan con relación al presupuesto 'eficiencia' que el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, exige como premisa para su aplicación, no existe ninguna otra a lo largo del expediente.

"El primero de los dos declarantes o sea el señor Agustín Camargo ha dicho simplemente que el demandante al igual que sus otros compañeros desempeñaba bien sus funciones y de acuerdo con el trabajo. No le consta nada más por las razones obvias de no permanecer en el lugar del trabajo ni depender jerárquicamente de él. El otro declarante afirma que él trabaja con la misma eficiencia, y basa esta afirmación en que 'el señor Neira hacía lo mismo que hacía el señor Castellanos' (respuesta a la pregunta formulada por el apoderado de Acerías). Esta respuesta está demostrando que para el deponente hacer dos personas la misma cosa es sinónimo de eficiencia, tesis que no resistiría el más benigno de los comentarios".

Agregando más adelante: "Está pues, demostrado en este planteamiento, que el honorable Tribunal sentenciador dio por demostrada la eficiencia en el trabajo del demandante y sus compañeros que señala como punto de referencia, sin base probatoria alguna. Ya en alegación hecha dentro de la continuación de la cuarta audiencia de trámite el apoderado de la demandada había manifestado: 'Respecto del segundo objetivo, o sea la nivelación de salarios, el demandante y su apoderado se limitaron a alegar que el trabajo del demandante era o fue igual al de otros señores que trabajaban en el mismo departamento. Pero, no aparece prueba concreta y específica de la procedencia, de la comparación que haga viable la nivelación pretendida. Y no es procedente la invocada o pretendida por el actor ya que los candidatos escogidos por el demandante para el logro de su intento, resultaron ser más antiguos en la empresa y por consiguiente con mayor experiencia en el trabajo y en el manejo de sus asuntos; resultaron ser también con una preparación o formación intelectual mayor y mejor que las del demandante; este demandante, no probó ni pudo, ni podía hacerlo haber desarrollado su trabajo que él alega haber sido el mismo, con la misma eficiencia, perfección y rendimiento, así en la calidad como la cantidad, por lo cual aún en el supuesto caso de que el trabajo aparentemente fuera igual, dejó de probarse y establecerse la igualdad sustancial o real, cosa que expresamente exige la ley actual, Código Sustantivo del Trabajo, y exigía la ley anterior, quizás en forma más técnica, la Ley 6ª de 1945'.

"Es más respecto de este punto: tan no fue igual en eficiencia, calidad y cantidad de trabajo con quienes pretende nivelarse, que fue precisamente el cúmulo de errores, deficiencias, desorden y desacatos que se impuso como necesidad para la empresa la terminación del contrato de trabajo.

"Confrontando la interpretación que al artículo 143 del Código se le ha dado, la motivación del Tribunal y las declaraciones rendidas, es forzoso concluir que el Tribunal incurrió en error evidente y ostensible al deducir de dos pruebas que demuestran si acaso que el demandante y sus compañeros trabajaban más o menos en iguales labores, la existencia del elemento 'eficiencia' igual, que es requisito indispensable para dar aplicación al texto citado".

SE CONSIDERA

Puede dispensarse la omisión en que incurrió el impugnador al no determinar si el error que atribuye a la sentencia fue de derecho o de hecho, en atención a que los argumentos con que sustenta su ataque permiten inferir que se trata de uno de la segunda especie.

Pero si el supuesto error consistió en dar por demostrada la igualdad de eficiencia entre los almacenistas Neira, Angarita y Castellanos con las declaraciones de los testigos Camargo y Báez, únicas pruebas cuya equivocada apreciación invoca el cargo, resulta que el sentenciador deduce aquella conclusión no sólamente de esos testimonios sino también de la conducta procesal de la sociedad demandada, premisa fundada o infundada que no se impugna en el recurso. Y esta otra omisión sí no cabe dispensarla.

Dice, en efecto, el sentenciador: "Por otra parte, si el demandante no poseía el acervo de conocimientos exigidos para el cargo que lo destinaba el patrón, si el trabajo que ejecutaba era deficiente, la empresa demandada ha debido impugnar la prueba que acreditaba la igualdad de condiciones de eficiencia y establecer la inferioridad, la incapacidad y deficiencia del actor Neira Granados respecto a los trabajadores que simultáneamente con él desempeñaron el cargo de almacenistas".

Además, los aludidos conceptos del *ad quem* no aparecen contraevidentes. La eficiencia en el trabajo se mide por los resultados en la actividad del operario, y tanto esos resultados como la manera de obtenerlos son casi siempre perceptibles por los sentidos, de donde el testimonio humano, y no exclusivamente la evaluación técnica por peritos, es en muchos casos adecuado a su demostración como lo es, a la inversa, para acreditar la ineptitud, la torpeza y las vacilaciones o deficiencias del trabajador en su tarea. Cuando Camargo afirma bajo juramento que "todos tres (Angarita, Neira y Castellanos) trabajaban allí y desempeñaban bien sus funciones y de acuerdo con el trabajo" (F. 29), y Báez asevera que "los dos (últimos) trabajaban con la misma eficiencia... porque el señor Neira hacía lo mismo que hacía el señor Castellanos" (F. 31), no podría entenderse nada distinto de lo que el sentenciador entendió. Como tampoco es irrazonable que la identidad de empleos y jornada, y la equivalencia de los procedimientos y resultados apreciables a simple vista, permitan suponer la igualdad de eficiencia.

El cargo no prospera.

b) *Segundo cargo.*

Aplicación indebida del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 58, 60 y 62, numeral 8º, *ibídem,* "a consecuencia de error evidente y manifiesto en los autos al cual llegó el sentenciador por apreciación errónea" de determinadas pruebas.

El acusador dice al respecto:

"El no cumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones citadas en el artículo 58 o el realizar alguno de los actos prohibidos por el artículo 60 da lugar al tenor del artículo 62 del estatuto sustantivo a dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, como expresamente lo prescribe el numeral 8º de él.

"Mediante comunicación dirigida por Acerías Paz del Río, S. A., al demandante con fecha febrero 24 de 1960 y que obra al folio 3 del informativo, presentada por el mismo actor, se anotan como causas para la terminación unilateral e intempestiva del contrato de trabajo, una larga serie de hechos y omisiones en el ejercicio del cargo y con detrimento del patrón, que fueron constatados en la diligencia de inspección ocular.

"El Juez de primera instancia y el personal de la diligencia, constató como está demostrado a los folios 40 y 41 del expediente, que la empresa demandada había pasado al trabajador reclamente varias cartas llamándole la atención por errores que se puntualizaron en cada una de esas notas.

"Si bien es cierto que el trabajador interesado en la misma diligencia de inspección ocular negó haber recibido instrucciones de la empresa en uno u otro sentido, y también tener conocimiento de dichos documentos, no puede con tal actitud parcial por venir de parte interesada, desconocerse la existencia en sí de esta prueba. Que los hechos que esas notas refieren y que demuestran violación palmaria por parte del trabajador de sus obligaciones contractuales se produjeron, no está desvirtuado. Que hubiesen llegado o no a su destino, que es casi seguro a no dudarlo, en manera alguna puede significar que no se produjeron, que no se constataron en inspección ocular y que la empresa no probó las razones aducidas para la terminación del contrato".

Y concluye: "A la empresa le tocaba acreditar la justa causa invocada para el despido. En la inspección ocular constató mediante documentos que no han sido tachados ni redargüidos de falsos, los hechos y las omisiones que había aducido para la terminación del contrato. ...En conse-

cuencia, contrario a lo afirmado por el sentenciador de segunda instancia, sí aparece que el demandante Jorge Eduardo Neira Granados dio lugar con la violación de sus obligaciones contractuales a la rescisión del contrato".

SE CONSIDERA

Dos, pues, son las pruebas cuya equivocada apreciación, según el impugnador, hizo incurrir al sentenciador en error evidente (¿de hecho?): la carta de despido y el acta de inspección ocular.

De la primera se afirma en la sentencia: "Con fecha 3 de febrero de 1960, la Dirección de Personal de 'Acerías Paz del Río S. A.', se dirigió a Jorge Neira manifestándole que por las acciones y omisiones allí insertas se daba por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral, 'sin previo aviso por parte del patrono, la empresa ha resuelto prescindir de sus servicios a partir de la fecha'. De la nota aludida conviene transcribir las imputaciones insertas para su examen subsiguiente:

"Los hechos y omisiones fundamentales que han motivado la determinación de la empresa son los siguientes principalmente:

"1. Se le advirtió reiteradamente como obligación especial la de guardar rigurosamente el 'turno' en los despachos de productos y subproductos de la empresa.

"2. El 3 de febrero de 1960, alteró el turno despachando 1.500 sacos de abono fosfórico a la firma 'Riegos Técnicos' cuando debía despachar el 50% a la Caja Agraria y el resto a clientes que tenían pedidos anteriores.

"3. El 5 de febrero de 1960, despachó 700 sacos de abono fosfórico a la firma 'Riegos Técnicos' cuando debía despacharlos a la Caja Agraria.

"4. El 20 de febrero de 1960 despachó 1.000 sacos de abono fosfórico a Riegos Técnicos cuando debía despachar el 50% a pedidos anteriores y el 50% a la Caja Agraria.

"5. Se le hicieron las siguientes llamadas de atención:

"a) Nº 0371 octubre 23/58, por elaborar mal la lista de empaque Nº 10203 despacho hecho a los 'Depósitos Santa Fe' cuando debía ser a los 'Depósitos Mercantil'.

"b) Nº 0332 octubre 6/59, por error en la liquidación listas de empaque Nos. 030 y 058 y por falta de la firma del transportador en la Nº 22266.

"c) Nº 0001 enero 4/60, error en la lista de empaque Nº 25258 faltándole anotar en ella la nota 'fletes cuenta Acerías'.

"d) Nº 0038 26/60, error en la lista de empaque Nº 26044 por no revisar el informe de bodeguero con la orden de despacho 32455 y por omitir cien (100) números de listas de empaque.

"e) Nº 0042 febrero 1º/60, error en la lista de empaque Nº 26308 cambiándole el Nº del pedido 8039 cuando debía ser el Nº 8090 y en la lista de empaque 26344 anotándole 18.700 kilos para la góndola 1745 cuando debía ser 18.100 kilos.

"6. A la empresa le hicieron reclamaciones por el incumplimiento del oportuno envío de tales artículos, incumplimiento causado por el desacato a las órdenes e instrucciones impartidas.

"7. Ha llamado la atención el hecho de que la pretendida equivocación del señor Neira se haya repetido siempre para favorecer a un determinado interesado.

"8. Tal reincidencia ha dado lugar a que se crea o piense que la empresa y algunos de sus altos funcionarios emplean el 'favoritismo' respecto de determinados clientes, lo cual no es así".

Y arguye el sentenciador:

"La violación 'grave' de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador" están en armonía con las obligaciones y prohibiciones de que tratan los artículos 58 y 60 de la obra citada. Empero, tales violaciones, deben conllevar o prevalecer el factor moral (sic), ya que la gravedad del acto indisciplinario o desobediencia cuando se agravan (sic) atentan con la base de organización del negocio o empresa comercial. Luego el acto impide (sic) al trabajador, cuando se trata del desobedecimiento de órdenes impartidas por los superiores y que el asalariado no las atiende, debe buscarse la fuente moral o la intención dañina con que obre el trabajador para perjudicar a la empresa, es el animus necandi (sic) factor decisivo para justificar un despido sin previo aviso, por la causal invocada en el caso sub lite. Si no aparece demostrada en forma fehaciente esa intención dañina o factor psicológico por parte del trabajador, debe concluirse que la causal de despido no opera so pena de incurrir el patrono en las sanciones contempladas en la ley por el despido injustificado de su asalariado.

"Y no puede ser de otra manera la interpretación que el Juez debe darle a esta disposición del Código; de lo contrario se estaría en pre-

sencia de tremenda injusticia, colocando en manos de los patronos un arma de dos filos en contra de sus subordinados.

"Aplicando los principios anteriores al caso sub lite tenemos que el cargo que, la empresa imputa al demandante para despedirlo unilateralmente sin previo aviso, es el de que en los despachos de pedidos no atendió a las insinuaciones que se le hicieron por parte de las directivas de tales actividades, sino que por el contrario empleó 'favoritismo' que iban en contra de la organización y prestigio de la entidad demandada.

"Debe anotarse en primer lugar que no hay prueba en el expediente que Neira Granados hubiera alterado los turnos con el ánimo de favorecer a unos clientes de la empresa y perjudicar a otros, por el contrario sostiene en la absolución de posiciones, como lo dice *a quo* que no recibió orden alguna para no alterar los turnos y que las órdenes que se le impartían respecto a ello eran cumplidas por su parte. Tampoco hay prueba alguna en el expediente que demuestre que el actor recibiera las órdenes escritas que se le impartieron para el riguroso turno de los despachos, pues los documentos que dice le entregaron al demandante para tal fin, no se demostró que hubieran sido recibidos por él. Así las cosas la defensa o justificación esgrimida por la empresa no tiene base probatoria alguna en el expediente. Pero si ello no fuere suficiente, tenemos que agregar que de acuerdo con el espíritu de la ley, las violaciones que le imputan al trabajador despedido tampoco tienen la demostración, sobre la conducta dañina por parte del trabajador al preferir determinados despachos sin la guarda del riguroso turno de que habla la demandada".

La Sala encuentra dos series de imputaciones en la nota de despido: la que se refiere a la alteración de los turnos (ordinales 1, 2, 3, 4, 6, 7 y 8), y la que se contrae a errores en las listas de empaque (ordinal 5, literales a, b, c, d y e). El *ad quem* circunscribe su comentario a la primera serie, y deja de lado la segunda, cuya gravedad es obviamente menor. Pero no puede atribuirse su silencio a errónea apreciación de dicha carta pues no niega que en ella se haya acusado al trabajador de otras faltas menores.

Además, tanto la primera serie de imputaciones como la segunda debían ser demostradas en el juicio, conforme al desarrollo que la jurisprudencia le ha dado al artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo y según lo admite el propio recurrente. Como la carta acusatoria apenas acredita que los motivos de ruptura del contrato se le precisaron al trabajador en esa oportunidad, pero no la ejecución por éste de los hechos constitutivos de las infracciones invocadas, la demostración de estos extremos tendría que hallarse en el acta de inspección ocular, pues de encontrarse en otros elementos probatorios no singularizados en la impugnación, su búsqueda oficiosa estaría vedada en casación.

Ahora bien: el acta de inspección ocular (Fs. 38 a 47 del cuaderno primero) no da cuenta de las advertencias reiteradas en relación con el turno riguroso en los despachos, de que habla el ordinal 1) de la nota de despido; tampoco se refiere a los despachos efectuados el 3, el 5 y el 20 de febrero de 1960, ni a los turnos alterados por tales despachos, de que tratan los ordinales 2), 3) y 4) de la mencionada comunicación; ni se exhibieron las "reclamaciones por el incumplimiento del oportuno envío", formuladas a la empresa según el ordinal 6). En cambio, se hizo constar la existencia de las copias o duplicados de la correspondencia interna determinada en los cinco literales del ordinal 5), sin que se verificara la realidad de los errores que allí se imputan al actor. No sobra agregar que éste, bajo juramento y en la misma diligencia de inspección, negó haber recibido dichas comunicaciones, y que el empleado que las suscribió, señor Alberto Orozco Velásquez, se limitó a declarar, según el acta: "las firmas que aparecen en esas copias de las notas, y que se me han puesto de presente, son puestas de mi puño y letra, y las notas las mandé elaborar cuando yo estaba de Jefe de Productos Terminados, y fueron dirigidas a él (a Neira), pero no sé si se las entregarían ya que se enviaban por el correo interno de la empresa como es la costumbre o norma aquí dentro de la empresa". Por último, los ordinales 7) y 8) sólo contienen comentarios de la sociedad demandada.

Si, pues, como queda explicado, el acta de inspección ocular demuestra apenas el envío al actor de algunas de las notas de censura, pero no su recibo por el destinatario ni menos las infracciones que en la carta de despido se le imputaron, en vez de la equivocada apreciación de tal diligencia por el sentenciador lo que resulta evidente es su acertada estimación cuando afirma: "no hay prueba en el expediente que Neira Granados hubiera alterado los turnos con el ánimo de favorecer a unos clientes de la empresa y perjudicar a otros...; tampoco hay prueba alguna en el expediente que demuestre que el actor recibiera las órdenes escritas...; así las cosas, la defensa o justificación esgrimida por la empresa no tienen base probatoria alguna en el expediente".

En consecuencia, no apareciendo de autos el error manifiesto en que se pretendió fundarlo, tampoco el segundo cargo puede prosperar.

Conviene, sin embargo, para efectos de la unificación jurisprudencial encomendada a la Corte, rectificar la tesis demasiado absoluta del *ad quem* respecto de la aplicación del ordinal 8º del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que habla de "violación grave" o "falta grave", y no de "culpa grave". No es exacto que la facultad consagrada en esa norma esté condicionada al "animus nocendi" del infractor, esto es, a su intención de causar daño a la contraparte. Cumplidos los presupuestos que allí se determinan (gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la gravedad de la falta en pacto, convención colectiva, fallo arbitral, contrato individual o reglamento, y agotamiento del respectivo procedimiento convencional o reglamentario), puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposos y no necesariamente por dolo del inferior.

EL RECURSO DEL TRABAJADOR

El actor aspira, por su parte, a que se case parcialmente la sentencia en cuanto confirmó la absolución de la sociedad por el concepto de indemnización moratoria y a que la Corte, en función de instancia, acoja la respectiva súplica del libelo inicial. Propone para ello dos cargos, uno principal y otro subsidiario, ambos por vía directa, esto es, independientemente de toda cuestión de hecho. El primero, por infracción directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y el segundo por aplicación indebida de la misma norma, susceptibles de un examen conjunto.

Alega el recurrente que el sentenciador dio por establecida la vigencia de la convención colectiva de trabajo que instituyó las primas de asistencia y sanidad, la deuda en favor del actor por esos conceptos y la omisión de su pago a la expiración del contrato, a pesar de lo cual se abstuvo de aplicar la sanción ordenada por el artículo 65 del Código Laboral, "contrariando así, en forma abierta y no disimulada, el texto" de la disposición (cargo principal). O bien que, por entender el reclamo de la indemnización moratoria como vinculado exclusivamente a la falta de pago de un mayor salario (a causa de la nivelación impetrada por el actor respecto de las remuneraciones de otros compañeros de labor) y de los reajustes consecuenciales por vacaciones, primas de servicios y cesantía, cuando también se apoyaba en la falta de pago de las primas convencionales de asistencia y sanidad, aplicó la norma indemnizatoria de modo incompleto al absolver a la sociedad porque encontró discutible de buena fe la deuda por nivelación de salarios y reajustes consiguientes, haciendo caso omiso de la deuda por primas convencionales (cargo subsidiario).

SE CONSIDERA

En la motivación de la sentencia puede leerse: "*Indemnización moratoria.* A raíz de la expiración de la vinculación laboral, la empresa demandada cubre al trabajador demandante las prestaciones sociales liquidadas sobre el valor del último sueldo pagado; es cierto que en ella no se incluyó el valor de los reajustes que ahora se hacen; pero, también es evidente que se trataba de un punto discutible que precisamente ha sido materia del presente litigio, por lo tanto, no se puede hablar de mala fe patronal. En estas condiciones, la condena por indemnización moratoria no procede, y, el Juzgado obró con acierto al absolver por este concepto".

No ignora, pues, el sentenciador la existencia de la norma que ordena al patrono indemnizar al trabajador durante la mora en el pago de lo debido; tampoco se rebela contra ella "en forma abierta y no disimulada"; sino que, interpretándola en su recto sentido, la declara inaplicable a los casos en que, por ser la deuda discutible, no puede atribuirse la mora a la mala fe patronal, incluyendo entre esos casos el presente.

En el evento indicado, no cabe la impugnación por vía directa. Porque la mala fe que el acusador atribuye al empresario tiene que deducirse necesariamente de algunos hechos u omisiones que el sentenciador no admita y que aparezcan demostrados en el proceso.

Así, bien puede suceder que la argumentación del *ad quem*, arriba transcrita, haya partido de una base falsa o incompleta, como lo sostiene el recurrente, al estudiar la indemnización moratoria en función de la nivelación de salarios y del reajuste de vacaciones, prima de servicios y cesantía, sin tomar en cuenta el problema de las primas convencionales. Pero ese hipotético error tendría que provenir de la falta de estimación o de la equivocada apreciación de algunas piezas procesales (como el libelo original y las alegaciones, por ejemplo) en las que el actor haya también fundado su reclamo de los "salarios caídos" en la falta de pago de tales primas sin que la empresa arguyera, con razones serias, no deberlas. Y habiéndose acogido la vía directa para la impugnación, no podría la Sala investi-

gar de oficio estos aspectos típicamente de hecho.

Por lo tanto, ambos cargos serán desestimados.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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.

Sin costas en el recurso.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION JUBILATORIA. — PRIMAS Y CESANTIAS DEFINITIVAS

Causal primera de casación. — Plazo presuntivo. — Duración del vínculo laboral. — Capital de la empresa. — Estipulación del salario y su deducción unilateral. — Solución del trabajador en este evento. — Revisión del contrato. — Salarios variables y remuneración de dominicales y festivos. — Exigencias de la ley en estos casos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., noviembre 13 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario laboral seguido por Ignacio Montoya Aristizábal contra la sociedad de responsabilidad limitada, denominada "Rafael Restrepo & Cía." y otros.

ANTECEDENTES

Dicen en resumen los hechos fundamentales de la demanda: "Industrias Charles-Rafael Restrepo & Cía. Ltda.", de la cual son únicos socios Rafael y Adolfo Restrepo, se constituyó con domicilio en Pereira y establecimientos en esa ciudad y en la de Bogotá; su razón social anterior era de "Carlos Restrepo Olano y Cía.", pero por cesión del interés que en ella tenía Carlos Restrepo Olano en favor de Adolfo Restrepo, quedó con el nombre de "Rafael Restrepo & Cía. Ltda.", a la cual pertenecen las empresas "Manufacturas Imperial e Industrias Charles"; desde antes del 15 de enero de 1936 y después del 1º de dichos mes y año, Montoya comenzó a trabajar en la pequeña empresa "Industrias Charles", de la sociedad "Carlos Restrepo Olano y Rafael Restrepo" y continuó después prestando sus servicios a la empresa "Manufacturas Imperial", a órdenes de la sociedad demandada, hasta el 15 de enero de 1956; el salario convenido por las partes para retribuir los servicios del trabajador, fue una comisión del 4% sobre las ventas de los productos de la compañía, que le fue cancelada durante los años de 1950 a 1952, y la que recibió por los años de 1953 a 1955 fue únicamente del 2%; en los últimos años Montoya prestó sus servicios en Bogotá, y desde que se iniciaron hasta su conclusión, estuvieron regidos por un contrato de trabajo; el 30 de noviembre de 1955 la sociedad dio por terminado el contrato, sin justa causa, señalando el 15 de enero de 1956 como fecha de expiración; el demandante tiene más de 55 años de edad; han trabajado como agentes de las dos empresas los señores Enrique Arbeláez y Alvaro Muñoz, con menos antigüedad que el actor, con igual eficiencia y en las mismas condiciones, a excepción de lo relativo al salario; a Muñoz y a Arbeláez la sociedad les pagaba una comisión del 5%, o una superior, por lo cual el demandante adquirió el derecho a la diferencia entre el salario reconocido a aquéllos y el que le cubrió a él, y, en consecuencia, deben reajustarse las prestaciones sociales (cesantía y primas de servicio); tampoco le ha pagado el patrono lo correspondiente a vacaciones de los últimos tres años, ni le ha cubierto lo que le corresponde por dominicales y feriados; y desde marzo de 1956 el empleado le reclamó el pago de sus prestaciones.

EL LITIGIO

Con base en los hechos expuestos, el apoderado del demandante pidió que la sociedad y sus socios Rafael y Adolfo Restrepo fueran condenados solidariamente a pagarle lo siguiente: una pensión vitalicia de jubilación equivalente a $ 600.00 mensuales, o, en subsidio, la especial que establece el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo; el auxilio de cesantía correspondiente a 20 años y 15 días de servicio, súplica

formulada en subsidio de las anteriores; perjuicios por ruptura ilegal del contrato e indemnización moratoria; primas de beneficio y de servicio por los años de 1950 a 1955, y vacaciones compensadas en dinero por el mismo lapso de tiempo ya expresado; salarios insolutos y por trabajo en domingos y festivos; y por último, las costas del juicio.

En derecho las pretensiones se fundan en las normas pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo, y de los decretos que lo han modificado y reformado.

La respuesta a la demanda se opone a la prosperidad de sus peticiones; en cuanto a los hechos manifiesta que se atiene a lo que se pruebe en el juicio. Propuso las excepciones de pago, compensación, prescripción, falta de título, de causa y de obligación, y las demás que se acrediten en el proceso.

En primera instancia terminó la controversia mediante sentencia dictada por el Juzgado Quinto del Trabajo de Bogotá, en ella condena solidariamente a la sociedad y a los socios Rafael y Adolfo Restrepo, a pagar al demandante (ordinal primero) lo siguiente: a) $ 600.00 por pensión de jubilación, a partir del 8 de marzo de 1956; b) $ 4.921.11, por primas de servicio; c) $ 2.460.55, por vacaciones, y d) $ 54.67 diarios, a partir del 16 de enero de 1956 hasta cuando los deudores hagan el pago de las obligaciones ya citadas. De las condenas contenidas en los literales b), c) y d) ordena deducir las siguientes cantidades: $ 9.399.75, entregada por la sociedad al actor; y $ 4.057.90, recibida por aquél a título de primas y de cesantías definitivas (ordinal segundo). De la condena a que se refiere el literal a), ordinal primero, ordena deducir la cantidad de $ 4.872.80 en cuotas mensuales que no excedan del 20% de la pensión mensual jubilatoria (ordinal tercero). Absuelve a la parte demandada de los demás cargos (ordinal cuarto); declara no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, con exclusión de la de prescripción en cuanto a primas de servicio y vacaciones por los años de 1950 a 1952 (ordinales quinto y sexto). Condena a la sociedad en el 80% de las costas.

Ambas partes hicieron valer el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado; en segunda instancia fue decidido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. El fallo del *ad quem* confirma el ordinal primero, literales a), b) y c) de la sentencia del Juzgado, y revoca la condena del literal d) del referido ordinal, de la cual absuelve a la parte demandada. Revoca el ordinal segundo de la misma sentencia y lo confirma en cuanto ordena descontar de las condenas la cantidad de $ 4.057.90. Confirma también los ordinales tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la decisión del *a quo*, con la aclaración de que modifica el quinto en cuanto sí declara probada la excepción de compensación en relación con la cantidad de $ 9.399.75, recibida por el actor y descontada por la sociedad al hacer la consignación de las prestaciones sociales. Se abstiene de la condena en costas en el segundo grado.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, el que les fue concedido. Elevados los autos a esta Superioridad fueron admitidos por ella ambos recursos, que se hallan debidamente preparados y en estado de recibir sentencia.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Invoca la causal primera de casación.

Persigue la quiebra de la sentencia del *ad quem* en cuanto condena a la parte demandada al pago de la pensión de jubilación, de la cual debe ser absuelta por la Corte en fallo de instancia.

Formula dos cargos, que se examinan a continuación:

Primer cargo.

Violación indirecta del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, a causa de error de hecho evidente.

Consistió el error en haber dado por demostrado, no estándolo, que el contrato de trabajo se inició el 15 de enero de 1936 y terminó el 15 de enero de 1956, o sea que su duración fue la de 20 años. Provino el error de equivocada estimación de las pruebas obrantes a folios 7 y 11 del expediente.

Para demostrar el cargo, dice el recurrente:

La liquidación que de la cesantía del demandante hace la carta del 9 de febrero de 1946 (F. 11) abarca un período anterior a 10 años, por lo cual debe entenderse que se inició el 9 de febrero de 1936 y no veinticuatro días antes, como equivocadamente lo afirma el Tribunal; lo único que puede deducirse del documento es que el actor empezó a trabajar el 9 de febrero de 1936, fecha de la carta, pero no con anterioridad. De la prueba mencionada y de la que aparece al folio 7, dedujo la sentencia que el 15 de enero de 1956, fecha en que terminó el contrato, Montoya cumplió 20 años de servicios. Ese hecho no puede deducirse de tales documentos, porque las labores comenzaron el 9 de febrero de 1936 y

entre esta fecha y el 15 de enero de 1956, no transcurrió el período de tiempo de que habla la sentencia. Por tanto, es manifiesto el error de hecho en que ella incurre y el consiguiente quebranto del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

El opositor sostiene que el cargo es infundado, por estas razones:

Si el contrato de trabajo, según la carta del folio 7, debía terminar el 15 de enero de 1956, es porque aquél, de duración indefinida, se inició el 15 de julio o el 15 de enero de algún año. La nota del folio 11 habla de liquidación del promedio mensual del salario de 1943 a 1945, sin imputar el devengado en enero y febrero de 1946, lo cual demuestra que el auxilio de cesantía fue liquidado hasta el 31 de diciembre de 1945 y no hasta el 9 de febrero de 1946, como lo afirma el recurrente. Si las dos cartas se aprecian en conjunto y no separadamente, como lo hace el cargo, se llega a la conclusión de que si entre diciembre de 1945 y el 9 de febrero de 1946, Montoya había cumplido diez años de servicio, el contrato de trabajo debió empezar el 15 de enero de 1936, porque de esta fecha al 15 de enero de 1946 transcurrieron los diez años correspondientes al auxilio de cesantía, materia de la liquidación.

Agrega el opositor que respaldan el criterio del Tribunal las cartas de folios 86 y 89, aportadas al juicio por la parte demandada. Anota, con referencia a la segunda, que en ella hace el patrono una liquidación parcial de la cesantía hasta el 15 de enero de 1950, indicando como tiempo de servicios el de 4 años. Por tanto, si el 15 de enero del año citado se le pagó al empleado la cesantía por el tiempo laborado en cuatro años, éstos debieron contarse desde el 15 de enero de 1946. De todo lo expuesto concluye que el contrato empezó el 15 de enero de 1936 y que, a la fecha del despido (15 de enero de 1956) Montoya cumplió veinte años al servicio del patrono.

SE CONSIDERA

De la carta del folio 11, en relación con la del folio 7, deduce la sentencia que Montoya laboró al servicio de la parte demandada por espacio de veinte años, de lo cual concluye que al terminar la relación laboral cumplió uno de los requisitos que exige el artículo 260 del Código, "para hacerse acreedor a la pensión ordinaria de jubilación".

Debe examinarse si al apreciar las dos pruebas incurrió la sentencia en el error de hecho que le atribuye el recurrente.

En lo pertinente dice la carta de fecha 9 de febrero de 1946 (F. 11) dirigida al demandante por el Gerente de la sociedad "Carlos Restrepo Olano y Cía. Ltda.", que, hecho el estudio de las comisiones pagadas durante los años de 1943 a 1945, resulta un promedio mensual de $ 487.28, lo que da un total para los diez años, de $ 4.872.80. "Esta cesantía —agrega— no se puede pagar adelantada salvo que se vaya a construir para vivienda particular del empleado o habiendo rompimiento en el contrato de trabajo".

La carta del folio 7, suscrita por el representante de la nombrada sociedad, de fecha 30 de noviembre de 1955, dirigida al empleado, dice en el primer párrafo: "En vista de que el contrato de trabajo que usted tiene con nuestra empresa se vence el próximo 15 de enero, nos permitimos comunicarle que a dicho vencimiento lo daremos por cancelado en forma absoluta".

Observa la Sala:

El contrato de trabajo que los falladores de instancia encontraron demostrado en el juicio, fue celebrado verbalmente, sin haberse estipulado su término de duración. *Conforme a lo previsto en el artículo 47 del Código de la materia, cuando no hay acuerdo contractual sobre la duración del contrato o ésta no resulte de la naturaleza de la obra o servicio, se presume celebrado por términos sucesivos de seis en seis meses. No se contempla en el asunto litigioso el segundo de los supuestos de hecho de la norma, quedando por tanto regido el vínculo laboral, en cuanto a su duración, por el plazo presuntivo.*

Se presta la carta del 9 de febrero de 1946, tomada aisladamente, para deducir que los diez años de servicio de que ella habla, contados hacia atrás, empezaron el 9 de febrero de 1936. Pero si el documento se aprecia en relación con la carta del folio 7, como lo hizo el Tribunal, la iniciación del contrato no puede situarse en la fecha indicada sino en la del 15 de enero de 1936. En efecto, si aquél estuvo regido por el plazo presuntivo, y según la nota en referencia, debía expirar el 15 de enero de 1956, no puede remitirse a duda que los servicios se iniciaron el 15 de enero de 1936. La inferencia del Tribunal es acertada y lógica y se apoya en derecho en lo dispuesto por el artículo 47 del estatuto laboral antes citado.

No estima la sentencia las pruebas a que se refiere el opositor, pero de haberlas tomado en consideración, le habrían servido, como aquél lo anota, para robustecer su convicción de que en el juicio acreditó el actor prestación de servicios por veinte años. En efecto, el documento del

folio 89 contiene una liquidación de cesantía hasta el 15 de enero de 1950, por cuatro años, hecha con ocasión de la renuncia del empleado "por cambio de dueño de la empresa", según reza su texto. El documento lleva la firma del actor y fue aducido al juicio por la parte demandada.

Según el comprobante en examen, el 15 de enero de 1950 se liquidó la cesantía por cuatro años, luego para el cómputo de ese lapso tomó el 15 de enero de 1946. Conforme a la carta del folio 11, el 9 de febrero de 1946 llevaba el actor 10 años al servicio del patrono; por consiguiente, es racional suponer que la fecha inicial de labores era la indicada en el documento del folio 89, de fecha anterior a la de la carta del folio 11.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Violación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 195 *ibídem*, de modo indirecto, por aplicación indebida, a causa de error de hecho por falta de estimación de unas pruebas.

Consistió el error en que la sentencia no dio por demostrado, estándolo, que el capital de "la demandada era inferior a $ 800.000 en 1956", año en que el actor cumplió el término de servicios exigido por la ley para la adquisición del derecho a la pensión.

Como pruebas inapreciadas por el fallador señala el cargo: la declaración de renta y patrimonio de la sociedad (Fs. 66 y 67); el certificado de la Cámara de Comercio de Pereira (F. 10); el dictamen del perito Abelardo García (Fs. 112 a 115) y el del experto Manuel Manotas M. (F. 326); y la confesión del actor en la demanda inicial, en cuanto afirma que cumplió veinte años de servicios el 15 de enero de 1956.

En sustentación del cargo, arguye el recurrente:

Dice el Tribunal que como la empresa no presentó la prueba de su capital en 1955, debe presumirse que tenía el necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada, conforme a lo dispuesto por el artículo 195 del Código. Alega que es manifiesto el error de hecho en que incurre la sentencia al expresar el anterior concepto, si se tiene en cuenta lo dicho por el Juzgado *a quo* en la parte motiva de su decisión, en donde expresa que el capital de la empresa que debe tenerse en cuenta es el que ella tenía al cumplir el trabajador el tiempo de servicios y la edad, y ocurre que el capital del patrono cuando el actor cumplió veinte años de labores, o sea en enero de 1956, no era de $ 800.000, sino de $ 750.000, como lo demuestran los medios probatorios relacionados antes. Agrega que si el requisito relativo al tiempo de labores vino a quedar satisfecho en 1956, la prueba del capital del patrono debe referirse a ese año, no al anterior, como lo sostiene ilegalmente el sentenciador.

De los argumentos que para refutar el cargo presenta el opositor, se destacan los siguientes: la prueba del capital que debe presentar el patrono, conforme al artículo 195 del Código, es la que resulte de la declaración del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior. Si la pensión se causó en enero de 1956, el año inmediatamente anterior es el de 1955; si se toma como último año de servicios el comprendido entre el 15 de enero de 1955 y el 15 de enero de 1956, el año anterior sería el de 1954. En ningún caso podría ser el de 1956, y en el juicio no se han presentado las declaraciones de renta y patrimonio correspondientes a 1954 y 1955, por lo cual hay que presumir que la empresa tenía el capital requerido para el pago de la prestación, conforme al texto legal citado, como lo resolvió la sentencia.

SE CONSIDERA

El capital de la empresa para el año de 1956, de acuerdo con su declaración de renta y patrimonio, era de $ 750.000, y el que ha debido probar en el juicio, según el Tribunal, era el correspondente al año de 1955, que fue el inmediatamente anterior al de la expiración del contrato.

Observa la Sala que si se confronta el juicio del sentenciador con el tenor literal del artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, resulta ajustado con exactitud al texto de la norma. Reza la disposición en el inciso primero que, "se entiende por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable en el año inmediatamente anterior según prueba que debe suministrar el patrono". Ese año es el de la expiración del contrato, como lo tiene decidido la jurisprudencia.

En efecto, en fallo de casación del 11 de septiembre de 1951, reiterado en decisiones posteriores, dijo el Tribunal Supremo: "Cuando la ley habla del año inmediatamente anterior, se refiere sin duda al que precede al año en que termina el contrato, ya que el patrimonio que se tenga en aquél es el que revela más aproximadamente la capacidad económica del patrono durante la prestación de servicios del trabajador". (G. del T., t. VII, pág. 161).

No discute la acusación que el contrato entre las partes terminó en 1956 (15 de enero), luego

el capital de la empresa, para todos los efectos previstos en el Código del Trabajo, como lo establece claramente la norma legal antes citada, era el de 1955. De conformidad con ella, si el patrono no presenta la prueba de su capital, se presume que tiene el necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada. La aducida al proceso por la sociedad fue la correspondiente al año de 1956, de lo cual dedujo el fallador que era el caso de aplicar el artículo 260 del estatuto laboral, otorgando al demandante el derecho a la pensión jubilatoria que reclama. *Para el caso de la pensión, no dice el artículo 195 del Código que la prueba del capital debe ser la del año en que el trabajador cumpla el tiempo de servicios requerido en el artículo 260, como lo sostiene el recurrente. Aquél precepto establece una cláusula absoluta y por tanto, en todos los casos en que sea necesario apelar al capital de la empresa como presupuesto de un derecho en favor del empleado, debe ser aplicado, si aquella no demuestra que su patrimonio gravable en el año inmediatamente anterior al de la extinción del contrato era inferior al que la ley exige, bien para la adquisición del derecho, ora para disminuir su cuantía.*

Las demás pruebas que el cargo cita establecen el mismo hecho a que se refiere la declaración de renta y patrimonio del patrono en el año de 1956. Por lo demás, no son ellas estimables, pues se trata de un acto respecto del cual la ley exige, para su demostración, un determinado medio probatorio, que no puede ser reemplazado por ningún otro.

El cargo no prospera.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Se acoge a la causal primera de casación.

Aspira a la quiebra parcial del fallo del *ad quem* en cuanto niega las peticiones sobre condena al pago de salarios insolutos y al de primas de servicio y remuneración por trabajo en domingos y festivos, correspondientes a los años de 1950 a 1952, a efecto de que la Corte acceda a dichas súplicas.

Formula cuatro cargos, que se estudian a continuación:

Primer cargo.

Violación de los artículos 57, numeral 4º, y 50 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida. Se funda la infracción en que la sentencia no apreció o estimó erróneamente unas pruebas.

Motivan el cargo estas consideraciones:

El patrono se obligó a pagar al demandante el 4% sobre las ventas de sus productos, obligación que cumplió hasta el mes de febrero de 1953; de esta fecha al 16 de enero de 1956 en que terminó el contrato, la empresa redujo la comisión al 2%, de manera unilateral y sin el consentimiento del empleado. No estuvo éste de acuerdo con la medida y aun planteó la terminación del vínculo, a lo cual no accedió el patrono, quien continuó pagándole la comisión del 2% y no la pactada.

El Tribunal estima que hubo asentimiento tácito del trabajador a la reducción del salario, porque con posterioridad a esa determinación continuó al servicio del patrono. Al hacer tal afirmación incurrió la sentencia en error de hecho manifiesto, pues es sabido que el empleado no obra con libertad sino presionado por la necesidad de subsistir y atender sus obligaciones familiares, viéndose obligado a aceptar las imposiciones patronales. Se hace más resaltante el error si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 50 del Código, el salario es revisable si hay acuerdo entre las partes, lo cual demuestra que la continuación del trabajador en el servicio no implica asentimiento tácito a la reducción unilateral de la remuneración por parte del patrono, subsistiendo la relación laboral mientras la justicia decide la controversia.

No apreció la sentencia la carta de fecha 11 de febrero de 1953 (F. 85), dirigida por el actor a la empresa, en la cual le manifiesta que no está de acuerdo con la rebaja del salario y le propone la terminación del contrato, a lo cual aquélla no accedió. De haber apreciado el fallador la prueba en referencia, habría llegado a la convicción de que no había acuerdo sobre la revisión del contrato, ya que el actor rechazaba la reducción, y, en consecuencia, habría condenado a la parte demandada al pago de los salarios debidos, a partir de febrero de 1953 hasta la terminación del contrato, cuyo importe resulta del dictamen pericial corriente a folio 271.

En la réplica al cargo sostiene el opositor que su formulación es incorrecta, entre otras razones porque alega aplicación indebida cuando lo adecuado habría sido acusar la sentencia por falta de aplicación de las normas que cita como violadas. Al examinar sus fundamentos dice que no es exacto el reparo de que la sentencia hubiera dejado de estimar la carta del trabajador del folio 85, pues acepta la protesta que ella contiene, esto es, su inconformidad por la reducción de la comisión del cuatro al dos por ciento. Lo que ocurre es que, no obstante la protesta, el

actor continuó trabajando tres años más, de lo cual concluye el Tribunal que aceptó tácitamente la modificación. En tal hipótesis, lo procedente habría sido dar por terminado el contrato, por incumplimiento de lo pactado, y no limitarse a presentar una protesta sin ninguna eficacia frente a la determinación de continuar laborando al servicio del patrono.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En su alegato dice el recurrente que, de no haber incurrido la sentencia en el error de hecho que le imputa, "habría obedecido a lo dispuesto por los artículos 50 y 57-4º del Código Sustantivo del Trabajo", dando aplicación a esas normas.

Sostiene, pues, el quebranto de ellas por haberlas desatendido el fallador. Basta la anterior observación para desechar el reparo del opositor en el sentido de que la acusación adolece de defectos técnicos que la hacen inestimable.

2. A propósito de la súplica de la demanda inicial sobre pago del salario al demandante en cuantía igual al devengado por los trabajadores Enrique Arbeláez y Alvaro Muñoz, superior al de aquél, dijo el Tribunal: "Se encuentra comprobado en el expediente que el actor devengó una comisión del 4% de las ventas de los productos que efectuase en un principio y posteriormente tal comisión fue rebajada al 2%, tal como se puede apreciar en los dictámenes periciales que obran en el expediente. El apoderado de la parte demandante solicita el reajuste de salarios con base en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo. Si bien es cierto que ello implica una modificación unilateral por parte de la demandada del contrato de trabajo celebrado con el actor, por haberse rebajado el salario del trabajador, también es cierto que Ignacio Montoya Aristizábal después de tal modificación en el salario continuó prestando sus servicios para la demandada con la remuneración nueva, lo cual equivale a un asentimiento tácito a tal modificación".

3. La deuda por salarios insolutos, según la causa *petendi*, aparece vinculada a la diferencia entre la asignación pagada al demandante y la recibida por otros servidores de la empresa, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero, si con base en el *petitum*, se la estima como súplica independiente, con fundamento en la reducción unilateral del salario, el concepto del Tribunal antes transcrito, en principio, es aceptable.

4. La reducción del salario a que el cargo se refiere es hecho admitido por el Tribunal, pero esa determinación, dice éste, fue aceptada tácitamente por el trabajador, ya que, posteriormente, continuó al servicio de la sociedad. La acusación también acepta que la continuación de las labores es extremo acreditado en el proceso. Ello no obstante, considera que no debe tomarse en cuenta el consentimiento tácito, porque el trabajador, por necesidad, se vio obligado al cambio desfavorable de la asignación, dejando sin embargo testimonio de su inconformidad en la carta del 11 de febrero de 1953.

5. Debe examinar la Sala si por inestimación de la carta del folio 85, incurrió la sentencia en el error de hecho que el cargo le imputa.

La comunicación, dirigida por el actor al patrono, de fecha 11 de febrero de 1953, responde una de aquél para éste del 7 de los mismos mes y año. En aquélla —dice el demandante— la sociedad le propone una comisión del 2% sobre la venta, que él no acepta por considerarla ridícula. Le agrega en la carta que lo mejor y más de su agrado sería que el patrono prescindiera de sus servicios, y que, si no reconsidera la propuesta, le consiga reemplazo lo más pronto.

Es cierto que la sentencia no aprecia la carta mencionada, pero de allí no se concluye que por no haber aceptado el demandante la rebaja de la comisión, conservó su derecho al pago de la estipulada, como lo sostiene el recurrente.

Del documento aparece que el actor tuvo la intención de retirarse del servicio como consecuencia de la disminución del salario, pero no lo hizo así, pues continuó en el trabajo sin reclamos ulteriores hasta el 15 de enero de 1956, fecha de la expiración del contrato. De esa actitud deduce el Tribunal su consentimiento tácito a la rebaja unilateral del salario. No encuentra la Sala que esa apreciación sea desacertada, por lo que, de haber tomado en consideración la carta, no habría por ello incurrido en el error de hecho que el cargo le atribuye.

6. La cuestión debatida es de interés doctrinario y conviene analizarla con detenimiento.

El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo faculta a las partes para convenir libremente el salario en sus distintas modalidades, con las salvedades que establece la norma; por tanto, pueden ellas, respetando las limitaciones legales, aumentar o disminuir la remuneración pactada. Es evidente que si el patrono reduce unilateralmente el salario estipulado, incumple la obligación que a su cargo consagra el artículo 57, numeral 4º ibídem. *En tal evento, al trabajador le quedan dos caminos: o dar por termi-*

nado el contrato, exigiendo al patrono la correspondiente indemnización de perjuicios, o aceptar la reducción. Tal es el principio general.

En el supuesto de que el empleado no acepte la rebaja y continúe sin embargo al servicio del patrono, no podría sostenerse que su conducta debe ser siempre la de dar por terminado el vínculo y demandar el pago de perjuicios por su incumplimiento, con la consecuencia de que si así no procede, pierde el derecho a reclamar la asignación convenida. La solución justa depende de las circunstancias del caso.

7. En el asunto litigioso, la relación laboral, de duración definida, se inició el 15 de enero de 1956; el salario estipulado, demostrado en el juicio, fue el 4% sobre las ventas, que le fue cubierto al trabajador hasta el 11 de febrero de 1953, según aparece del dictamen pericial. En esta fecha el patrono redujo la asignación, como resulta de dicha prueba, rechazada por el actor en la carta de que se ha hecho mérito. No obstante su inconformidad, continuó en el servicio, sin ningún reclamo posterior, hasta la expiración del contrato; por consiguiente, es razonable suponer su consentimiento tácito a la rebaja de la asignación.

8. Distinta sería la situación si el trabajador al momento de la rebaja o antes de expirar el correspondiente plazo presuntivo, se reserva expresamente el derecho de exigir el salario convenido, o, en su defecto, a medida que el contrato se prorrogue, deja testimonio de su inconformidad por la reducción. En tal hipótesis, queda advertido el patrono de la posición del empleado, por lo cual conserva éste el derecho a cobrar la diferencia entre el salario estipulado y el disminuido, sin perjuicio de la prescripción, en su caso. Pero si el trabajador no se reserva el derecho, y por el contrario, guarda silencio, es lógico inferir que aceptó la rebaja y aun acuerdo de las partes sobre el punto. Para entender que la reducción deja indemne el derecho del empleado al cobro de la diferencia, deben concurrir los requisitos anotados.

9. Se explica que el empleado no proceda al tiempo de la rebaja o de las renovaciones del vínculo a darlo por terminado y a exigir el pago de perjuicios, porque puede resultar menos oneroso para él aceptar la condición desventajosa que el abandono del trabajo. En ese plano es de recibo el argumento del recurrente de que el empleado, por necesidad, se ve obligado a continuar en el servicio. Si en todos los casos, se le fuerza al retiro como condición para conservar el derecho al complemento del salario, se desconoce la aludida circunstancia, en oposición a los fines del derecho del trabajo, inspirado en la protección del asalariado, que en el contrato, es la parte económicamente débil. No es contrario el anterior concepto al principio de la libertad contractual para estipular libremente el salario, establecido en el artículo 132 del Código, ya que frente a la reserva del empleado a que se le pague la remuneración convenida, si el patrono no le pone término al contrato, está aceptando tácitamente aquella y sus efectos.

10. En cuanto a la violación del artículo 50 del Código Sustantivo del Trabajo, observa la Sala: según esta norma, hay dos sistemas para revisar el contrato de trabajo: el mutuo acuerdo de las partes y la vía judicial. Opera el segundo a falta del primero.

Si por falta de convenio entre las partes, cualquiera de ellas pide judicialmente la revisión del contrato, éste se mantiene mientras la justicia decide la controversia, y termina por cualquier medio legal. El acusador alega, con fundamento en la citada norma del Código, que en virtud de la protesta del actor por la reducción del salario, subsistió el contrato y, por ende, la obligación patronal de pagar la comisión pactada del 4% sobre las ventas y no la disminuida del 2%. Como se ve, el recurrente equipara la protesta a la acción de revisión. Para la Sala no es aceptable el argumento, porque la revisión, a falta de acuerdo contractual, requiere un proceso ante la justicia del trabajo y su definición por sentencia, previo el ejercicio de la correspondiente acción. La tesis del impugnante lleva a la conclusión de que la revisión es viable, sin proceso, por voluntad unilateral de cualquiera de los contratantes, en oposición al recto sentido de la norma legal que invoca para sustentarla.

Por lo expuesto, se desecha la acusación.

Segundo cargo.

Violación de los artículos 306 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código de Procedimiento Laboral, por aplicación indebida, a causa de error de hecho por inapreciación de determinadas pruebas.

En apoyo del cargo dice el recurrente que el Tribunal negó la condena al pago de las primas de servicio correspondientes a los años de 1950 a 1952 por estimar que estaban prescritas, declarando probada la excepción que al respecto propuso la parte demandada. Sobre el particular dice que, según las copias de las diligencias de pago por consignación (Fs. 315 a 321) dijo el

patrono en el respectivo memorial que lo que deposita se destina a la cancelación de lo que estima deber por cesantías y primas de servicio, sin excluir las primas por los años de 1950 a 1952, que no había pagado, y ya se sabe que la prescripción no se supone ni opera si se calla o guarda silencio al respecto; que el apoderado del demandante, en la diligencia de entrega del depósito (Fs. 319 y 320) manifestó que recibía la suma consignada a buena cuenta de lo que el patrono debía, especialmente por prima de servicio y vacaciones causadas desde el año de 1950 en adelante. Agrega el recurrente, que conforme a los citados documentos, al actor le fueron pagadas las primas por servicios prestados de 1950 a 1952, y que, por consiguiente, erró de hecho la sentencia al declarar prescrito el derecho a reclamarlas, ya que su pago fue imputado a lo recibido por el empleado; que pudo ser procedente la excepción de solución de la deuda, pero no la de prescripción.

En la réplica al cargo dice el opositor que cuando el patrono hizo la consignación de la suma que estimaba deber al demandante, las primas de servicios por los años de 1950 a 1952 se hallaban prescritas, por lo cual no puede entenderse que su propósito fue cancelar obligaciones extinguidas. Agrega que el cargo parte de una base errada, la de suponer que al hacer la consignación, el patrono se propuso pagar, en primer término, las primas correspondientes al período de tiempo indicado, lo cual no es cierto, pues al hacer el depósito expresó que lo hacía para cancelar lo que consideraba deber al actor a la terminación del contrato.

Al estudiar la cuestión a que el cargo se refiere, dice el Tribunal:

"Como el apoderado de la parte demandada propuso la excepción de prescripción al contestar la demanda, es indudable que las primas de servicio correspondientes a los años de 1950, 1951 y 1952, se hallan prescritas; no así las de 1953, 1954 y 1955, pues la comunicación que obra a los folios 29 y 30 del expediente interrumpió la prescripción...".

SE CONSIDERA

Expuso la sociedad en el memorial de consignación (F. 315) que presentaba al Juzgado un título de depósito bancario por $ 4.057.90 a favor del extrabajador Ignacio Montoya, quien se ha negado a recibir su valor, que es lo único que ella le adeuda; y que lo consignado es la suma que por cesantía y primas de servicio corresponde a Montoya. En la diligencia de entrega del depósito dijo el mandatario del actor (F. 320) que lo recibía a buena cuenta de lo que el patrono le debe por prestaciones e indemnizaciones sociales, especialmente por primas de servicio y vacaciones desde el año de 1950 en adelante, dejando a salvo los derechos de Montoya para hacerlos valer por las vías legales conducentes.

No se deduce del memorial de consignación que la intención del deudor hubiera sido la de pagar primas de servicio y cesantía, por determinados años, sino la de cancelar las obligaciones a su cargo por tales conceptos en la cuantía que estimaba deber al acreedor al expirar el contrato. Es el mandatario del actor quien al recibir el depósito expresa que imputa su valor, especialmente, al pago de vacaciones y primas de servicio "desde el año de 1950 en adelante". Tal manifestación no tiene el mérito de cambiar la declaración del deudor para sostener que lo que aquélla dice es la expresión de su voluntad.

No alegó el patrono al hacer la consignación la excepción de prescripción, pero su silencio al respecto no significa que abandonara el ejercicio de ese derecho de defensa. Por lo demás la actuación sobre consignación es de jurisdicción voluntaria y no es pertinente para debatir en ella lo relativo a excepciones, en el caso de que se propongan o aleguen por el deudor. La oportunidad para tratarlas y decidirlas se presenta en el proceso contencioso al deducir el acreedor la correspondiente acción de condena.

Se desecha la acusación.

Cargos: *tercero y cuarto.*

Acusa el tercero violación, por aplicación indebida de los artículos 172 y 176 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de apreciación de unas pruebas. El cuarto señala como infringido el artículo 177 *ibídem*, por igual concepto, a causa de error de hecho por inestimación de determinados medios probatorios.

Ambos cargos citan como inapreciados por el Tribunal el dictamen corriente a folios 271 a 278 y el que obra a folios 112 a 121.

En apoyo del tercer cargo, dice el recurrente: las dos pruebas demuestran cuál fue el salario devengado por el actor en cada uno de los meses de los años de 1950 a 1955. Sin embargo, la sentencia afirma que no se acreditó la remuneración respectiva. Al hacer la aseveración incurrió en error de hecho, "ya que basta con obtener el salario diario promedio, que se obtiene sabiendo el mensual, para fijar el semanal y lo que corresponde al descanso dominical"; por no haber apreciado el fallador las pruebas referidas incurrió en el expresado error.

En sustentación del cuarto cargo, alega el acusador: los dictámenes acreditan el salario devengado por Montoya mensualmente, y, por ende, el semanal. No puede exigir la sentencia la prueba del salario por cada semana, ni ello se infiere de su argumentación. El único período de pago no es el semanal, ya que puede pactarse el salario por décadas, quincenas o mensualmente, conforme al artículo 134 del Código; la remuneración de los descansos obligatorios no está limitada a los casos en que el pago del salario sea semanal, porque implicaría el desconocimiento del derecho para muchos trabajadores por razón del período de pago de la asignación. Basta con que sea determinable el salario mensual, ya sea a través del pactado por décadas, por quincenas o por mes, para que pueda ser fijada la remuneración del descanso dominical o festivo. Si así no fuera, los trabajadores a comisión quedarían desamparados.

Para el rechazo de los cargos, el opositor aduce estas razones:

Como lo afirman los fallos de instancia, no se demostró en el juicio el salario semanal del actor, fundamento del derecho a la remuneración por dominicales y festivos. Los dictámenes periciales dan cuenta del salario devengado por el demandante mes por mes, sin indicar el semanal, que la sentencia no podía dar por establecido. No se trata de un problema aritmético sino legal y probatorio, y, además, no se halla establecido en autos que el actor hubiera trabajado todos los días hábiles de la semana, pues el dictamen del perito Manotas se deduce que en algunas semanas el trabajo no comprendió todos los días hábiles, no habiendo demostrado el actor las causas que motivaron las faltas en el servicio. De otro lado, según los dictámenes, la remuneración se pagaba mensualmente, es decir, tuvo el carácter de sueldo, y por tanto, de acuerdo con la ley, debe entenderse que incluía la remuneración en domingos y festivos.

La súplica sobre condena al pago de la remuneración en días de descanso obligatorio, la deniega el Tribunal acogiendo lo que para su rechazo, expuso el Juzgado en la parte motiva de su decisión. La razón que éste aduce es la de que no se acreditó el salario devengado por el actor semanalmente.

SE CONSIDERA

Demuestran los dictamenes periciales cual fue el salario mensual, que por comisiones, devengó el actor en los años de 1950 a 1955, como lo anota el recurrente. La tesis de éste es la de que, conocida la asignación mensual, de ella habría podido deducir la sentencia el salario semanal.

La Sala observa que para el caso de salarios variables, como el convenido por las partes en el presente juicio, el que debe computarse para efectos de la remuneración del descanso dominical, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta solamente los días trabajados, conforme a lo dispuesto por el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al mismo régimen somete el legislador la remuneración del descanso en los demás días de fiesta distintos del domingo relacionados en el artículo 177 del Código, con la diferencia de que no hay lugar a descuentos por faltas al trabajo.

Cuando el salario es variable, su importe, en cualquier período de tiempo (semana, década, quincena o mes), no es, de ordinario, igual. Depende su valor entre otras circunstancias, de la actividad del empleado. Por tanto, el rendimiento en un determinado lapso, no es el mismo que el obtenido en otro igual. De ahí que, el salario devengado en un mes no sirva para deducir el correspondiente a fracciones de tiempo inferiores, como, por ejemplo, el de una década o una semana. Para ello sería necesario que la asignación fuera fija o por unidad de tiempo, es decir, que la pactada para el período de pago fuera siempre la misma.

De lo expuesto se concluye que la tesis del sentenciador se ajusta a la previsión del artículo 176 citado, y, por consiguiente, no resulta demostrada la violación de esa norma ni de las demás que cita el recurrente.

No se trata de que los trabajadores con salario variable queden privados del derecho a la remuneración de los descansos legales, como lo afirma el recurrente, sino que la ley lo somete a determinados presupuestos, que en el juicio debe acreditar el demandante. Negó el Tribunal su reconocimiento por no haber satisfecho éste la carga probatoria. La cuestión, como se ve, no es simplemente de orden numérico, como lo anota el opositor, sino de naturaleza jurídica, y, a la vez, de prueba de los hechos en que se funda la pretensión. De ahí que el simple criterio aritmético no sirva para su decisión. En consecuencia, no prosperan los cargos examinados.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —en Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TECNICA DE CASACION. — ES INADMISIBLE INVOLUCRAR EN UN SOLO RAZONAMIENTO FORMAS TAN DISTINTAS COMO SON LA INFRACCION DIRECTA, LA INTERPRETACION ERRONEA Y EL ERROR DE HECHO, U OMITIR EL CONCEPTO DE LA PRETENDIDA INFRACCION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., noviembre 20 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

Demandó Plinio Avendaño a Clímaco Ortega por primas de servicio, cesantía, vacaciones, "contrato preventivo" (sic), "transporte" (sic), salarios caídos y gastos judiciales, en cuantía superior a $ 20.000, y adelantado sin nulidades el juicio laboral correspondiente, lo decidió el Juez del conocimiento que lo fue el Sexto Laboral de Bogotá, absolviendo al demandado y condenando en costas al actor. Apelado por éste el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó por medio de la sentencia materia del recurso de casación que, interpuesto por el mismo actor, va a resolverse.

La sentencia impugnada admite como probado que entre los contendientes hubo un contrato de trabajo y que el salario del actor fue, según confesión del demandado, de $ 70.00 semanales. Pero no encontró acreditado —dice— "el tiempo de duración de los servicios, elemento éste indispensable para determinar cualquier condena". Tal la base para la absolución decretada.

El recurrente, después de un largo recuento de hechos y episodios procesales, pide que se case el fallo de segunda instancia, se revoque el de primera y se acceda a las súplicas del libelo inicial. Pero al tratar de concretar su impugnación lo hace en forma peculiar, tan reñida con los preceptos que gobiernan la técnica de este recurso extraordinario, que impide hasta el examen de sus acusaciones. Véase, en efecto, cómo está concebido el cargo:

"Hay una aplicación indebida y también interpretación errónea. Se violó la ley sustantiva directamente, y hubo una aplicación errónea por cuanto el presupuesto de pruebas erróneamente se tergiversó, cometiendo el error o errores de derecho y de hecho que paso a demostrar, en concordancia con el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral. La sentencia impugnada violó por aplicación indebida de errores de hecho, de derecho, por aplicación errónea en las pruebas, violación que abarca textos legales de las leyes sustantivas y textos legales de procedimiento y de apreciación errónea en las pruebas presentadas, así". Y vienen en seguida diez ordinales, en cada uno de los cuales se cita como violada una disposición legal pero sin precisar el concepto de la pretendida violación, o se individualiza una prueba sin que se indique el error de hecho o de derecho imputable a su equivocada apreciación o a no habérsele tomado en cuenta.

El opositor, como era obvio, critica en primer término el aspecto formal del mencionado escrito, y agrega: "Más aún, confunde lastimosamente el presunto incumplimiento de leyes laborales por parte del presunto patrono, con la violación de la ley por parte del juzgador, a tal punto que casi resulta ser éste el obligado al pago de las sumas demandadas".

La Sala, sin prohijar el concepto transcrito, se limita a repetir una vez más que "es inadmisible plantear en un solo cargo formas tan distintas de violación de la ley como la infracción directa, la interpretación errónea y el error de hecho" (casación de 14 de junio de 1957, G. J., T. LXXXV, pág. 532), lo mismo que involucrar el error de hecho y el de derecho respecto de pruebas no discriminadas.

Y si, con exceso de amplitud, se estima cada uno de los diez ordinales acusatorios aludidos como si fuera un solo cargo, el resultado sería idéntico; la ineficacia de la impugnación no provendría entonces de confundir formas antagónicas del agravio a la ley, sino de la prescindencia del "concepto de la infracción" en unos casos o de no expresar, en los otros, "qué clase de error

se cometió", como lo exige el aparte 5º del artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral.

No es necesario prolongar el análisis. Con base en lo expuesto, 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 del recurrente.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION. — LA APRECIACION DE INDICIOS NO ES SUSCEPTIBLE DE ATAQUE EN EL RECURSO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., noviembre 20 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

La señora Colette de Vandeul, mediante contrato escrito, desempeñó la cátedra de francés en el Colegio "Abraham Lincoln" de Bogotá, desde el 1º de septiembre de 1959 hasta el 29 de febrero de 1960, con una remuneración de $ 10.000 anuales o de $ 833.33 mensuales.

Alegando haber sido despedida injustamente y en estado de embarazo, y no habérsele pagado los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos, formuló sus reclamos ante la sección de trabajo a domicilio, de mujeres y menores, sin resultado favorable. Posteriormente inició y adelantó ante el Juzgado 7º del Trabajo de Bogotá juicio ordinario laboral cuya demanda omite el aspecto del aludido fuero de maternidad y se concreta a solicitar la indemnización del lucro cesante, la cesantía, la prima de servicios, los llamados salarios caídos y las costas. Como parte demandada actuó la señora Charlotte de Samper, propietaria del colegio, quien se opuso a aquellas pretensiones.

El Juzgado del conocimiento desató la litis condenando a la señora de Samper a pagar $ 277.73 a título de prima de servicios y el 25% de las costas, y absolviéndola por los demás cargos. Por apelación de ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior de Bogotá, corporación que redujo la condena por prima de servicios a $ 77.37, revocó la de costas y confirmó las otras decisiones del *a quo*, en la sentencia que es materia de esta casación.

El impugnador, a nombre de la señora de Vandeul, única recurrente, aspira a que se case la mencionada sentencia y a que la Corte, en función de instancia, condene a la demandada al pago total de la prima de servicios, del lucro cesante, de la indemnización moratoria y de las costas. Al efecto, formula tres cargos, que se entran a estudiar:

Primer cargo.

Violación indirecta de los artículos 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por error de hecho consistente en dar por probado el pago parcial de la prima de servicios mediante la equivocada apreciación de un documento extranjero sin traducción oficial, lo cual indujo al sentenciador a dejar de aplicar la sanción por mora en el pago correspondiente.

Arguye el recurrente:

"El sentenciador de segundo grado omitió la existencia de los requisitos que la ley exige para que los documentos escritos en idioma diferente al castellano tengan el valor probatorio que la ley colombiana le asigna a los documentos privados. Esto por cuanto si lo hubiese tenido en cuenta habría desestimado la documental de folio 75, es decir, el papel que la parte demandada presentó a guisa de recibo y al haber desestimado tal probanza, como no existen otras tendientes a demostrar el hecho del pago de la prima de servicios, fuerza inferir que debía haber condenado, como lo hizo el *a quo*, al pago de la prima de servicios, a la demandada".

SE CONSIDERA

"El Juez del conocimiento —reza la sentencia acusada—, al estudiar el punto relativo a la prima de servicios, consideró que la parte demandada no demostró que le hubiera pagado a la demandante la prima proporcional al tiempo servido en el segundo semestre de 1959, pues no le dio valor alguno al recibo que obra al folio 75. Sin embargo, si se examina, con algún detenimiento, dicha documental, se establece que a la actora le fue pagada la suma de $ 200.36 como prima de dos y medio meses correspondientes al semestre ya indicado, pues, según la explicación que da la demandada el resto del tiempo la actora estuvo en uso de licencia por concepto de

maternidad, hecho este último que no está probado. Empero, entre lo pagado a la demandante y la liquidación efectuada por esta Sala queda un saldo de $ 77.37 a favor de la primera y por lo tanto la condena se reducirá a esta cantidad, modificándose así la sentencia apelada".

El sentenciador no aprecia, pues, aisladamente el documento de folio 75, sino en relación con "la explicación que da la demandada" en otras piezas (la contestación de la demanda y las posiciones de folios 83 a 88) cuya estimación deja incólume el recurrente.

Además, el documento de folio 75, firmado por la señora de Vandeul, no aparece íntegramente en idioma extranjero, pues hay una línea, precisamente la que más importa para el caso, concebida así: "*Prima* (subraya la Sala) 2 ½ months 200-36". Por no estar traducida oficialmente la palabra extranjera "months", el sentenciador buscó la explicación de la cifra "2 ½" en las posiciones absueltas por la demandada, y encontró que ésta, al contestar la novena pregunta (F. 86), dijo bajo juramento: "Aunque la señora de Vandeul estuvo ausente del colegio el mes de noviembre y la primera mitad del mes de diciembre de 1959, tiempo durante el cual fue sustituida por el profesor Kreutler, recibió la parte proporcional de la prima de diciembre, que legalmente no le correspondía ya que no había trabajado el tiempo estipulado por la ley". Como del 1º de septiembre, fecha inicial del contrato, al 31 de diciembre van cuatro meses, si se descuentan "el mes de noviembre y la primera mitad del mes de diciembre de 1959", de que habla la demandada, quedan 2 ½ *meses*, lapso al que necesariamente se refieren los $ 200.36 del documento. No aparece entonces descabellado o arbitrario, sino rigurosamente lógico, el proceso mental que condujo al sentenciador a estimar como un recibo por prima de servicios de 1959, suscrito por la señora de Vandeul, el "papel" de folio 75.

A lo cual cabe agregar que, de prosperar el cargo, la Sala tendría que examinar el resto de las probanzas y se encontraría con la copia de las posiciones absueltas por la misma señora de Vandeul, y aducidas por ella en este juicio, para leer (F. 85): "Cómo es cierto, si o no, que además a la terminación de su contrato de trabajo usted recibió la totalidad de las prestaciones sociales correspondientes a cesantía, *prima* (se subraya) y salarios, los cuales le fueron en parte consignados en el Juzgado 6º Laboral y otra pagada a usted personalmente... *Contestó:* —No es cierto, recibí lo referente a cesantía, *prima* (se vuelve a subrayar), salarios, pero no recibí lo que respecta a indemnización por maternidad, ni lo que faltaba para terminar el contrato".

La impugnación, por este aspecto, carece de fundamento.

Segundo cargo. (Subsidiario del anterior).

Infracción directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 306 *ibídem.*

Como es evidente que la absolución por concepto de indemnización moratoria, ya estudiada, sobrevino porque el sentenciador dio por demostrados el pago parcial de la prima de servicios, la buena fe de la parte deudora y la celeridad en la consignación judicial, no puede prosperar la acusación por vía directa, que es independiente de toda cuestión de hecho.

Tercer cargo.

Violación indirecta del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 49 y 101 *ibídem,* por el error de hecho consistente en no dar por demostrado el despido de la actora, como consecuencia de la equivocada apreciación del contrato de trabajo y de la declaración de la señora Danielle de Duperly, y por falta de apreciación de la contestación de la demanda y de las posiciones absueltas por la demandada.

Sobre el particular, se expresa así el sentenciador:

"Sea lo primero observar que las partes están de acuerdo en cuanto al tiempo durante el cual existió una relación contractual laboral, pues tanto en la demanda como en la contestación de la misma y en las posiciones absueltas por Charlotte de Samper se dice que el contrato comenzó el 1º de septiembre de 1959 y finalizó el último día del mes de febrero de 1960. El hecho de que el mes inmediatamente nombrado hubiera tenido 29 días y no 28, no quiere decir como erradamente lo considera el señor apoderado de la actora, que la demandante hubiera laborado un día correspondiente a un nuevo lapso de 6 meses o en su defecto a los meses que hacían falta para vencerse el año lectivo, porque según lo indican las probanzas aducidas, entre otras, el contrato escrito de trabajo de folios 76 a 78, las partes convinieron que el contrato debía comenzar el 1º de septiembre de 1959 y finalizar el 28 de febrero del año siguiente, o sea que le señalaron un término de duración de 6 meses. Y no obstante que el texto del contrato de trabajo examinado, pone de presente manifiestas contradicciones, puesto que en una de sus cláusulas se dice claramente que el plazo de duración para

el mismo es de cinco meses, no obstante lo cual más adelante se dice que si vencido el período de prueba, establecido en el mismo contrato, el patrono no ha dispuesto el retiro del trabajador, se entenderá que éste queda aceptado por el resto del período escolar, lo cierto es que de las demás probanzas aducidas no aparece demostrado que la demandante hubiera sido despedida. En efecto: la demandada sostuvo, a lo largo del juicio, que al vencerse los 6 meses a que se refiere una de las cláusulas del contrato, la actora se retiró y no regresó después al trabajo. Por otra parte, la deponente Danile Chaubin de Duperly, folios 71 y 72 manifestó que ella llevó a la demandante al colegio de la demandada para que la reemplazara en atención a que la testigo tenía que retirarse porque estaba próxima a ser madre. Agrega que le dijo muy claramente a la demandante que le darían un contrato por 6 meses y que cuando este plazo se venciera podrían celebrar uno nuevo con ella. Lo que si no sabe es cuáles fueron las causas que motivaron la terminación de la relación laboral contractual. Todo lo relatado hasta ahora indica que no está demostrado el despido de la demandante y por lo tanto mal puede prosperar la petición distinguida en la demanda con el ordinal a). Se confirma, en consecuencia lo resuelto por el *a quo* al estudiar este punto".

Como acaba de verse, para no condenar al pago del lucro cesante, son dos los argumentos de la sentencia: a) Que el plazo del contrato fue de seis meses, que vencieron el 29 de febrero de 1960 sin que se operara su prórroga porque la señora de Vandeul no trabajó ni un solo día después de esa fecha; y, b) Que no está probado el hecho del despido.

El testimonio de la señora de Duperly se invoca en relación con el primer argumento, y es pertinente, pero no respecto del despido, según lo entiende el recurrente, pues ya se transcribió el comentario del sentenciador: "Lo que si no sabe (la testigo) es cuáles fueron las causas que motivaron la terminación de la relación laboral contractual". No hubo, pues, error de apreciación.

El contrato bilingüe de folios 76 a 79 permite diversas interpretaciones respecto del plazo, como lo observan el recurrente y el propio sentenciador. Aunque no obra en autos la traducción oficial de las expresiones en idioma extranjero, parece que habla de sueldo "anual" de $ 10.000; de 27 períodos "semanales"; de duración de "5 months" comprendidos entre "september 1º-1959" y "Feb. 28-1960"; de prueba y enganche "por el resto del período escolar", y de duración indefinida con cláusula de reserva. Si de todas ellas el sentenciador prefirió la que se desprende de las fechas concretas (1º de septiembre de 1959 a 28 de febrero de 1960), escritas a máquina especialmente para el caso, única que tiene además en su favor el dicho juramentado de algún testigo (y no de cualquier testigo, sino precisamente la señora de Duperly, titular de la misma cátedra, a quien la actora reemplazó y que, según esta última confiesa en posiciones, folio 53, fue la persona que la introdujo al colegio y le presentó el célebre contrato para la firma), no cabe atribuir su escogimiento a un error manifiesto, sino al ejercicio adecuado de la libertad que la ley le otorga para la formación de su convencimiento.

Del escrito de contestación de la demanda, que el recurrente sostiene no haber sido tomado en cuenta por el sentenciador, éste apenas dice: "Admitida la demanda se corrió en traslado a la demandada y ésta la contestó por intermedio del doctor Alvaro Samper, oponiéndose a que prosperen las condenas impetradas". Pero ello basta para ver que fue estimado. Por lo demás, en dicho escrito no se admite el despido afirmado en el hecho 4º del libelo, sino que se rechaza: "No es cierto; simplemente como ese día se le vencía el plazo para el cual había sido contratada expresamente en el contrato escrito que se suscribió entre las partes, de acuerdo con la demandante y por manifestación que ella hizo al colegio, se retiró por extinción del plazo pactado en el contrato, que era de seis meses". Cualificación a que más adelante se alude, al decir: "Como se explicó, no fue despedida sino que su contrato se terminó".

En cuanto hace a las posiciones absueltas por la demandada, el recurrente transcribe la respuesta a la pregunta undécima ("la relación laboral entre el colegio y la señora de Vandeul se terminó por terminación del contrato") que, considerada aisladamente, podría ser compatible con un acto de despido. Pero la pregunta concreta sobre el pretendido despido fue la quinta, a la cual contestó la absolvente: "No es cierto, y aclaro: el 28 de febrero de 1960 la señora de Vandeul se presentó en la oficina del Colegio Abraham Lincoln y diciendo que ese sería su último día de trabajo entregó libros de planes, registros de calificaciones y otro material de enseñanza a la Directora de dicho colegio, señora Eleanor F. Henderson; la señora Henderson le solicitó a la señora de Vandeul que antes de salir de clases pasara a la misma oficina para entregarle el cheque por salarios y cesantía que le correspondían". Tampoco, pues, de allí surge la evidencia del despido alegado.

Y los indicios a que en la sustentación del cargo se alude, y que el recurrente funda en que "en ningún momento se alegó por parte de la demandada abandono del cargo o renuncia voluntaria de la trabajadora o causales similares a éstas" (ya se vio que tanto en la contestación del libelo inicial como la demandada en posiciones atribuyen a la trabajadora la iniciativa de retirarse por haber terminado el plazo del contrato), en la negativa de la actora a recibir la cesantía, en su reclamo ante la Inspección del Trabajo, en su estado de embarazo, en "la misma instauración de demanda a que se refiere el presente juicio", etc., esos indicios, se repite, no conducen a un error manifiesto, por la naturaleza eminentemente subjetiva de su valoración.

El cargo no prospera.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION JUBILATORIA OFICIAL

El parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 24 de 1947 quedó derogado por el artículo 21 de la Ley 72 del mismo año. — La entidad oficial responsable de la pensión es aquella a que hubiere estado afiliado el empleado al cumplir el vigésimo año de servicios. — Infracción directa de la ley sustantiva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., noviembre 23 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

Las Empresas Públicas Municipales de Cartagena negaron la reclamación directa que les formuló su ex-empleado Víctor Castillo Rico para que le reconocieran la pensión de jubilación por veinte años discontinuos de servicios acumulados en distintas dependencias oficiales, con el argumento de que más de la mitad de esos veinte años corresponden a servicios prestados a la Nación (Ley 24 de 1947). Acudió entonces a la Caja Nacional de Previsión con el mismo reclamo, y ésta lo negó igualmente, con base en que la última entidad oficial a que prestó tales servicios al adquirir el derecho a la jubilación, o sean las Empresas Públicas Municipales de Cartagena, es la que debe reconocer y pagar dicha pensión (Ley 72 de 1947). Así las cosas, Castillo Rico promovió el respectivo juicio ordinario laboral contra las mencionadas empresas ante el Juzgado 1º del Trabajo de Cartagena, y aunque éste las condenó a pagar la pensión impetrada, el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, mediante apelación de la parte demandada, revocó la condena.

Esta última sentencia, recurrida por el actor, es la que va a examinarse en relación con los cargos que, para que sea casada y en su lugar se confirme el fallo de primera instancia, le formula el impugnador, a saber:

CARGO PRINCIPAL

Violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 21 de la Ley 72 de 1947 y 1º del Decreto 2921 de 1948, en relación con los artículos 17, literal b), y 29 de la Ley 6ª de 1945 y del artículo 28 de la misma Ley 72 de 1947.

Sostiene el recurrente, respecto del artículo 21 de la Ley 72 de 1947, que "el texto de la norma legal es absolutamente claro, y como la sentencia recurrida contiene disposiciones en abierta pugna con él, se tiene el caso de una clásica infracción directa de la ley sustantiva". "Por otra parte —agrega— no fue discutido el hecho básico del litigio, es decir, no se ha negado que don Víctor Castillo Rico haya servido durante más de veinte años a entidades oficiales y tenga más de cincuenta años de edad".

El opositor redarguye que no hubo infracción directa de la norma citada porque ésta no era aplicable al caso, dada su generalidad, sino el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 24 de 1947, que es de carácter especial para el evento de que el empleado haya servido más de diez años en cargos nacionales.

SE CONSIDERA

En 1947, dispuso primero el legislador:

"Cuando el favorecido con la pensión de jubilación haya servido diez años lo menos, en empleos o cargos públicos nacionales, el total de la pensión le será cubierto por la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, sin perjuicio del oportuno reembolso de su mayor costo por cuenta de las entidades obligadas a reconocerlas en los términos del artículo 3º del Decreto número 2567 de 1946". (L. 24, Art. 1º, pág. 1).

Y posteriormente, en la misma legislatura:

"Los empleados nacionales, departamentales o municipales que al tiempo de cumplir su servicio estén afiliados a una Caja de Previsión Social tendrán derecho a exigirle el pago de la totalidad de la pensión de jubilación. La Caja pagadora repetirá de las entidades obligadas el reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, habida consideración del tiempo de servicio del empleado en cada una de las entidades oficiales". (Ley 72, Art. 21).

Para el sentenciador, como para el opositor en casación, ambas disposiciones están vigentes, pues la primera es general y la segunda especial, de donde ésta no derogó tácitamente aquélla. Se expresa en los siguientes términos:

"En efecto, el artículo 21 de la Ley 72 habla de los empleados, sean nacionales, departamentales o municipales, que al tiempo de cumplir su servicio (20 años), estén afiliados a una Caja de Previsión Social, y les otorga el derecho de exigirle el pago total de la pensión de jubilación a esa Caja, con el consiguiente derecho para ésta de repetir a las entidades obligadas el reembolso proporcional que a éstas les corresponde. En cambio, la disposición del parágrafo primero del artículo 1º de la Ley 24 atrás citada, establece perentoriamente que los empleados públicos que hayan servido por lo menos diez años a la Nación deben pedir el total de su pensión de jubilación, cuando llegue su oportunidad, a la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, sin perjuicio de exigir el oportuno reembolso por el mayor costo a las entidades que estén obligadas a reconocerlo. De suerte que la Sala no considera que haya incompatibilidad entre las dos disposiciones citadas y que, por consiguiente el artículo 21 de la Ley 72 de 1947 no deroga ni modifica el parágrafo primero del artículo 1º de la Ley 24 de dicho año. Como ya se dijo, esta última disposición es de carácter especial y restringida, mientras que la otra tiene carácter genérico".

"Como en el presente caso el demandante Castillo Rico, sirvió por un lapso mayor de diez años en cargos públicos nacionales y así aparece demostrado en los certificados que obran en el expediente, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación corresponde a la Caja de Previsión Social Nacional, la que a su vez podrá exigir el reembolso a las demás entidades obligadas a ello".

No comparte la Sala el concepto del sentenciador, y en reciente fallo tiene dicho:

"La Ley 24 de 1947, en el inciso 1º de su artículo 1º, establece el mismo principio consagrado en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, o sea el de que los servicios prestados a varias entidades oficiales se acumulan en cuanto al tiempo para efectos de la pensión jubilatoria. Una adición a ese mandato contiene la Ley 24 en el parágrafo 1º de la disposición citada al disponer que la pensión debe pedirse a la Nación cuando los servicios prestados a ella se extiendan a un período de diez años, por lo menos.

"La Ley 72 de 1947, en su artículo 21, se refiere al mismo fenómeno (designación de la entidad oficial pagadora). Prescinde la norma del criterio adoptado por la ley anterior, pues no es la cantidad de tiempo servido a una cualquiera de las entidades oficiales lo que determina la elección de la que deba hacer el pago, sino aquélla a que hubiere estado afiliado el empleado al cumplir el tiempo de servicios, o sea el de 20 años, que como presupuesto del derecho establece la ley, figure o no la Nación entre los deudores de la prestación. El tiempo laborado en beneficio de ésta puede ser inferior o exceder de diez años, sin que ello influya para individualizar el deudor a quien el empleado debe pedir el reconocimiento y pago de la pensión.

"Se trata, por consiguiente, de saber si en cuanto a su ámbito temporal, las dos leyes deben considerarse vigentes, o si la posterior dejó insubsistente la anterior. De la comparación entre las normas citadas de una y otra ley, se deduce que ambas regulan la misma materia (elección entre varios deudores del que debe reconocer y pagar la obligación) por lo que es preciso aceptar que ambas tienen la misma especialidad. No es que los dos estatutos gobiernen materias distintas, como lo sostiene el Tribunal, sino la misma situación de hecho, pero de manera distinta".

Está, pues, en lo cierto el recurrente cuando afirma en otra parte de su escrito que el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 24 de 1947 fue tácitamente derogado por el 21 de la Ley 72 del mismo año, que lo sustituyó y que es el aplicable al caso de autos. Para no aplicarlo, el sentenciador no discute los fundamentos de hecho del reclamo (como no los discutieron en el juicio las Empresas Públicas), aceptando por lo mismo que el vigésimo año de los servicios oficiales del actor se cumplió siendo empleado de la entidad demandada y que tiene la edad jubilatoria requerida. Tampoco le da a la norma una interpretación distinta de la inequívoca que surge de su texto. Su error de juicio proviene de considerar vigente una disposición derogada; pero de todas maneras, al negarse a aplicar la norma pertinente incurrió en la infracción di-

recta, independiente de toda cuestión probatoria, que el cargo invoca.

Esa infracción condujo naturalmente a la de las normas de derecho material citadas, reguladoras de la jubilación oficial, que se dejaron de aplicar.

En consecuencia, el cargo debe prosperar.

Como el segundo cargo está propuesto como en subsidio del anterior, que fue acogido, la Sala prescinde de su examen.

En relación con el fallo de instancia se observa que el *a quo* incurrió en el error de condicionar el pago de la pensión a la devolución, por el beneficiario a las Empresas Públicas, de "el valor del auxilio de cesantía de ellas recibido", en vez de ordenar la devolución gradual de dicho auxilio. Pero habiendo sido las Empresas la única parte apelante de la sentencia de primer grado, no se hará más gravosa la condena inicial.

La cuantía de la pensión fue bien deducida, con base en el salario promedio del último año de servicios ($ 1.295), o sean $ 863.33 mensuales, lo mismo que la fecha desde la cual deberá computarse: 21 de marzo de 1959. Por razones de método, estas precisiones serán trasladadas a la parte resolutiva de la sentencia, dejándose además en claro que la determinación de aquella cuantía no afecta el derecho del pensionado a los reajustes a que haya lugar en virtud de leyes posteriores a la 77 de 1959.

Para efectos del derecho que las Empresas Públicas Municipales de Cartagena tienen, de conformidad con la Ley 72 de 1947, a repetir de las demás entidades obligadas a la pensión las cuotas proporcionales a los respectivos lapsos de servicio, conviene expresar que el tiempo acreditado en este proceso se distribuye así:

	Años	*Meses*	*Días*
A la Nación (Terminal Marítimo):			
De mayo 1/1926 a diciembre 31/1930	4	8	0
A la Nación (Aduana):			
De febrero 7/1931 a enero 30/1934	2	11	24
A la Nación (Terminal Marítimo):			
De febrero 12/1934 a octubre 31/1940	6	8	21
Al Municipio de Cartagena:			
De marzo 17/1941 a marzo 16/1946	5	0	0
A las Empresas Públicas:			
De noviembre 25/1957 a julio 10/1958	0	7	15
Tiempo total de servicios ...	17	34	60
	20	0	0

En mérito de las consideraciones que anteceden, 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, *casa* la sentencia recurrida y, en función de instancia, condena a las Empresas Públicas Municipales de Cartagena a pagar al señor Víctor Castillo Rico una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 863.33 mensuales (sin perjuicio de los reajustes o aumentos a que haya lugar conforme a las leyes), a partir del 21 de marzo de 1959. "A su vez el demandante debe devolver a las Empresas Públicas el valor del auxilio de cesantía que de ellas recibió". Queda así *confirmada* la sentencia de primer grado, con la aclaración de que la mencionada entidad podrá repetir de la Nación, de la Caja Nacional de Previsión y del Municipio de Cartagena, mediante el trámite establecido en el Decreto número 2921 de 1948, las cuotas que les correspondan en la pensión a que este fallo se contrae.

Sin costas en el recurso; las de ambas instancias son a cargo de la entidad demandada.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO A DOMICILIO Y CONTRATO DE OBRA

La ejecución de la labor en la vivienda del trabajador y la ayuda exclusiva de sus parientes. — Otras especies de relación laboral.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., noviembre 26 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

La controversia, en el caso sub lite, versa exclusivamente sobre la calificación jurídica que deba darse a un contrato escrito por medio del cual la demandante y única recurrente en casación, Elena Cantor de Celis, declarando ser "dueña de una empresa o taller artesanal donde ocupa a un personal variable y cuyo número oscila entre tres y cinco trabajadores... y donde se dedica a la labor de guarnecer para diferentes fábricas de calzado", adquirió para con la sociedad demandada, "Fábrica de Calzado Chap Hermanos", la obligación de "recibirle cortes de calzado para guarnecerlos, sin determinación de número, calidad ni cantidad"; entregarlos cada sábado en perfecto estado, y "responder por aquellos que resultaren dañados". Se agregó en el documento suscrito por los contratantes que "como la señora Elena Cantor de Celis confía el trabajo a sus subalternos, pero bajo su absoluta dirección, ella responderá ante la Fábrica de Calzado Chap Hermanos por los cortes que sus empleados u obreros dañen con ocasión del trabajo que se les confía", y se estipuló una tarifa por unidad de obra "contra entrega de cada remesa de cortes", además de otras convenciones secundarias sin incidencia en el litigio.

Invocando ese contrato como de trabajo a domicilio, la actora reclamó ante el Juzgado 3º Laboral de Bogotá el pago de un aumento legal de los salarios, "dominicales", vacaciones y prestaciones sociales. El *a quo* absolvió a la demandada, con costas a cargo de la actora. Por apelación de ésta, conoció del negocio el Tribunal Superior de Bogotá cuya sentencia confirmatoria ha sido acusada en casación.

En su escrito de impugnación, inobjetable en cuanto a la técnica del recurso, el apoderado judicial de la señora de Celis formula un solo cargo: "El fallo —dice— violó, por aplicación indebida, los artículos 65, 172, 186, numeral 1, 249, 306, ordinal a), del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 1º, ordinal a) del Decreto 118 de 1957, en relación con los artículos 22, 23, 24, 25, 26 y 89 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de un error de hecho, evidente en los autos, en que incurrió por indebida apreciación de una prueba".

"...El error de hecho del Tribunal consistió en no haber dado por demostrado, estándolo, el hecho de la existencia de un contrato de trabajo a domicilio entre demandante y demandado.

"Este error de hecho proviene de la indebida apreciación por el Tribunal del documento que obra a folios 10 y 11 del expediente, y de ahí que haya confirmado el fallo del Juzgado con violación de las disposiciones que me permití indicar arriba".

Basta lo transcrito para dejar en claro que el recurrente no discute el desarrollo práctico que las partes le dieron en la realidad a las estipulaciones del contrato escrito que las ligó, sino la naturaleza del vínculo, a la luz de los términos utilizados en la propia convención, la cual fue para el sentenciador un "contrato de obra" mientras que para el acusador fue uno de trabajo a domicilio.

"Fácilmente se deduce —afirma el primero— que en el contrato analizado el objeto era la entrega de una obra cuya ejecución quedaba a la dirección de la actora, de modo pleno y sin restricción jurídica alguna; vale decir, que se configura el típico contrato de obra".

"El fallador de segunda instancia —sostiene a su turno el recurrente— considera que no puede existir contrato de trabajo a domicilio

por la razón de que la señora de Celis acepta que tiene un taller artesanal y trabajadores a su servicio, dedicado a la labor de guarnecer cortes de calzado. El contrato de trabajo a domicilio no excluye, ni en su esencia ni en su naturaleza, esas posibilidades''. Y cita en apoyo de su tesis un comentario del tratadista Riva Sanseverino y dos sentencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo.

SE CONSIDERA

La asimilación del trabajo habitual domiciliario al ejecutado en los establecimientos del empleador, para protegerlos ambos con unas mismas garantías legales, ha sido en la mayoría de los países el resultado de una difícil elaboración doctrinaria y jurisprudencial que aún se resiente de natural vaguedad. La ley laboral colombiana, por el contrario, prefirió el sistema de reglas expresas y concretas al de la enunciación de principios generales que el intérprete y el juzgador vayan adaptando racionalmente a las situaciones económicas y sociales, siempre cambiantes. Tal sistema sustrae de la controversia fenómenos que bajo otras legislaciones son motivo de frecuentes disputas y de soluciones contradictorias; pero en cambio restringe demasiado el ámbito del reglamento ejecutivo, la doctrina y la jurisprudencia.

Así, por ejemplo, algunos comentaristas extranjeros sostienen con buenas razones que el llamado contrato de trabajo a domicilio puede realizarse en cualquier taller, excepto el del empresario y que no es incompatible con la utilización, por el trabajador, de colaboradores a quienes él remunere o con quienes comparta el precio de la obra ejecutada. Pero esa tesis, para su aplicación en el territorio nacional, tiene que acomodarse a las restricciones enunciadas en el artículo 89 del Código Sustantivo del Trabajo: ''Hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un patrono''.

Conforme a la disposición transcrita, dos de los tres elementos clásicos del contrato de trabajo se desdibujan o atenúan cuando se trata de trabajo domiciliario: ''La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo'' (Art. 23, literal a, del C. S. T.), que por regla general excluye la participación de operarios pagados por el empleado, admite aquí la colaboración de los parientes de éste; y ''la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono'' (ibídem, literal b), queda subsumida para el caso en la habitualidad de los servicios. El tercer elemento, la ''retribución'' (ibídem, literal c), se mantiene, pues la norma habla de ''servicios remunerados''. Y aparece un cuarto elemento, extraño a los demás contratos de trabajo, pero que tipifica y le da nombre al domiciliario: la vivienda como sitio de labor (''su propio domicilio'').

Como se ve, el Código vigente asume una postura intermedia entre la tendencia extremista de quienes propugnan la eliminación del trabajo domiciliario por considerarlo propicio a los peores abusos del capital (sweting system), en razón de las dificultades prácticas para su vigilancia y tutela por el Estado, y la no menos extremista de los que quisieran estimularlo y difundirlo a todo trance por oposición a las concentraciones obreras numerosas, semillero de reclamos y huelgas. En efecto, admite el trabajo a domicilio, pero como procedimiento de excepción para las operaciones industriales, y sólamente lo protege en función de la familia, en cuanto facilita medios de subsistencia a quien no puede retirarse largo tiempo del hogar y aumenta los ingresos salariales mediante la utilización de las horas libres en labores del grupo doméstico.

No son, pues, de poca monta, según las voces de la ley positiva, la exigencia de que la labor a domicilio se realice en la vivienda del trabajador, ni la de que los eventuales ayudantes de éste sean ''miembros de su familia'', sino requisitos esenciales para que ese tipo de trabajo goce del privilegio otorgado. Que no es otro, en resumen, que el de simplificar la prueba de la subordinación laboral.

Los conceptos anteriores no significan que no pueda haber contrato de trabajo si la obra se ejecuta fuera del establecimiento del patrono y en sitio distinto de la casa del trabajador, o cuando los colaboradores de éste no sean sus parientes. Porque la propia ley abre la posibilidad de otras especies de relación laboral subordinada conciliables con esos supuestos. Pero no se tratará entonces del llamado ''contrato de trabajo a domicilio''.

Volviendo al caso de autos, el único documento cuya apreciación por el sentenciador ataca el recurrente, y cuyas estipulaciones se copiaron arriba, habla de servicios habituales que debían prestarse en ''una empresa o taller artesanal'', ubicado no se sabe dónde pero no necesariamente en la vivienda de la señora de Celis, y en el cual ésta ocupaba un personal ''cuyo número oscila entre tres y cinco trabajadores'', que bien podían ser extraños a su familia. Luego de ese solo documento no emerge la prueba incontrastable de que el contrato fue de trabajo a domi-

cilio, como lo pretende el impugnador, lo que basta para rechazar como evidente el error que se atribuye a la sentencia, fuera de que, aún suponiéndolo tal, no sería "de hecho" sino de valoración jurídica de una relación contractual, cosa muy distinta.

El cargo no prospera, en consecuencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —en su Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION

Que el ad quem interprete mal unas pruebas y no aprecie otras, sin indicar cuál fue la consecuencia de ese comportamiento, no es lo que constituye la esencia de infracción de la ley por vía indirecta, sino que como resultado de la valoración de las pruebas o por obra de su inestimación, incida en uno cualquiera de los errores anotados y a causa de ellos sufra quebranto la norma de derecho aplicada o dejada de aplicar en la decisión. Para saber, en el caso de autos, si un derecho se extinguió por prescripción es necesario establecer: la fecha de su exigibilidad y la de la notificación al deudor de la demanda en que el acreedor le exige su pago. — Todo ello para deducir de la comparación de las dos fechas si transcurrió el lapso prescriptivo (para el caso el de tres años según el artículo 488 del C. S. T.), sin haber sido interrumpido (artículo 2539 en relación con el 2524 del C. C.).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 1º de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en el juicio ordinario laboral promovido por José Luis Paredes contra Diego Caicedo.

ANTECEDENTES

En sus fundamentos de hecho la demanda afirma que Paredes le prestó servicios personales a Caicedo, en un taller de propiedad de éste, como operario mecánico, mediante retribución a destajo; que la relación de trabajo se inició el 1º de febrero de 1948 y terminó el 30 de noviembre de 1958, fecha en que el patrono despidió al empleado, sin justa causa; que al expirar el contrato, no le fueron pagadas al demandante las prestaciones causadas.

Así las cosas, Paredes citó a juicio ordinario a Caicedo, ante el Juzgado del Círculo de Trabajo de Popayán, a efecto de que por sentencia se le condene a pagarle: dominicales y festivos, aumentos del salario, lucro cesante, vacaciones, primas de servicio, subsidio familiar, cesantía, indemnización moratoria y demás obligaciones que se acrediten en el juicio.

La respuesta a la demanda expresa que Paredes fue empleado de Caicedo hasta junio de 1951, habiendo recibido sus prestaciones; que desde mayo de ese año hasta el de marzo de 1954, actor y demandado fueron empleados del Ministerio de Obras Públicas; que después de marzo de 1954 hasta julio de 1956, Paredes recibió de Caicedo el taller en arrendamiento. Niega, en consecuencia, los hechos de la demanda y se opone a su prosperidad. Como excepciones perentorias propuso las de carencia de acción y prescripción.

La sentencia que clausuró el debate en primera instancia declaró probada la excepción de prescripción, y, por consiguiente, absolvió a la parte demandada de todos los cargos.

Abierta la segunda instancia por alzada del actor, el Tribunal Superior de Popayán la feneció con pronunciamiento confirmatorio del fallo de primer grado.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Dice en sus considerandos que según el certificado de fecha 20 de diciembre de 1955 (F. 1º), expedido por el patrono al trabajador, éste le prestó servicios dependientes a Caicedo entre febrero de 1948 a mayo de 1951, y de marzo de 1954 a la fecha de la certificación; que según documentos de folios 7 y 8, las partes

prestaron servicios al Ministerio de Obras Públicas, en la ampliación de la carretera Popayán-Cali, de mayo de 1951 a marzo de 1954. Anota que con base en la respuesta a la demanda podría aceptarse que el actor laboró para el demandado de abril de 1954 a julio de 1956. Expone además: el actor ha pretendido demostrar con las declaraciones de Noé Ortiz, José Alberto Paz, Alfonso Bastidas, Modesto Oviedo y Rey Canuto Escobar, que trabajó en el taller de Caicedo hasta el 30 de noviembre de 1958, pero que los testimonios se refieren a circunstancias accidentales, diferentes para cada uno y no acreditan de manera directa el hecho mencionado; que, con fundamento en las pruebas citadas, obró acertadamente el Juzgado al declarar probada la excepción de prescripción, conforme a lo dispuesto por el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que no aparece demostrada la vigencia del contrato hasta noviembre de 1958, sino, a lo sumo, hasta julio de 1956, y de esta fecha a la de la presentación de la demanda (octubre de 1960) transcurrió más del término señalado por la ley para la prescripción; y que, planteado así el problema, no es necesario estudiar las peticiones de la demanda, ya que aparece probado el medio extintivo de las obligaciones alegado por la parte demandada.

LA IMPUGNACION

Aspira a que la Corte infirme el fallo del *ad quem* y a que en el de instancia que deba reemplazarlo, condene a Caicedo a pagar a Paredes la cesantía por 10 años, vacaciones y primas de servicio por los tres últimos años de labores, y a la sanción por mora.

LOS CARGOS

Los dos que formula el impugnante invocan la causal establecida en el artículo 87, numeral 1º del Código de Procedimiento Laboral.

El segundo acusa violación indirecta de las siguientes disposiciones legales: artículos 1º, 2º, 5º, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 37, 38, 39, 44, 45, 47, 55, 61, 65, 186, 188, 189, 190, 192, 306, 307, 308, 249, 251, 253, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo; los artículos 7º y 8º del Decreto 617 de 1954; y los Decretos 1521, 249 y 118 de 1957.

La infracción se produjo por haber dejado de estimar la sentencia estas pruebas: contestación de la demanda (Fs. 10 a 14); dictamen pericial (Fs. 59 y 60); y posiciones absueltas por el actor (Fs. 52 a 55). También motivó la violación de las normas la mala interpretación de los siguientes medios probatorios: constancias de folios 7 y 8; comprobantes de cuentas pagadas por el Ministerio de Obras Públicas (Fs. 27 a 35); y declaraciones de Oviedo, Escobar, Ortiz, Castrillón, López y Fernández (Fs. 37 a 51).

Dice el recurrente que se trata de saber si están o no prescritos parte de los derechos reclamados en el juicio, y, al efecto expone: Caicedo aceptó en la respuesta a la demanda que en su taller trabajó el demandante bajo su dependencia; de las posiciones absueltas por Paredes se deduce que la vinculación se prolongó hasta el 30 de noviembre de 1958. Observa que la sentencia no apreció esas dos pruebas. Afirma que el certificado del folio 1º contiene una confesión del demandado y debe ser relacionado "con la fecha final de prestación de los servicios en noviembre de 1958".

Prosigue el acusador: la vinculación del actor y el demandado como trabajadores de la Nación, no afecta las relaciones laborales entre las partes de este juicio, pues convinieron éstas en prestar los servicios a la Nación en el taller de propiedad del demandado, y al mismo tiempo que en dicho establecimiento Paredes trabajara en beneficio de Caicedo. Las dos relaciones laborales existieron simultáneamente, por lo cual no se justifica que se descuente el tiempo en que el actor le sirvió a la entidad oficial del que rindió en favor del demandado. Las declaraciones aportadas al juicio por el actor "están de acuerdo en que éste trabajó para el demandado hasta el 30 de noviembre de 1958".

Concluye el cargo: visto lo anterior, la acción no está prescrita por los motivos y en la forma en que lo afirma la sentencia del Tribunal; "se hallan probados los extremos de la demanda, los elementos del contrato y aparece claro el derecho del actor en cuanto a los puntos a que se refiere el alcance de la impugnación".

SE CONSIDERA

El cargo no señala error alguno, de hecho o de derecho, en la actividad probatoria del sentenciador, como lo exige, para el motivo de casación que aduce, el artículo 87, inciso del numeral 1º del Código de Procedimiento Laboral. El recurrente se limita a expresar que el *ad quem* interpretó mal unas pruebas y no apreció otras, dando a conocer lo que a su juicio demuestran ellas, sin indicar cuál fue la consecuencia de ese comportamiento. Que el fallo proceda en la forma expuesta, no es lo que constituye la esencia de infracción de la ley por vía indirecta, sino que como resultado de la valoración de las pruebas o por obra de su inestimación, incida

en uno cualquiera de los errores anotados y a causa de ellos sufra quebranto la norma de derecho aplicada o dejada de aplicar en la decisión. Lo expuesto pone de presente la ineficacia del ataque.

Si lo que el impugnante quiso alegar fue un error de hecho por haber declarado la sentencia extinguidas por prescripción todas las obligaciones materia del pleito, demostrando las pruebas que cita el cargo que parte de aquellas quedaron a cubierto de la prescripción, tampoco resultaría viable la acusación, por estas razones:

Para saber, en el caso de autos, si un derecho se extinguió por prescripción es necesario establecer: la fecha de su exigibilidad y la de la notificación al deudor de la demanda en que el acreedor le exige su pago. Todo ello para deducir de la comparación entre las dos fechas si transcurrió o no el lapso prescriptivo (para el caso el de tres años según el artículo 488 del C. S. T.), sin haber sido interrumpido (Art. 2539 en relación con el 2524 del C. C.). El recurrente afirma que el contrato entre las partes expiró el 30 de noviembre de 1958, en oposición a lo que sostiene el fallador, situando en esa fecha la inicial de la exigibilidad de las obligaciones. Aun aceptando la exactitud del reparo, la Sala observa que no indica la relativa a la notificación de la demanda judicial del acreedor sobre reconocimiento de los derechos objeto de la litis, a efecto de hacer la confrontación de que se ha hecho mérito. Sin ese necesario análisis de la cuestión de hecho, la demostración resulta incompleta y, de consiguiente, inatendible. Por lo expuesto, se desecha el cargo.

El segundo cargo acusa violación directa de las mismas normas legales que cita el primero.

En su desarrollo da a entender el acusador que no está prescrito el derecho a la cesantía, como tampoco el de vacaciones y primas de servicio por los tres últimos años de labores, como lo afirma el Tribunal, y que, por tal motivo, infringió la ley por el concepto que indica.

SE CONSIDERA

Según el Tribunal, el juicio se promovió después de haber expirado el plazo que para la prescripción de todos los derechos materia del pleito, establece la ley. Si el término de la prescripción no corrió, por haber sido interrumpido, daría ello lugar al examen de las pruebas que analiza la sentencia para sostener lo contrario, lo cual desplaza el ataque del ámbito de la violación directa, y es sabido que esta modalidad de la casación es ajena a toda cuestión de hecho.

No prospera la acusación.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Para presumirlo se requiere que la actividad demostrada sea "personal". — Sentido y alcance que a la locución "trabajo personal" da la doctrina y la jurisprudencia laboral.

El "servicio personal" (Art. 22), la "actividad personal" (Art. 23), la "relación de trabajo personal" (Art. 24) y otras locuciones análogas de la ley positiva utilizan un mismo calificativo, "personal", de acepciones múltiples, pero cuyo sentido específico en relación con el contrato de trabajo delimitó la propia ley: "La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo" (Art. 23, literal a), del C. S. T.).

De ahí que la doctrina y la jurisprudencia contrapongan a esa noción circunscrita del trabajo "personal" la de las labores susceptibles de ser ejecutadas, a opción del contratista, por él mismo o por un consocio o compañero, o mediante la ayuda de operarios que escoja y reemplace libremente y a quienes él, y no el beneficiario de la obra, remunere. Si esto último es posible en el contrato de trabajo a domicilio, es en virtud de una clara norma de excepción (Art. 89 ibídem).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 2 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

Condenada en ambas instancias a pagarle a Luis Octavio Ochoa determinadas sumas de dinero por remuneración del descanso en domingos y festivos, vacaciones, primas de servicio y cesantía, la sociedad "Industrias Roca Limitada" ha comparecido ante la Corte a acusar en casación el fallo de segundo grado, del Tribunal Superior de Medellín, que confirmó con algunas modificaciones el del Juzgado 1º del Trabajo de esa ciudad, para que, una vez casado, se la absuelva de todo gravamen laboral.

Sostiene la recurrente, como lo sostuvo en las instancias, que el contrato que la ligó con el señor Ochoa fue de obra y no de trabajo, que es la calificación que le dieron ambos juzgadores. Y al efecto formula tres cargos contra la última de tales decisiones, de los cuales sólo se estudiará el segundo, por las razones que adelante se expondrán.

Se funda ese cargo en la primera causal de casación laboral y se hace consistir en la aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24, 172, 173, 174, 176, 177, 186, 189, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de manifiestos errores de hecho en que, según la impugnación, incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras que allí se singularizan. Los errores consecuenciales son el de haber dado por demostrados la prestación personal de servicios por el señor Ochoa, su continuada subordinación a la sociedad y un salario, sin estarlo, y el de no dar por probados el precio determinado de la labor contratada, la utilización de sus propios medios para realizarla, la autonomía técnica y directiva del contratista en la ejecución de la misma; y su asunción de los riesgos, estándolo. Y las pruebas que invoca el acusador son las confesiones del actor en su escrito de demanda y en posiciones; los documentos en que constan los contratos y su liquidación; los certificados de la sociedad y los testimonios de Gabriel Arteaga, Fernando Rúa, Luis Enrique Vásquez, Gabriel Casas, Gustavo Escobar y Luis Bernardo Rojas.

En relación con el primero de los elementos cuya concurrencia se requiere para que un contrato sea de trabajo ("la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo", conforme al artículo 23 del Código Laboral), dice el sentenciador:

"Durante ocho años Luis Octavio Ochoa trabajó personalmente en beneficio de Industrias

Roca. Para la ejecución de las diversas obras de que da razón este frío expediente, Ochoa hizo, exclusivamente, una aportación de trabajo... En primer término, debe afirmarse el hecho de que Ochoa trabajaba personalmente en la ejecución de los contratos de obra. El punto, en verdad, no es discutido seriamente por la empresa, aunque insinúa (en la contestación a la demanda y en las posiciones rendidas por su Gerente) que era una sociedad entre Ochoa y otro u otros trabajadores la obligada frente a la empresa. El propio testigo Gustavo Escobar M. (folio 64 vuelto), presentado por la empresa, su empleado de muchos años y encargado precisamente de la gestión de estos contratos para pega de baldosa (era quien vigilaba técnicamente las obras), dice que 'Ochoa trabajaba personalmente en los contratos', solo que para la ejecución de algunos 'se asesoraba (sic) de los compañeros como ya dije y también quedaban en la obra cuando Ochoa se iba para la casa o estaba enfermo'. Y en general, los testigos afirman, de modo unánime, que Ochoa estaba personalmente al frente de las obras, trabajando materialmente". Y más adelante expresa: "El hecho de que designara al ayudante no implica verdadera autonomía, puesto que tal facultad es propia del intermediario".

En el escrito de impugnación, después de analizar las pruebas arriba indicadas, transcribiéndoselas en lo pertinente, se concluye: "...todos los elementos probatorios llevan a concluir, sin gran esfuerzo y con una evidencia sobresaliente, que no está presente en el asunto litigioso el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la actividad del trabajador que tiene que ser realizada por sí mismo. Hubo error ostensible, bien marcado, del Tribunal, cuando desconoció esta circunstancia y no hizo constar que la actividad era compartida, múltiple, donde intervenían personas conseguidas y pagadas por el actor: unas veces socios y otras ayudantes. Y éstos, ningún vínculo tenían con 'Industrias Roca Ltda.' ".

LA SALA CONSIDERA

Ya se vio que la convicción del *ad quem* se apoya exclusivamente, por lo que respecta a la actividad personal del señor Ochoa, "es decir, realizada por sí mismo", en los testimonios recibidos y cuya equivocada estimación glosa la recurrente. Véase ahora qué es lo que les consta a esos testigos.

Gabriel Arteaga García (F. 59): "...el demandante trabajaba en compañía con Marco Antonio Rúa y tenían ayudantes, que ellos conseguían libremente, nunca sabíamos en la empresa cuántos eran, pues ellos los pagaban; conseguirlos y despedirlos (sic) sin contar con la empresa, pues allá no sabíamos siquiera cómo se llamaban. Rúa y Ochoa eran socios; unas veces cobraba el uno, otra veces el otro, y los contratos los celebraban los dos... No, señor: Ochoa no tenía obligación de trabajar personalmente".

Fernando Antonio Rúa (F. 60): "A los cuatro años, más o menos, de yo estar allá, entró Ochoa. Ochoa y yo casi no nos veíamos, pues trabajábamos en distintos trabajos... Ochoa y Rúa trabajaban separados, pues el uno se ocupaba en un trabajo y el otro también en otro distinto... Ochoa tenía que hacer personalmente los trabajos que contrataba, pues no le permitían llevar a nadie... Sí; como yo fui trabajador de la empresa, tengo pendiente un juicio contra Roca y la demanda se funda sobre los mismos hechos que he declarado aquí... Ochoa y Marco Antonio Rúa trabajaban juntos: eran compañeros cuando había poco trabajo, pero cuando había bastante ellos lo dividían. Los contratos los celebraba Rúa, eran socios: cuando estaban trabajando solo (sic) recibían menos dinero que cuando estaban juntos. Ochoa tenía obligación de trabajar personalmente pues no le permitían otra persona, pero sí podía dejar en la obra al compañero de trabajo; no podía Ochoa confiarle la obra a uno de los ayudantes, pero estando al cuidado de Ochoa sí podía un ayudante pegar baldosa... Yo sé que Ochoa trabajaba las semanas completas, porque muchas veces nos tocaba trabajar juntos. Ochoa podía buscar sus ayudantes y contrataba con ellos, y también los podía despedir si no le servían".

Luis Enrique Vásquez (F. 62): "El (Ochoa) trabajaba era al contrato y no trabajaba solo sino en compañía pues mantenía, no puedo decir con seguridad si tenía uno o dos compañeros, en todo caso era una compañía que figuraba con el nombre de los Rúas y firmaban indistintamente los contratos... Los ayudantes los conseguían los contratistas, pero no puedo decir que Ochoa tuviera ayudantes, lo cierto es que nunca pagué un ayudante en esos contratos. Ochoa no tenía obligación de ejecutar personalmente los contratos que se comprometía: podía perfectamente poner otras personas".

Gabriel Casas Hernández (F. 63 vuelto): "Conocí allá trabajando al demandante Ochoa; cuando yo entré a la empresa ya estaba él allá. El tenía como oficio el de baldosar; él trabajaba al contrato, por metros; Ochoa trabajaba acompañado con un compañero —se llama Marco Antonio Rúa—; también era ayudante de ellos

Luis Alfonso Rúa; los pagos se los hacía la empresa indistintamente a Ochoa o a Rúa... Ochoa y su compañero Rúa partían el dinero por iguales partes... Ochoa trabajaba personalmente y todos los días de la semana... El demandante personalmente ejecutaba los trabajos con el compañero, pero cuando era pasado a otro trabajo, dejaba al compañero... Ochoa no dejaba al ayudante ejecutando el trabajo".

Gustavo Escobar Mesa (F. 64 vuelto): "El señor Ochoa trabajaba como contratista de colocación de baldosa... no tenía horario fijo, gozaba de la libertad de trabajar o no, y podían ir uno o los dos a trabajar; claro que a ellos les interesaba ir; el modo de cómo el trabajo lo disponía Ochoa porque era un oficial especializado en su trabajo; Ochoa unas veces tenía ayudante y otras no; lo que sí trabajaba casi siempre con compañero; el ayudante lo despedía y lo escogía libremente Ochoa; como compañeros de trabajo generalmente era un muchacho Marcos Rúa, quien era un cuñado de Ochoa, y anteriormente Alfonso Rúa, hermano de Marcos, y la plata los sábados la pedía indistintamente uno u otro; los contratos los celebraban cualquiera de ellos o los tres, lo mismo los firmaban cualquiera de los tres. El señor Ochoa no tenía obligación de ejecutar personalmente los trabajos; cualquiera de ellos podía ejecutarlos; muchas veces se quedaba uno de ellos ejecutando el trabajo y los otros se iban a empezar otro para no quedarsen (sic) varados... Ochoa trabajaba personalmente en los contratos pero para la ejecución de algunos o de varios se asesoraba de los compañeros, como ya lo dije, y también quedaban en la obra cuando Ochoa se iba para la casa o estaba enfermo".

Luis Bernardo Rojas (F. 68): "Ochoa era pegador de baldosa y trabajaba en compañía con Marco Antonio Rúa, y unos poquitos días con un hermano suyo, no estoy bien, en todo caso era un familiar de él; para el salario pedían un poco de plata y lo partían para los tres... Sí, señor, yo actualmente tengo pendiente un juicio contra Roca; la causa para ese pleito mío es la misma de Ochoa —prestaciones—... digo que yo trabajaba en lo mismo de Ochoa, pues allá el trabajo o destino no varía, pues en las mismas condiciones que trabaja el uno, en las mismas trabaja el otro... No todas las veces tenía Ochoa ayudante, pues como trabajaba en compañía con Marco Antonio Rúa, pero cuando tenía ayudante lo pagaban Rúa y Ochoa en compañía; cuando necesitaban ayudante lo buscaban; la empresa no imponía el ayudante; de lo del ayudante lo pagaban entre Ochoa y Rúa y lo que les quedaba lo partían entre ellos... Ochoa no tenía obligación de ejecutar los trabajos personalmente, los podía hacer su compañero, pero sí trabajaba personalmente más que todas las veces; pero llegaba por ejemplo don Gustavo (Escobar) y decía: se necesita Ochoa para que haga otro trabajo en tal parte; entonces quedaba el compañero ejecutando el anterior".

Todos los testimonios que se han transcrito en lo pertinente (porque son, vale repetirlo, el único soporte de la sentencia por el aspecto que se examina) coinciden ciertamente en hablar del trabajo personal de Ochoa. Aislada esa expresión de las demás circunstancias aclaratorias que los deponentes agregan, como lo hizo el fallador, podría encontrarse acreditado el primer elemento de un contrato laboral, tanto más importante cuanto él solo, conforme al artículo 24 del Código de la materia, permite presumir los otros dos, exonerando al trabajador-demandante de la carga de probar la subordinación y el salario (pues éste, a falta de otro, será el mínimo legal). Pero no se acomoda ese procedimiento fraccionario a "los principios científicos que informan la crítica de la prueba" testimonial.

El "servicio personal" (Art. 22), la "actividad personal" (Art. 23), la "relación de trabajo personal" (Art. 24) y otras locuciones análogas de la ley positiva utilizan un mismo calificativo, "personal", de acepciones múltiples, pero cuyo sentido específico en relación con el contrato de trabajo delimitó la propia ley: "La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo" (Art. 23, literal a, del C. S. T.).

De ahí que la doctrina y la jurisprudencia contrapongan a esa noción circunscrita del trabajo "personal" la de las labores susceptibles de ser ejecutadas, a opción del contratista, por él mismo o por un consocio o compañero, o mediante la ayuda de operarios que escoja y reemplace libremente y a quienes él, y no el beneficiario de la obra, remunere. Si esto último es posible en el contrato de trabajo a domicilio, es en virtud de una clara norma de excepción (Art. 89 *ibídem*).

Ahora bien: según los testigos que declararon en el proceso (inclusive los que, como Rúa, Casas y Rojas, adelantaban contra la misma empresa juicios laborales con idénticos fundamentos de hecho), el caso de Ochoa no fue el de quien se obliga a trabajar "por sí mismo" sino el de quien contrata para una compañía o comunidad que integraban él y Marco Antonio Rúa; en la que los compañeros se reemplazaban entre sí para la labor contratada, escogían sus ayudantes, los pagaban y finalmente se repartían el precio

del contrato. La apreciación de esos testimonios por el sentenciador resulta, pues, evidentemente equivocada.

Pero el error de hecho que la impugnación reclama se deriva también de la falta de estimación de una prueba capital: la confesión del actor. Este afirma desde el libelo inicial: "Yo laboraba en comunidad con los señores Marco Antonio y Alfonso Rúa, y el pago se hacía a favor de los Rúas e indistintamente firmábamos todos. Una vez recibido el pago total, nos partíamos por terceras partes".

Y al absolver las posiciones que se le formularon, Ochoa contesta (F. 66 vuelto): "No es cierto; no buscaba ayudantes; trabajaba esos contratos con Marco A. Rúa, que era mi compañero". "Yo tenía obligación con la empresa de efectuar los trabajos que contrataba con ella de manera personal, y es así como los trabajaba con Marco Antonio Rúa, que era mi compañero". "Nunca intervino (la empresa) pues yo no tenía ayudantes, sino mi compañero Marco A. Rúa". Finalmente se le mostró al absolvente uno de los contratos impresos, firmados por él, con cuya cláusula 4ª se lee: "El contratista tendrá a cargo la dirección técnica de su trabajo, pudiendo realizarlo por sí mismo o con la ayuda de otros trabajadores conseguidos libremente por él y que estarán bajo su absoluta dirección y dependencia", preguntándosele al respecto: "¿Es verdad que usted firmó las liquidaciones y contratos que se le ponen de presente (se le mostrarán las liquidaciones y contratos acompañados al escrito de contestación de la demanda), y si el contenido de tales documentos es exacto y corresponde a la realidad?". Respondió: "Es cierto; firmé las liquidaciones que se me muestran y es cierto el contenido en cuanto al precio, la forma de poner los materiales y ejecutar la obra, y los centavos que nos quedaban; no es cierto en cuanto a que nosotros pusiéramos los materiales".

No obstante la negativa de Ochoa sobre la utilización de ayudantes (que los testigos afirman), su aceptación del trabajo en compañía con Rúa y de las modalidades previstas en el contrato escrito, corroboran la acusación de haberse dado por probada en la sentencia, contra la evidencia de los autos, la actividad personal del actor, en su acepción legal de "realizada por sí mismo".

Dijo la Corte al estudiar otro caso análogo (precisamente en el juicio de Gabriel Casas Hernández, uno de los testigos en éste, contra la misma sociedad):

"El cargo, en capítulos separados, analiza los dos elementos restantes del contrato de trabajo (subordinación o dependencia del trabajador al patrono y salario) y sostiene que también incurrió el fallador en error de hecho al dar por establecido en el proceso, en la prueba testimonial, la existencia de aquéllos. Estima la Sala innecesario el examen de estos aspectos de la acusación, pues si falta la actividad personal del trabajador, tal circunstancia basta para situar el trabajo realizado fuera de las normas legales que gobiernan el contrato laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Prospera, pues, el cargo y habrá de casarse la sentencia". (Casación de 12 de febrero de 1962).

Lo cual se reproduce porque es exactamente aplicable, sin cambiar una letra.

Con base en las consideraciones que anteceden, 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, *absuelve* a la sociedad "Industrias Roca Ltda." de todos los cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias y en el presente recurso.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION JUBILATORIA OFICIAL

El sueldo básico para liquidar la pensión de jubilación oficial, es el que haya devengado el trabajador en el último año de servicios. La Caja o Institución de Previsión a que haya estado afiliado el empleado al momento de retirarse del servicio oficial debe pagarle la totalidad de la pensión sólo cuando dicha Caja o Institución está obligada, a su vez, a cubrir alguna cuota de la misma pensión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 2 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

El señor Rodolfo González Olascuaga demandó a las Empresas Públicas Municipales de Cartagena, ante el Juzgado 1º del Trabajo de esa ciudad, por el pago de una pensión vitalicia de jubilación y la cesantía adicional por el servicio excedente de veinte años. Las Empresas se opusieron. Adelantado el juicio, se acreditaron los siguientes lapsos de servicio oficial:

	Años	*Meses*	*Días*
Al Municipio de Cartagena (según declaraciones extrajuicio, debidamente ratificadas), de enero 2 de 1925 a noviembre 30 de 1934	9	10	28
A la Nación (Armada Nacional), según certificado, de abril 22 de 1935 a enero 29 de 1936, y de julio 15 de 1937 a octubre 7 de 1948	12	0	0
A las Empresas Públicas, de diciembre 22 de 1949 a julio 12 de 1950	0	6	20

Se acreditó igualmente que el actor cumplió los 50 años de edad el 24 de abril de 1949.

El Juez del conocimiento, con base en que tanto los veinte años de servicios oficiales como la edad de cincuenta años se cumplieron *antes* de que el señor González comenzara a trabajar con las Empresas e invocando el artículo 21 de la Ley 72 de 1947, absolvió a dicha entidad, con costas al actor. Apelada por éste la decisión del *a quo*, el Tribunal Superior de Cartagena la confirmó en sentencia que, recurrida por el mismo actor, va a decidirse en casación, mediante el estudio de los tres cargos que él formula, todos por vía directa.

El primero reza:

"Ser violatoria del artículo 21 de la Ley 72 de 1947 y del 1º del Decreto 2921 de 1948, por interpretación errónea. Y esto porque dio al contenido de esos textos, al interpretarlos aisladamente, un alcance restringido que pone a un lado la voluntad legislativa de que la pensión oficial sea en todo caso liquidada sobre el sueldo promedio devengado durante el año últimamente servido al Estado o a una cualquiera de las dependencias en que él se descompone".

El sentenciador, después de transcribir el artículo 1º del Decreto 2921 de 1948 había dicho: "La interpretación lógica de esta disposición ha de ser que puede elevarse la solicitud a la Caja o entidad de previsión social a que están afiliados al momento de cumplir los veinte años de servicios requeridos, o a aquélla en que se encuentran afiliados al momento de cumplirse el otro requisito, la edad, cuando se retiran del servicio oficial; o, si al momento de cumplir la edad no se encuentran al servicio del Estado, a la última a que han estado afiliados".

La Sala observa que la interpretación del *ad quem* no toca el problema del sueldo que ha de servir de base para fijar la cuantía de la pensión, a que se contrae la acusación, sino el de la entidad que debe responder del pago. Lo cual bastaría para la desestimación del cargo, si éste, además, no omitiera invocar la norma de derecho material que ordena y regla el reconocimiento de la pensión jubilatoria pretendida.

El segundo gravamen está concebido así:

"Ser la sentencia violatoria de las disposiciones citadas, como también del artículo 3º de la Ley 65 de 1946. Y esta infracción en el concepto de directa, por cuanto al dejar de aplicarse, debiendo haberlo sido, la sentencia concluye desestimando el derecho que a la luz de ellas corresponde satisfacer y hacer efectivo a la entidad demandada".

Por la transcripción que se hizo al examinar el primer cargo, se ve que el sentenciador no ignoró la existencia de las disposiciones que comenta, ni se rebeló contra ellas, sino que, dándoles determinada interpretación, hizo la confrontación entre ésta y los hechos que encontró demostrados en el proceso. La impugnación por infracción directa, en la modalidad de falta de aplicación con independencia de toda cuestión de hecho es, pues, improcedente.

El tercer motivo de glosa es de este tenor:

"Ser la sentencia violatoria, en el concepto de infracción directa, del artículo 9º de la Ley 64 de 1946, por cuanto omitió hacer el reconocimiento de la cesantía adicional ganada por González Olascuaga y relativa al tiempo servido después de los veinte (20) años que obran como base de la jubilación".

Las razones del Tribunal para confirmar la absolución del *a quo* por el concepto indicado son las siguientes:

"Tampoco podría corresponderles (a las Empresas Públicas) el pago del excedente de cesantía, porque éste no se había causado a su servicio; y el auxilio de cesantía correspondiente al tiempo servido por el actor en las Empresas Públicas, le fue cancelado conforme consta en documento que obra a folio 20 del expediente".

La quiebra de una decisión fundada, como ésta, en circunstancias claramente fácticas, no podría lograrse por la vía que escogió el impugnador, que impide cualquier análisis de las respectivas probanzas. Tampoco este cargo debe prosperar.

Como en razón de lo expresado ha de quedar en firme el fallo recurrido, la Sala estima necesario agregar, con miras a la unificación de la jurisprudencia nacional, cuál es el alcance que ha venido asignándoles a las normas legales de que se ha hecho mérito. Para ese efecto, basta reproducir los siguientes apartes de la sentencia que dictó en otro caso análogo (casación de 30 de enero de 1964, juicio de Rafael Tangarife contra las Empresas Públicas Municipales de Medellín y otros), cuya doctrina reitera una vez más:

"Desde luego, es evidente que, en tratándose de pensión de jubilación oficial, el sueldo básico para liquidarla es el que se haya devengado en el último año de servicios, que bien puede ser posterior al vigésimo. Pero de ello no cabe inferir que la entidad de la cual se recibió este último sueldo sea la obligada a pagar el monto total de una pensión que en parte alguna adeuda al interesado.

"Las disposiciones reglamentarias de la Ley 72 de 1947 (artículo 21), al hablar de 'las demás entidades obligadas' al pago de la pensión, indican que la que haya de liquidar el monto de dicha pensión y distribuir proporcionalmente las cuotas correspondientes, debe también estar obligada a concurrir al pago de alguna de esas cuotas.

"Y es que no sería justo ni lógico imponer a una entidad que no tiene obligación alguna de contribuir al pago de la pensión, la carga de dictar la resolución de reconocimiento, someterla luego a la aprobación de las entidades que sí adeudan cuotas, anticipar una suma de dinero destinada a cubrir el monto de la pensión de la cual no es deudora en parte alguna, y reclamar posteriormente la devolución de esa suma a los verdaderamente obligados.

"Del recto entendimiento de las disposiciones que cita el cargo se deduce que, como lo sostiene el recurrente, la Caja o Institución de Previsión a que haya estado afiliado el empleado al momento de retirarse del servicio oficial debe pagarle la totalidad de la pensión, solo cuando dicha Caja o Institución esté obligada, a su vez, a cubrir alguna cuota de la misma pensión. Si la entidad a cuyo servicio estuvo el empleado últimamente no está obligada a erogar suma alguna por tal concepto, por haber completado el empleado los 20 años de servicio en otras dependencias, corresponderá hacer el pago del monto total de la pensión a la respectiva dependencia o a la Caja de Previsión a la que estuvo afiliado el trabajador al completar los 20 años de servicio, con derecho a repetir contra las demás entidades obligadas al pago de la pensión, sin perjuicio de que se tenga en cuenta el salario o sueldo del último año de servicio, que puede ser posterior a dicho lapso y haberse devengado en una entidad que nada adeuda por concepto de pensión".

De lo dicho se desprende que la acción del señor González Olascuaga en procura de su pensión jubilatoria fue mal encaminada, por lo que, aún en el supuesto de una errónea motivación del *ad quem* y de una impugnación eficaz, el consecuencial fallo de instancia habría sido igualmente absolutorio para las Empresas Públicas Municipales de Cartagena.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, 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, notifique, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUSACIONES POR ERRORES DE HECHO DERIVADOS DE MALA APRECIACION DE UNAS PRUEBAS Y FALTA DE APRECIACION DE OTRAS

Confesión de las partes en posiciones. — Prueba testimonial. — Dictamen pericial. — Presunción que establece el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. — Cuándo es variable este motivo de casación. — Elementos del contrato de trabajo. — Colaboración de terceros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 3 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Ramón Galvis contra Efraín Becerra.

La demanda afirma en sus fundamentos de hecho que Galvis le prestó servicios personales a Becerra en los talleres denominados "Delbec", de propiedad de éste, en calidad de latonero, desde el 1º de abril de 1955 hasta el 4 de junio de 1960; que el salario convenido fue un 50% de los trabajos de latonería, que el demandado le pagaba semanalmente al actor; que en los dos últimos años devengó éste un sueldo promedio mensual de $ 1.500; que fue despedido el 3 de junio de 1960; que durante la relación de trabajo no disfrutó de vacaciones ni le fueron compensadas en dinero, y que aquélla terminó sin que el patrono le hubiera pagado la cesantía y primas de servicio, habiéndose abstenido de consignar su valor.

Con base en tales hechos Galvis pidió que Becerra fuera condenado a pagarle lo siguiente: cesantía, primas de servicio, vacaciones, lucro cesante e indemnización moratoria.

La respuesta a la demanda niega el contrato de trabajo, porque Galvis no fue empleado de Becerra sino contratista independiente. En tal virtud negó los hechos que aquélla afirma, ateniéndose a lo que se demuestre en el juicio.

La sentencia que cerró el debate en primera instancia, proferida por el Juzgado 6º del Trabajo de Bogotá, absolvió al demandado de todos los cargos, previa declaración de hallarse probada la excepción de inexistencia del contrato.

La sentencia decisoria del recurso de alzada interpuesto por el actor, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la del inferior, revocando, por considerarla improcedente, la declaración que estimó probada la excepción de que se ha hecho mérito.

EL FALLO ACUSADO

Lo motivan estas consideraciones:

La parte actora no demostró en el juicio el contrato de trabajo, pues confiesa en posiciones que la labor de latonería la ejecutaba con ayudantes contratados por él, pagados de su peculio. Tal circunstancia basta para la absolución del demandado, pero además el declarante Carlos Sánchez informa que los trabajos de latonería los recibía el demandado y los entregaba al actor para su ejecución; que la herramienta era suministrada por Galvis y Becerra en igual proporción, realizando aquél las labores bajo su responsabilidad y con sus propios ayudantes. Anota que el libro borrador del demandado, según el dictamen pericial, registra esta leyenda: "Valores recibidos por concepto de porcentaje que le corresponde al taller por trabajos contratados por el pintor y latonero". Se deduce entonces —concluye la sentencia— que entre las partes la relación de trabajo no estuvo regida por un contrato laboral, pues faltó el elemento subordinación, ya que el actor realizaba las labores con obreros pagados de su peculio, sin recibir ganancia alguna si en determinada semana no se encomendaban trabajos al taller.

LA IMPUGNACION

Aspira a que la Corte case el fallo del Tribunal y a que en decisión de instancia, acoja las peticiones de la demanda inicial.

Invoca la causal primera de casación y formula tres cargos contra la decisión recurrida.

El primero acusa violación indirecta de los artículos 23, 24, 64, 65, 186, 189, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y 7º del Decreto 617 de 1954, por falta de aplicación, como consecuencia de evidentes errores de hecho.

Los errores fueron estos:

No dar por demostrado, estándolo: a) Que Galvis trabajó bajo la dependencia de Becerra, de quien recibió órdenes e instrucciones; b) Que Becerra le pagaba a Galvis, semanalmente, el 50% de los trabajos ejecutados por éste, contratados por aquél; c) Que Becerra suministraba los materiales básicos para las labores; d) Que Galvis en algunas ocasiones trabajó con ayudantes, pero con el consentimiento de Becerra, y e) Que éste despidió al trabajador sin pagarle sus prestaciones.

Incurrió la sentencia en tales errores por mala estimación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras.

Las pruebas mal estimadas fueron las siguientes: Posiciones absueltas por el actor (Fs. 38 y ss.); la declaración de Carlos Sánchez (Fs. 40 a 44); y el dictamen pericial (Fs. 56 y 57). Como pruebas no apreciadas enumera: Los sobres de pago al demandante (Fs. 6 a 10); posiciones absueltas por el demandado (Fs. 28 a 32); y declaraciones de Carlos Cancino y Pastor Daza (Fs. 47 a 51).

En sustentación del cargo, expone el recurrente:

Para demostrar el contrato de trabajo, que la sentencia niega, le bastaba al demandante acreditar el servicio personal, conforme a la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Ese hecho aparece establecido con las declaraciones de Sánchez, Cancino y Daza; según ellas, Galvis no sólo trabajaba en beneficio del demandado, sino que éste le daba órdenes e instrucciones a aquél. Para corroborar la afirmación el acusador transcribe apartes de las referidas declaraciones.

No tuvo en cuenta el Tribunal las posiciones absueltas por el demandado; en ellas (respuestas a las preguntas primera, segunda, tercera, novena y decimasegunda) confiesa los siguientes hechos: la fecha de entrada de Galvis al taller y la de salida; la prestación por éste a Becerra de sus servicios; los informes semanales que a Becerra rendía el demandante de los trabajos realizados; y el despido del actor. Si todo ello es así, no se puede afirmar, como lo hace la sentencia, que no están demostrados los extremos de la relación contractual de trabajo.

La sentencia apreció erróneamente el dictamen pericial. De su contenido sólo transcribe la anotación que obra en el libro borrador del demandado, que no aparece registrado, en la cual se dice que es el taller el que recibe un porcentaje de su producido, pasando por alto otras constancias del mismo libro. Al tenor de ellas es el actor quien aparece recibiendo el 50% del producido del taller en el período del 6 de junio de 1955 al 4 de junio de 1960. Quien paga no es, pues, el demandante sino el demandado.

Además, dice el perito que el libro de trabajos de latonería y pintura (F. 153) registra una partida de $ 250.00 recibida por Galvis, el 20 de diciembre de 1959, a título de prima de servicio. Si el actor es quien le paga al taller, no se explica que éste aparezca recibiendo una suma de dinero por primas. Si así ocurrió era porque entre las partes existía un contrato de trabajo. Sin embargo, el Tribunal "analizó o apreció mal esta prueba y lo condujo de manera fatal a absolver al demandado".

El opositor alega que el cargo carece de fundamento, porque la inexistencia del contrato laboral surge de la confesión provocada del demandante, apreciada correctamente por el Tribunal. Se explica —dice— que los testigos hablen de servicio personal de Galvis en beneficio de Becerra y de que el actor recibía instrucciones del demandado, lo cual no excluye que Galvis hubiera trabajado como contratista independiente, pues es corriente que éste reciba órdenes del beneficiario, sin mediar entre ellos contrato de trabajo. Entre los litigantes existió una sociedad de hecho, cuyo objeto era realizar trabajos en el taller para terceros, repartiéndose los socios las utilidades.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Los errores de hecho que el cargo alega, se reducen, en síntesis a uno solo, a saber: el de que las pruebas aportadas al juicio demuestran los elementos del contrato de trabajo, contra la afirmación opuesta del Tribunal.

2. El impugnante hace derivar el error de mala estimación de unas pruebas y falta de apreciación de otras. Cabe observar, respecto a su inestimación, que la aseveración no es exacta, pues si bien la sentencia se detiene en el análisis de algunas pruebas, las tomó todas en consideración, como aparece del siguiente pasa-

je de la parte motiva de su providencia: "Examinados los medios probatorios allegados a los autos, se llega a la conclusión de que en este juicio la parte actora no demostró la existencia de los extremos del contrato de trabajo que ha debido comprobar plenamente para que las peticiones de la demanda pudieran prosperar".

3. Sin embargo, será examinada por la Sala la impugnación en su integridad, prescindiendo de la anterior observación.

A) *Confesión de las partes en posiciones.*

4. Con relación a la rendida por el actor, observa la Sala: la ley orgánica del recurso de casación exige, cuando se alega error de hecho por mala apreciación de una prueba, que el recurrente lo demuestre. Ahora bien: contra la estimación que de la prueba hace la sentencia, ninguna razón expone el recurrente que la desvirtúe, y es sabido que la Corte, no puede, de oficio, revisar el juicio del sentenciador para investigar si valoró el medio probatorio correctamente o con desacierto. En consecuencia, no es del caso detenerse en el estudio de este aspecto de la impugnación.

5. Respecto a la confesión del demandado, el cargo ve en las posiciones que cita, la admisión por éste de los extremos del contrato laboral, y censura el fallo por no haberla estimado.

Las preguntas y respuestas del interrogatorio son las siguientes:

Primera. "Que diga el absolvente... ¿Si el señor Ramón Galvis entró a prestar sus servicios al taller de su propiedad el 1º de abril de 1955?". Respuesta: "Sí es cierto que entró a trabajar como contratista en esa época".

Segunda. "Diga el absolvente... ¿Si es o no cierto que Ramón Galvis prestó sus servicios en el taller de su propiedad hasta el día 4 de junio de 1960?". Contestó: "Sí es cierto que Ramón Galvis trabajó hasta el 4 de junio de 1960, él hacía sus contratos directos con los clientes, quien recibía el trabajo y lo entregaba al personal que tenía bajo sus órdenes, la plata la recibía y le pagaba al personal".

Tercera. "Diga el absolvente...¿Si es o no cierto que el taller de su propiedad en donde prestó sus servicios Ramón Galvis se llama Talleres Delbec?". Respondió: "Sí es cierto".

Novena. "Diga el absolvente... ¿Si es o no cierto que Ramón Galvis durante el tiempo de prestación de sus servicios estaba obligado a pagarle todos los viernes de cada semana, una lista o memorando de los trabajos que había hecho en la respectiva semana?". Respuesta: "Sí es cierto, pero de los contratos que él hacía".

Decimasegunda. "Diga el absolvente... ¿Si es o no cierto que el 4 de junio de 1960 despidió a Ramón Galvis por no haberle pasado la lista de los trabajos?". Dice la respuesta: "No es cierto que lo despidiera"; que al llamarle la atención por no haberle pasado la parte que le correspondía en los contratos ejecutados en una semana, se puso grosero, agregando que si estaba aburrido con él debía despedirlo, a lo cual contestó el absolvente que como no tenía contrato firmado con el taller, podía retirarse si lo quería.

6. No se deduce de las posiciones que Galvis hubiera sido trabajador dependiente en el taller de propiedad del demandado, ni que éste lo haya despedido. Acepta su labor personal en el establecimiento, pero como contratista, dando a entender con esa calificación, como se infiere de la contestación a la pregunta segunda, que fue un trabajador autónomo.

B) La prueba testimonial.

7. Los testigos Cancino y Daza, dan cuenta del trabajo personal del actor bajo la subordinación del demandado. Acerca del primer aspecto, la sentencia acepta la existencia del hecho; en cuanto al segundo, rechaza la subordinación. Para ello se fundó principalmente en la declaración jurada del demandante, contenida en su confesión provocada. En efecto, de ella destaca la pregunta y respuesta a la tercera del cuadro de posiciones, cuyo tenor es el siguiente: "Diga ¿cómo es cierto, si o no... que los salarios de los ayudantes u obreros que usted contrataba para ejecutar los trabajos de latonería, los pagaba directamente de su propio peculio?". Contestó: "Es cierto".

8. El hecho de que el demandante hubiera realizado los trabajos en el taller con operarios a quienes cubría la remuneración correspondiente, le sirvió al Tribunal para sostener que su labor personal no pudo ser la de empleado subordinado, lo que en el fondo significa que consideró desvirtuada la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

9. El anterior concepto, básico de la decisión, correcto o equivocado, no ha sido objeto de reparos por el impugnador.

Existe oposición entre el hecho que da por establecido el Tribunal con la confesión de Galvis y el que resulta de las declaraciones de los citados testigos, pues según ellos aquél fue trabajador dependiente de Becerra, de quien recibía órdenes e instrucciones. Es obvio que no habiendo

sido destruida la estimación que de las posiciones absueltas por el actor hace la sentencia, no sea admisible el dicho de los testigos, pues de acuerdo con principios de la ciencia probatoria, la confesión priva sobre los demás medios legales de convicción. Aún admitiendo, pues, que el *ad quem* no estimó los testimonios y que por ello incurrió en error de hecho, no tendría sin embargo el mérito de quebrar la sentencia.

Puede aceptarse que fue equivocada la apreciación que hace el fallador de la declaración de Carlos Sánchez y que ella demuestra el hecho a que el cargo se refiere (el contrato de trabajo entre las partes). En tal hipótesis, cabe hacer la misma observación ya expuesta a propósito de los testimonios de Cancino y Daza.

C) *Dictamen pericial.*

11. Dice el perito que el libro de Caja registra dos partidas, una con la leyenda "pagada al latonero", en la semana del 4 al 11 de abril de 1955, por $ 162.50, y otra con la misma leyenda, por $ 147.50, y que a folios 128 a 130, hay anotaciones de sumas pagadas al latonero, sin indicación de nombre. Que en libro borrador titulado "trabajos de latonería y pintura", se anota: "valores recibidos por concepto de porcentaje por los trabajos contratados por el pintor y latonero". Agrega el perito: "El actor aparece recibiendo el 50% de trabajo de latonería, desde el 6 de junio de 1955 hasta el 4 de junio de 1960"; que los valores por tal concepto suman un total de $ 15.277.50, lo que en 12 meses da un promedio de $ 1.273.12, que vendría a representar el sueldo devengado por Galvis en el último año de labores; que en el mismo libro (F. 153) hay una partida, anotada el 20 de diciembre de 1959, por $ 250.00, recibida por Ramón Galvis a título de prima de servicio.

12. Es cierto que quien aparece recibiendo, según el libro borrador, es el demandado, como lo afirma el recurrente; pero de allí no se concluye que la participación del 50% en los trabajos de latonería corresponda al salario del actor. Dice el perito que ese porcentaje vendría a representar su sueldo, pero no expresa que así lo diga el libro examinado por él. No se advierte, por consiguiente, error de hecho evidente en la estimación del dictamen.

Al referirse al peritaje la sentencia no se detiene a analizar la partida de que allí se habla, recibida por el actor a título de prima de servicio, lo cual no demuestra evidente error de hecho en su apreciación.

13. Acerca del mérito que pueda ofrecer el hecho sobre pago de la prestación en referencia, conviene observar lo siguiente: Para acreditar el tiempo de servicios, el salario, su cuantía y la circunstancia de no haberse cubierto las prestaciones sociales, pidió el actor la práctica de una inspección ocular sobre los libros de contabilidad, documentos y papeles del demandado, prueba decretada por el Juzgado, y anexa a ella, la pericial. Al practicar la inspección (F. 54) se dijo en el acta respectiva, después de expresar que al personal de la diligencia le fueron presentados un libro de caja y otro denominado "trabajos de latonería y pintura". El Juzgado ha comprobado que el demandante Galvis aparece recibiendo sueldos o comisiones desde la semana del 6 al 11 de junio de 1955, hasta la comprendida entre el 30 de mayo y el 4 de junio de 1960, "pagos que aparecen en forma semanal". Es todo el contenido del acta de inspección.

Desde luego no le corresponde a la Sala examinar el alcance de la inspección en cuanto afirma que los libros anotan pagos de sueldos y comisiones al demandante y, por tanto, si ellos vienen a constituir la retribución como contraprestación de sus servicios, porque la prueba no es de las que el cargo cita como mal estimada o inapreciada por el sentenciador. Se la toma en cuenta pero sólo para poner de manifiesto que no fue hecho observado por el Juzgado el de que en los libros aparezca el asiento sobre pago al actor de una prima de servicios en diciembre de 1959, como lo afirma el dictamen. Era al funcionario judicial y no al perito a quien correspondía dejar testimonio del dato en referencia, de acuerdo con las atribuciones que la ley le señala (Art. 724 del C. J.). Aún dándole crédito a lo que afirma el dictamen, apenas podría considerarse como simple indicio para demostrar el vínculo laboral entre los litigantes, porque es claro que si ellos no estuvieron ligados por un contrato de trabajo, el demandado no tenía por qué pagar al actor primas de servicio. Cobraría fuerza el indicio si no mediara la confesión provocada de Galvis, en la que el Tribunal se funda para sostener que el servicio personal de aquél no fue subordinado, concepto que ha quedado en pie como base de la decisión.

Ningún argumento aduce el recurrente acerca del valor probatorio de los sobres de pago (Fs. 6 a 10), prueba que cita como inestimada por el Tribunal. Como este aspecto de la acusación no tiene demostración alguna, nada tiene que decir la Sala al respecto.

Segundo cargo.

Violación directa de las disposiciones legales que cita el primero, por falta de aplicación.

Sostiene el recurrente que como la ley presume de la prestación personal del servicio, el contrato de trabajo (Art. 24 del C. S. T.), hecho admitido por el Tribunal, le correspondía al demandado destruir la presunción, a pesar de lo cual aquél pasó por alto la norma; que, según el fallo, no existió ese contrato por haberse valido el demandante de ayudantes que retribuía de su peculio, lo cual no desvirtúa la convención laboral. De ese argumento deduce la infracción del artículo 23 del citado Código.

Tercer cargo.

Infracción de las mismas normas legales que cita el primer cargo, por errónea interpretación.

Dice el recurrente que para el Tribunal el hecho de que el actor se haya valido de ayudantes para cumplir su labor, desvirtúa la existencia del contrato de trabajo. Para refutar ese concepto, expone: mientras el trabajador esté en alguna forma vinculado al patrono y exista la posibilidad de que éste pueda darle órdenes e instrucciones a aquél, se mantiene el contrato de trabajo, aunque el que presta el servicio lo ejecute con la colaboración de ayudantes. Agrega que es esa la doctrina recibida por la Corte en fallos de marzo y noviembre de 1960 y que bastan ellas para demostrar que el Tribunal violó los preceptos legales por el concepto que el cargo indica.

El opositor rebate los dos cargos alegando que no tienen fundamento, pues donde no hay contrato de trabajo no puede aplicarse una ley que opera para otra clase de relaciones.

En cuanto al segundo cargo, la Sala observa:

Es cuestión de hecho la de saber si quedó o no desvirtuada la presunción que establece el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Para su examen habría que hacer el análisis de la prueba aportada por el patrono tendiente a demostrar que el trabajo no fue personal o que, siéndolo, no fue subordinado, y ese análisis no es pertinente cuando se acusa violación directa de la ley. Para la viabilidad de ese motivo de casación se requiere que probado el hecho contemplado en la norma, la sentencia no la aplique, ya por rebelarse contra ella o por ignorarla, esto es, parte de la base de que no es materia de discusión el caso específico y concreto. Respecto a la violación del artículo 23 del mismo estatuto, la sentencia se atuvo a lo que la norma previene en su literal a), es decir, que es elemento del contrato de trabajo la actividad personal del trabajador, de manera que si la colaboración de terceros, dependientes de aquél, no lo desnaturaliza, como el cargo lo afirma, el reparo tendría que ver con la interpretación del precepto, que no cabe analizar dentro del motivo de casación en examen.

Con respecto al tercer cargo, la *Sala observa que la sentencia no les da a los artículos 23 y 24 del Código, significado distinto del que emerge de su recto sentido, por lo cual no resulta fundado el reparo de haberlos interpretado erróneamente. La primera de esas normas dice que son tres los elementos del contrato de trabajo: la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; su continuada dependencia respecto del patrono; y un salario como retribución del servicio. Y el artículo 24 dice que se presume que toda relación personal de trabajo está regida por un contrato de trabajo. El trabajo personal de que habla este precepto guarda relación con el primero de los elementos del contrato a que se refiere el literal a) del artículo 23. Para que opere la presunción de que se trata, el trabajador debe prestar el servicio por sí mismo, de manera que si la actividad la comparte con terceros, dependientes suyos, si bien su labor sigue siendo personal, no la rinde por sí mismo, es decir, de manera exclusiva. En la forma expuesta entendió la sentencia las dos normas de que se trata.*

Las hipótesis contempladas en los fallos de la Corte que cita el recurrente se refieren a labores ejecutadas por el trabajador con la colaboración de terceros, sin vínculos de dependencia respecto de aquél. Lo que sobre el punto debatido ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación es que, si el trabajador presta su actividad personal y con él colaboran terceros, consintiendo el patrono dicha colaboración, los terceros pueden ser considerados, según las circunstancias del caso, como empleados del mismo patrono, es decir, que tal modalidad no tiene el mérito de impedir el contrato de trabajo entre el que se obligó a prestar el servicio y el que lo recibe. No es esa la situación que ofrece el asunto litigioso, pues los colaboradores del actor, según su confesión, fueron contratados por él, siendo de su cargo el pago de los salarios. Como se ve, se trata de dos relaciones de trabajo distintas: una entre quien se obligó a prestar el servicio y el empresario; otra entre aquél y sus colaboradores. Si éstos no dependen del empresario, es evidente que se debilita o entorpece el elemento subordinación o dependencia respecto de quien se halla obligado a cumplir personalmente la labor, ya que las órdenes e instrucciones en que se traduce esa facultad patronal no la tendría el supuesto empleador respecto de los ayudantes que participan en su ejecución.

Debe apuntarse que en los dos cargos, los argumentos del acusador se concretan a demostrar el quebranto de los artículos 23 y 24, posiblemente por estimar que la infracción de las demás normas que ellos citan se produjo como consecuencia de la de dichos preceptos. No hallando la Sala acreditado el error de juicio de la sentencia en cuanto concierne a las dos disposiciones mencionadas, resulta innecesario el estudio de las restantes.

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* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA CORTE DECLARA INEXEQUIBLES UNAS DECISIONES Y HOMOLOGA OTRAS DEL LAUDO PROFERIDO EN EL CONFLICTO SURGIDO ENTRE EL "COLEGIO DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA" Y LA MISMA INSTITUCION

Violación del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo por extralimitación de los árbitros en su facultad decisoria. — No es función de los árbitros decidir sobre la exequibilidad de norma o reglamento. — Cuándo una decisión es susceptible de revisarse en sede de homologación, por violación de la Constitución o de la ley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 7 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Corresponde a esta Sala de la Corte, en sede de homologación, revisar el laudo de fecha 6 de agosto de 1964, proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento, convocado por el Ministerio del Trabajo mediante Resolución número 0675 de 19 de mayo del presente año, para dirimir "el diferendo laboral existente entre el 'Colegio de Profesores de la Universidad de Antioquia' y la misma entidad' ".

ANTECEDENTES

La Junta Directiva del Sindicato denominado "Colegio de Profesores de la Universidad de Antioquia", con autorización recibida de la Asamblea General de afiliados, verificada el 18 de marzo del presente año, en representación de los mismos y con base en lo preceptuado por el artículo 357 en armonía con el 416 del Código Sustantivo del Trabajo, en el mes de abril próximo pasado presentó a la consideración del Consejo Directivo de la mencionada Universidad, el pliego de peticiones que obra a folios 8 a 11 del cuaderno principal, consistente en nueve puntos y destinado a promover la celebración de una convención colectiva, reguladora de las relaciones laborales entre la Universidad y sus trabajadores.

No fue posible que las partes acordaran soluciones definitivas y satisfactorias en las etapas de arreglo directo y de conciliación. Por ello, el Ministerio del Trabajo por medio de la Resolución antes citada, ordenó la constitución de un Tribunal Especial de Arbitramento obligatorio para decidir el conflicto, el cual quedó integrado por los doctores Carlos Restrepo R., Luis Izasa Gaviria y Luis Eduardo Gallego Henao, como árbitros designados, en su orden, por el Gobierno Nacional, la Universidad y el sindicato, según aparece de los documentos que obran en el expediente.

El Tribunal, después de oír a las partes en varias audiencias celebradas al efecto y de requerir, de las mismas, los documentos que estimó necesarios para tener un mayor conocimiento de causa, con fecha 6 de agosto del presente año, profirió el laudo decisorio del conflicto. Salvó su voto el árbitro designado por el sindicato, por no estar conforme con la resolución dada al punto primero del pliego de peticiones que, en su sentir, no se limita a señalar la remuneración mensual de los trabajadores sino que también fija la duración de la jornada de trabajo en 44 horas semanales y con 20 horas de clase en el mismo período, lo que estima ilegal pues no habiendo figurado este punto en el pliego de peticiones, la decisión acordada conduce a la extralimitación de las funciones del Tribunal, según lo establecido por el artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo. Glosa también la decisión adoptada sobre el punto tercero del pliego de peticiones, referente a la abolición del Acuerdo número 7 de 1961, que clasifica al profesorado de enseñanza secundaria en exclusivo y no exclusivo, pues considera que no existe disposición

legal que permita pactar la exclusividad, en tratándose de trabajadores oficiales, ligados por contrato de trabajo a la Administración Pública. Agrega que el Tribunal debió acceder a la petición contenida en el punto cuarto del referido pliego, sobre establecimiento de la jornada continua para alumnos y profesores. Finalmente, hace algunas observaciones referentes a la decisión recaída sobre el punto noveno del pliego y destaca, asimismo, su inconformidad con la parte que decide lo atinente a transporte gratuito para el profesorado, en cuanto no se fija un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación que se le impone a la Universidad.

EL RECURSO

El apoderado del sindicato, en escrito sustentatorio del recurso, precisa el objeto de la impugnación, principalmente en cuanto a lo decidido en relación con los puntos primero y tercero del pliego de peticiones y a que se refieren los números primero, segundo, tercero y séptimo de la parte resolutiva del laudo. Respecto a la solución que el fallo da a los demás puntos del pliego, se limita a sugerir el examen oficioso por parte de la Corte, para disponer lo que se estime legal y justo, teniendo en cuenta las consideraciones hechas por el árbitro doctor Gallego Henao, en su salvamento de voto.

La Sala para decidir el recurso, examinará las cuestiones propuestas por el acusador, a fin de precisar si el Tribunal de Arbitramento al resolver sobre el pliego de peticiones, lo hizo con exceso de poder, o violando derechos reconocidos por la Constitución, por las leyes o por normas convencionales vigentes, o si el laudo, en cualquiera de sus decisiones afecta preceptos de orden público, conforme a lo ordenado por los artículos 143 del Código de Procedimiento del Trabajo y 458 del Código Sustantivo del Trabajo.

PUNTO PRIMERO

El pliego de peticiones en el punto I, expresa lo siguiente:

"Aumento de $ 500.00 mensuales per capita en los sueldos que actualmente devenga el profesorado del Liceo Antioqueño, y $ 20.00 por hora de clase extra que se dicte fuera de las 20 convencionales y legales".

Lo pedido en este punto, fue resuelto por el Tribunal de Arbitramento, así:

"*Primero.* Como remuneración mensual de sus servicios, con una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro horas (44) a la semana y con veinte (20) horas de clase semanales obligatorias, los profesores internos del Liceo Antioqueño devengarán, desde la fecha de la notificación de esta sentencia, las siguientes sumas:

"I. *Profesores internos de dedicación exclusiva:*

"A) Desde la citada fecha hasta el seis (6) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965), dos mil trescientos pesos ($ 2.300) moneda legal mensuales los de primera (1ª) categoría; dos mil doscientos pesos ($ 2.200) moneda legal mensuales los de segunda (2ª) categoría; dos mil cien pesos ($ 2.100) moneda legal mensuales los de tercera (3ª) categoría y dos mil pesos ($ 2.000) moneda legal mensuales los de cuarta (4ª) categoría y los no escalafonados.

"B) Y desde el siete (7) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965) hasta el seis (6) de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966), dos mil quinientos pesos ($ 2.500) moneda legal mensuales los de primera categoría; dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400) moneda legal mensuales los de segunda (2ª) categoría; dos mil trescientos pesos ($ 2.300) moneda legal mensuales los de tercera categoría; y dos mil doscientos pesos ($ 2.200) moneda legal mensuales los de cuarta (4ª) categoría y los no escalafonados.

"II. *Profesores internos no exclusivos:*

"A) Desde la fecha de notificación de este fallo hasta el seis (6) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965), estos profesores devengarán: Un mil ochocientos cincuenta pesos ($ 1.850) moneda legal mensuales los de primera categoría; un mil seiscientos cincuenta pesos ($ 1.750) moneda legal mensuales los de segunda categoría; un mil seiscientos cincuenta pesos ($ 1.650) moneda legal mensuales los de tercera categoría; y un mil quinientos cincuenta pesos ($ 1.550)) moneda legal mensuales los de cuarta y los no escalafonados.

"B) Y desde el siete (7) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965) hasta el seis (6) de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966) estos profesores devengarán los siguientes sueldos mensuales: Dos mil pesos ($ 2.000) moneda legal los de primera categoría; un mil novecientos pesos ($ 1.900) moneda legal los de segunda categoría; un mil ochocientos pesos ($ 1.800) moneda legal los de tercera categoría; y un mil setecientos pesos ($ 1.700) moneda legal los de cuarta categoría y los no escalafonados.

"*Segundo.* Los directores de año que, conforme al Acuerdo número 7 de febrero 21 de 1961, expedido por el Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia, deben ser profesores

internos con dedicación exclusiva a la docencia en el Liceo, devengarán desde el seis (6) de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) hasta el seis (6) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965) un sueldo mensual de dos mil setecientos pesos ($ 2.700) moneda legal; y desde el siete (7) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965) hasta el seis de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966), un sueldo mensual de dos mil novecientos pesos ($ 2.900) moneda legal, todo en consideración a una jornada de cuarenta y cuatro (44) horas semanales y con seis (6) horas de clases obligatorias a la semana.

"*Tercero.* La Universidad de Antioquia brindará a los profesores internos del Liceo Antioqueño, tanto exclusivos como no exclusivos, distintos de los directores de año, la oportunidad de dictar dentro de su jornada de cuarenta y cuatro (44) horas semanales y en el mismo establecimiento, si así lo desean, hasta cuatro (4) horas de clase adicionales a la semana. Dichas horas serán remuneradas así: A razón de quince pesos ($ 15.00) moneda legal por clase hasta el seis de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965); y a razón de veinte pesos ($ 20.00) moneda legal por cada clase desde el siete (7) de los mismos mes y año hasta el seis de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966).

"Los profesores internos deberán manifestar por escrito al Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de este fallo, cuántas clases adicionales desean dictar conforme al presente ordinal y la Universidad estará en la obligación de concedérselas".

En la motivación del laudo, en el punto relativo al aumento de salarios, el Tribunal luego de analizar el régimen vigente de remuneraciones conforme a lo estipulado en la convención colectiva celebrada entre las mismas partes en litigio, de fecha 5 de junio de 1963, de comparar las asignaciones de los profesores del Liceo de Antioquia con las devengadas por profesores de establecimientos similares de la ciudad de Medellín, y de hacer algunas consideraciones en torno a la situación económica de la Universidad de Antioquia, expresa lo siguiente:

"Ponderando, en conciencia, tales elementos de juicio, el Tribunal estima justa la siguiente solución al punto primero del pliego de peticiones:

"1º Los representantes de la Universidad han solicitado reiteradamente que la vigencia del laudo sea de dos años, plazo máximo permitido por la ley, y aceptan que al vencimiento del primero se efectúe un reajuste en las asignaciones de los profesores del Liceo. El señor representante del Colegio de Profesores se ha mostrado conforme, durante la tramitación de este juicio arbitral, con esta solicitud. El Tribunal de Arbitramento considera conveniente la fijación de dicho término. Es ésta la mejor manera de evitar un conflicto colectivo cada doce (12) meses, con su lógica secuencia de perjuicios para ambas partes.

"2º Sin olvidar que la situación financiera de la Universidad de Antioquia es hoy difícil, y teniendo en cuenta lo que devengan los profesores de la Universidad de Medellín, y del Liceo Marco Fidel Suárez, el Tribunal, en atención a la alarmante alza en el costo de la vida, cree justo aumentar los sueldos de los profesores internos del Liceo Antioqueño, así: Durante el primer año de vigencia del laudo, en la suma de cuatrocientos pesos ($ 400.00) mensuales, monela legal, para los profesores *exclusivos* y de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00) mensuales moneda legal, para los *no exclusivos,* sin distinción por causa de escalafón; y durante el segundo año en doscientos pesos ($ 200.00) mensuales, moneda legal, para los primeros y ciento cincuenta pesos ($ 150.00) mensuales, moneda legal, más para los segundos.

"3º Los salarios actuales, así aumentados, remuneran el trabajo mensual de los profesores internos del Liceo Antioqueño, tanto exclusivos como no exclusivos, con una jornada semanal de cuarenta y cuatro (44) horas y con veinte (20) horas de clase obligatorias a la semana.

"4º Estima el Tribunal que la fijación de salarios no puede desvincularse de la jornada de trabajo, pues para señalar la cuantía de aquellos es indispensable conocer la duración de ésta; que la facultad que legalmente tiene para decidir sobre el aumento de sueldos conlleva la de determinar las obligaciones correlativas de los empleados y que, por lo mismo, no se excede de sus atribuciones al resolver el punto primero del pliego en la forma indicada.

"5º Debe quedar claramente establecido que la fijación de salarios con relación a determinada jornada de trabajo, en los términos de este fallo, rige para lo futuro y no implica decisión alguna sobre la controversia que, acerca de la interpretación del numeral 1º de la convención colectiva de trabajo celebrada por las partes en el año de 1963, vienen sosteniendo la Universidad de Antioquia, el Colegio de Profesores de la misma y algunos miembros de éste, según consta en los documentos que obran de folios 43 a 58 inclu-

sive. El Tribunal no se pronuncia ni podría pronunciarse en ningún sentido a este respecto''.

MOTIVOS DE IMPUGNACION

El acusador ataca el laudo acerca de lo resuelto sobre el punto primero del pliego de peticiones, con invocación de dos motivos, principal el uno y subsidiario el otro.

Hace consistir el primero, en el hecho de que el Tribunal extralimitó su función arbitral, al resolver el mencionado punto del pliego de peticiones. El segundo motivo de impugnación consiste en que la decisión ''desmejora las condiciones de retribución del trabajo de los profesores de la Universidad''.

En torno a estos dos aspectos, el apoderado del Sindicato formula un detenido y extenso alegato en el que analiza la decisión arbitral y fundamenta las razones que, en su sentir, conducen a la nulidad de la resolución impugnada.

Manifiesta en el cargo principal, que si se atiende a lo pedido en el punto primero del pliego de peticiones, la materia del pronunciamiento quedó limitada a un aspecto meramente económico aunque pudiera tener referencia al status anterior o precedente. Se trataba, dice que los árbitros decidieran en equidad si procedían o no, y hasta qué monto o proporción, aumentos de sueldos sobre las bases económicas propuestas, ''desde el doble punto de vista de la asignación fija por *veinte horas* semanales de clase y de la móvil, por horas *excedentes dictadas*''. Que era cuestión extraña a la propuesta del Sindicato al entrar a definir la duración, máxima o mínima, de la jornada de trabajo ''que se suponía conocida y definida de antemano''. Que el ''conocimiento'' del horario o jornada laboral de los profesores, *tal como existía o preexistía* vinculada a lo que actualmente devenga el profesorado del Liceo, era natural y lógicamente necesario, para formar en conciencia un juicio razonable y fundado, acerca de la procedencia o improcedencia de los aumentos solicitados''. Mas, dadas las limitaciones legales, doctrinarias y fácticas de la función arbitral y supuestos los fines generales y específicos del pliego de peticiones, ese conocimiento no podía ni debía pasar de base o presupuesto para decidir afirmativa o negativamente. Que los árbitros, olvidando la limitación de sus funciones y los fines del pliego de peticiones, ''resolvieron pasar del simple *conocimiento del status* preexistente en jornada u horario de trabajo a la modificación de dicho status''.

Considera que otro campo ajeno a su función invade el Tribunal, al *determinar* la jornada futura de trabajo o imponerla como obligatoria, ''con el carácter lógico y correlativo de CONDICIÓN *sine qua non* de los *supuestos* aumentos decretados''. Dice que al tiempo de proferirse el laudo, ''preexistía una controversia bastante agria y tenaz entre la Universidad de Antioquia y sus profesores internos, relativa a la duración de la jornada u horario de trabajo y a la calidad y alcances de las obligaciones horarias de dichos profesores, pues sobre ello y no sobre otra cosa versa la problemática de interpretación del numeral 1º de la convención colectiva del año de 1963''. Se encuentran los árbitros, agrega el recurrente, con una situación que no les fue regularmente presentada para que decidiesen al respecto; que, natural y legalmente, correspondería resolver a los jueces ordinarios del trabajo; y en que lo que éstos determinaran o pudieran llegar a determinar, había, lógicamente, de servir de punto de referencia para contratos individuales y convenciones colectivas futuras.

Estima que el Tribunal cierra de un golpe, esta posibilidad de reajustes y esclarecimientos futuros, falla el conflicto de hecho y de derecho vinculado a la controversia, decide que la razón la tiene la Universidad de Antioquia y la sin razón la tienen los señores profesores. Agrega que los árbitros para decidir acerca de una petición de tipo exclusivamente económico, toman como base uno de los extremos de la controversia preexistente entre las partes (los puntos de vista de la Universidad respecto a la jornada de trabajo) y aceptan o prohijan dicho extremo, no obstante estar implicadas en él cuestiones sustanciales de derecho. Que lo discutido como problema jurídico-legal lo dan por fallado o lo fallan dando la razón a una de las partes, para su gobierno futuro; lo que no constituye un hecho de tipo o contenido meramente económico, lo erigen en tal, para sentenciar sobre pretensión de calidad meramente económica; y lo dudoso, supuesto que está en controversia, lo toman como esclarecido, disipando ellos mismos las dudas, con la salvedad sintomática de que esa luz solo se proyectará sobre el porvenir. Y agrega: ''Quien advirtió que no podría actuar ni actuaría más que como *arbitrador,* se convirtió en Juez de derecho''.

Concluye el primer aspecto de la acusación, así:

''Sobrepasaron, pues, los señores árbitros sus funciones: a) Al determinar e imponer para los profesores internos, exclusivos y no exclusivos, una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro horas de trabajo semanales (44) y cuatro opcionales (4), como base de las nuevas asignaciones, con todo y no habérseles sometido tal materia a

su decisión; b) Al determinar e imponer para los profesores 'directores de año' una jornada semanal de trabajo de cuarenta y cuatro horas (44), como base de las nuevas asignaciones, a pesar de no haberse sometido tal materia a su decisión.

"Se violó, de esta suerte, lo prescrito en el artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral del Trabajo en cuanto a esta norma prohibe implícitamente a los Tribunales de Arbitramento Obligatorio extralimitar el objeto de su convocación".

Por su parte, el apoderado de la Universidad, en escrito de réplica, manifiesta que el ataque al laudo con fundamento en extralimitación de funciones de los árbitros, se basa en dos supuestos equivocados, cuales son, que la jornada de trabajo era de veinte horas semanales y que el Tribunal determinó una jornada superior a la establecida. Que el pliego presentado no hace referencias a las horas de clase cuando pide aumento de sueldo, sino solamente cuando habla de las horas excedentes. Transcribe, al efecto, lo pertinente del punto primero del pliego, para reafirmar lo expresado antes, y agrega que es natural que el aumento no pueda calcularse y decretarse sino con relación al trabajo que tales sueldos retribuyen, por lo cual los árbitros hubieron de considerar la jornada de trabajo de los profesores y no solamente la obligación que dentro de ella existía de dictar veinte horas de clase por semana. Toda remuneración por unidad de tiempo, y ésta lo es, está íntimamente relacionada con la jornada de trabajo, luego la petición analizada, planteaba el examen de la duración del trabajo e implicaba una solución que hiciera referencia a ella. Dice que durante las etapas de arreglo directo y de conciliación se discutieron los aspectos relativos a la jornada, luego era materia del fallo decidir sobre los aumentos con relación a una duración determinada del trabajo. Que el fallo no aumentó las veinte horas de clase que semanalmente deben dictar los profesores del Liceo dentro de la jornada legal que deben servir a la Universidad de Antioquia.

Invoca lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 1713 de 1960, el artículo 75 del reglamento del Liceo Antioqueño adoptado por el Acuerdo número 19 de 1960, la cláusula primera de la convención colectiva celebrada entre las mismas partes el 5 de junio de 1963, la Resolución número 2 de 31 de enero de 1964, emanada del Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia, referente a la jornada de trabajo, y agrega que conforme a estas normas, los profesores del Liceo tenían una jornada ordinaria legal de cuarenta y ocho horas a la semana, dentro de la cual debían dictar 20 horas de clase y que la Resolución número 2 antes citada, determinó que debían permanecer en el local respectivo durante cuarenta y cuatro horas a la semana. Concluye, de lo anterior, al hacer aumentos con relación a una jornada de cuarenta y cuatro horas semanales, no excedió en facultades, puesto que hizo referencia a la jornada establecida para la Resolución número 2 de 1964, que redujo la jornada legal a que estaban sometidos los profesores por las normas anteriores, sin aumentar las veinte horas de clases semanales que dentro de la misma jornada debían dictar.

Que existe confusión en el recurrente cuando considera que los árbitros decidieron los puntos que ante la jurisdicción del trabajo tenían planteados las partes, no obstante la advertencia en contrario, hecha en el propio laudo. Los árbitros dispusieron que en el futuro, para una jornada semanal de cuarenta y cuatro horas debía corresponder el aumento de los salarios por ellos decretados, pero no resolvieron si la Universidad había violado el fuero sindical que algunos profesores reclaman, ni tampoco sobre la violación de la convención anterior, que el sindicato atribuye a la Universidad.

Expresa que los árbitros no podían determinar un aumento de salarios sin hacer relación a una jornada de trabajo, por lo cual examinaron la situación existente en el momento de la presentación del pliego y habiendo encontrado que los profesores debían laborar cuarenta y cuatro horas semanales, determinaron que los aumentos por ellos decretados se hacían en consideración a tal duración del trabajo, pues, posiblemente, si hubieran encontrado una jornada menor, no habían determinado esa mayor remuneración. Que no es como afirma el recurrente que la disposición impide reajustes y esclarecimientos futuros; que en realidad lo que hace es "esclarecer la causa y el efecto de los aumentos, en forma que si llegare a resultar una jornada diferente carecerían de base los aumentos decretados, porque apoyándose éstos en una jornada que los árbitros entendieron existente, no se podría aplicar a una diferente".

Dice que el impugnador confunde la jornada legal de trabajo en el máximo de veinte horas semanales de clases a que están obligados los profesores. Que de las normas jurídicas citadas y de la convención colectiva suscrita en 1963, resulta diferente el horario de clases a la jornada de trabajo, "pues allí se esclarece que las veinte horas de clases que se deben dictar en la semana están dentro de la jornada legal, o sea, que no se puede confundir lo uno con lo otro".

Arguye que si el Colegio de Profesores deseaba que la situación existente en el momento de la presentación del pliego —jornada de cuarenta y cuatro horas semanales— fuera reducida a una jornada de veinte horas semanales de trabajo, ha debido solicitarlo en el pliego, pero que como tal cosa no se hizo, los árbitros no podían rebajar el trabajo modificando la situación existente, ni compete hacerlo a la Corte y menos aún al recurrente, cuyas alegaciones son contrarias a la propia realidad en materia de jornada, a que se refiere la Resolución número 2 de 31 de enero de 1964. Termina diciendo que el fallo no impuso la jornada de cuarenta y cuatro horas a la semana sino que la encontró vigente, y determinó que para ella, en lo futuro debían aumentarse los salarios.

Se estudia la acusación:

El punto primero del pliego de peticiones que el Sindicato sometió a la consideración de la Universidad, tiene un contenido de naturaleza económica en cuanto se solicita el aumento de los salarios vigentes a la época de su presentación. Es evidente que él no contiene solicitud alguna referida a la jornada de trabajo.

La impugnación que se examina, según puede apreciarse de lo que antes se ha transcrito, está dirigida a obtener la nulidad de lo resuelto en los puntos primero, segundo y tercero del laudo, exclusivamente en cuanto a lo dispuesto sobre determinación de la jornada de trabajo (44 horas a la semana y dentro de esa jornada 20 horas de clase obligatorias para los profesores internos y la misma jornada semanal y seis horas de clase obligatorias para los directores de año).

Planteada así la acusación, la Sala debe examinar si la facultad de los árbitros para decidir sobre el aumento de sueldos "conlleva la de determinar las obligaciones correlativas de los empleados", fundamento que aduce el Tribunal para vincular la resolución sobre aumento salarial con la determinación de la jornada semanal de trabajo.

Según aparece de las piezas y constancias procesales, fueron los representantes de la Universidad quienes desde la iniciación de las discusiones en el período de arreglo directo y luego en las demás etapas del litigio, han planteado la necesidad de una definición sobre la jornada de trabajo, vinculada a la solución de los puntos que se consignan en el pliego. El Sindicato, a su vez, por medio de sus distintos representantes que han actuado en el conflicto ha rechazado esa iniciativa o solicitud de la Universidad, y niega a los árbitros la facultad legal que éstos invocan en el laudo para pronunciarse sobre la materia.

Dentro de esta posición antagónica de las partes, se destaca lo siguiente: La Universidad niega que por el laudo se trate de establecer o fijar la jornada de trabajo que deben cumplir los profesores internos del Liceo, ni de hacerla más gravosa, pues, arguye, solo se reconoce la que ya existía con una duración de 44 horas semanales y la obligación de dictar 20 clases en el mismo período; y, agrega, que solo se trata de relacionar el aumento salarial con el cumplimiento de la jornada ya existente.

En apoyo de lo anterior, se aducen razones y argumentos que pueden resumirse, así: El Liceo es una dependencia de la Universidad de Antioquia que es un establecimiento oficial, autónomo, de carácter docente, creado por la Ley 76 de 1878, del extinguido Estado Soberano de Antioquia, con personería jurídica que le ha sido confirmada por el artículo 80 de la Ley 53 de 1887 y por el 1º del Decreto legislativo número 0277 de 1958. Que en los establecimientos docentes de carácter oficial, se entiende por horario normal de trabajo la jornada de ocho horas conforme al parágrafo del artículo 1º del Decreto legislativo número 1713 de 1960. Que por el artículo 75 del reglamento del Liceo Antioqueño, adoptado por el Acuerdo número 19 de fecha 7 de diciembre de 1960 expedido por el Consejo Directivo de la Universidad, se dispuso que los profesores y empleados del Liceo deberán someterse estrictamente al horario normal de trabajo, de acuerdo con el Decreto legislativo número 1713 de 1960; que el Consejo de la Universidad al expedir el Acuerdo número 19 ya citado, actuó dentro de su esfera de acción trazada por el artículo 27, literal b) de los estatutos de la Universidad, en concordancia con lo prevenido por el artículo 5º del Decreto legislativo número 277 de 1958. Que por Acuerdo número 7 de 21 de febrero de 1961, el Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia, al hacer la clasificación del profesorado del Liceo en los distintos grupos que allí se indican, reafirmó el horario normal de trabajo a que estaban sujetos los profesores y señaló, además, las horas de clase que debían dictar semanalmente. Que la convención colectiva de trabajo celebrada entre la Universidad y el Colegio de Profesores de la misma, con fecha 5 de junio de 1963, no modificó el horario normal de trabajo del personal docente, esto es, la jornada de ocho horas, sino que limitó a veinte las horas semanales de clase para los profesores internos, exclusivos o no exclusivos, a fin de dar cumplimiento a normas nacionales del escalafón de enseñanza secunda-

ria, que como el artículo 33 del Decreto 30 de 1948, reglamentario del artículo 7º de la Ley 64 de 1947 y reformatoria del Decreto 1487 de 1946, dispone que los profesores de tiempo completo solo estarán obligados a dictar un máximun de 20 horas de clase semanales y a cumplir las funciones de directores de grupo. Que el Consejo Directivo de la Universidad por medio de la Resolución número 2 de febrero de 1964, cuya vigencia se inició a partir del 1º de marzo pasado, de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 75 del reglamento del Liceo, señaló el horario normal de trabajo del personal docente y administrativo de esa dependencia, con una intensidad de labores de 44 horas semanales, o sea, para rebajar la jornada legal anterior de 48 horas, señalada por el Decreto legislativo 1713 de 1960.

El Colegio de Profesores controvierte las apreciaciones que se dejan reseñadas, pues, apenas iniciada la discusión del pliego en la etapa de arreglo directo, dejó consignado que la jornada ordinaria y legal a que están sometidos los profesores del Liceo, conforme a la convención colectiva vigente, celebrada en junio de 1963, "es de solo veinte (20) horas semanales". En consecuencia, considera el Sindicato que la convención de 1963, así interpretada en su cláusula 1ª, constituía el *status preexistente,* respecto a jornada u horario de trabajo, al tiempo de la presentación del pliego de peticiones que ha originado el presente conflicto. Como el laudo, según se ha visto, determina la labor de los profesores internos y de los directores de año, en 44 horas a la semana y con 20 horas de clase obligatorias, concluye que por él se modificó la jornada de trabajo, con perjuicio para los profesores y sin facultad por los árbitros.

De lo anterior, resulta claro que la discrepancia tiene como causa el que con posterioridad a la presentación del pliego de peticiones, al discutirse los temas o puntos relacionados concretamente con él, se agregó o involucró uno nuevo, no previsto como materia del litigio inicial y ajeno al mismo, comoquiera que se relaciona directamente con la interpretación y aplicación práctica que las partes pretenden dar a lo estipulado en la cláusula primera de la convención suscrita por ellas el 5 de junio de 1963.

Por otra parte, la Corte no considera acertado el criterio del Tribunal respecto a que la facultad de los árbitros para decidir sobre el aumento de sueldos conlleva la de determinar las obligaciones correlativas de los empleados, porque en los conflictos colectivos del trabajo, la determinación de la materia del litigio, que constituye el objeto de la controversia, corresponde exactamente al contenido del pliego de peticiones que fija el ámbito en que se manifiesta, en su forma extrínseca, la voluntad de los trabajadores respecto a sus aspiraciones tendientes a conseguir el establecimiento o la modificación de las condiciones generales de trabajo, y esa materia del litigio constituye, por tanto, un límite al juicio de los árbitros, que deben decidir únicamente sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación.

Sin duda que para el Tribunal era necesario tener conocimiento de la forma como los profesores del Liceo desarrollan su jornada laboral, para decidir con justicia y equidad lo relativo al aumento de sueldos, pues, es claro, que la extensión de la jornada de trabajo es uno de los factores que deben tomarse en cuenta para determinar el monto del salario. Empero, si lo anterior es evidente, también lo es que esa vinculación o correspondencia entre el salario y la jornada de trabajo no puede extremarse hasta el punto de considerar inseparables o indivisibles los conceptos aludidos. El salario como retribución de un servicio a que se ha obligado el trabajador, constituye la contraprestación patronal y una de las obligaciones principales que concierne a la esencia misma del contrato de trabajo. En cambio, la extensión de la jornada de trabajo es una de las obligaciones secundarias y accesorias de aquellas que se consideran principales —prestación del servicio y retribución—, y que sirven apenas para perfilar la naturaleza del vínculo contractual.

En efecto, considerado desde el punto de vista del derecho del trabajo y aún de la economía, el salario es el conjunto de ventajas materiales que el trabajador obtiene como remuneración del servicio que presta en una relación subordinada laboral. Constituye una contraprestación jurídica y es una obligación de carácter patrimonial a cargo del empresario. Conforme a nuestra legislación positiva, constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie y que implique retribución de servicios, según reza el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

En cambio, por jornada de trabajo se entiende el lapso convenido por las partes, que no puede exceder del máximo legal, durante el cual se encuentra el trabajador a las órdenes del patrono o empresario, con el fin de cumplir la prestación laboral que éste le exija.

Así las cosas, resulta posible, acertado y jurídico que en el pliego de peticiones los trabajadores acuerden incluir únicamente lo concer-

niente a la fijación o al aumento de salarios; o simplemente lo relativo a la jornada de trabajo, o ambas materias simultáneamente. Pero, según sea lo uno o lo otro, los puntos determinados en el pliego, limitan, llegado el caso, la facultad decisoria de los árbitros, que debe contraerse a lo pedido inicialmente y no acordado en las etapas que preceden al arbitraje.

Se concluye de lo anterior que la decisión contenida en los puntos primero, segundo y tercero del laudo, viola el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, por extralimitarse la facultad de los árbitros al decidir sobre la jornada de trabajo que deben cumplir los profesores del Liceo, no estando este punto contenido en el pliego de peticiones presentado por el Sindicato. Por tanto, habrá de declararse inexequible y anularse, en lo pertinente, la decisión arbitral contenida en los puntos a que se ha hecho referencia.

Como prospera la impugnación por el primer motivo alegado por la parte recurrente en relación con el punto primero del pliego de peticiones, se hace innecesario examinar el segundo aspecto del cargo que se presenta como subsidiario y persigue la misma finalidad.

PUNTO SEGUNDO

La segunda acusación contra el laudo persigue la nulidad de lo resuelto sobre el punto tercero del pliego de peticiones.

Dicho punto, dice así:

"Abolición del Acuerdo número 7 del 21 de febrero de 1961, emanado del honorable Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia, por el cual se dividió al profesorado en exclusivo y no exclusivo".

Lo pedido lo resuelve el laudo en el punto séptimo de la parte resolutiva, que es del siguiente tenor:

"No se accede a las solicitudes consignadas en los puntos *tercero* y *cuarto* del pliego de peticiones, sobre abolición del Acuerdo número 7 de 1961 y sobre jornada continua".

El Acuerdo número 7, cuya abolición se pide, dispone lo siguiente:

"ACUERDO NUMERO 7

"El Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia, en uso de sus atribuciones legales,

"ACUERDA:

"Artículo 1º Con sujeción a las normas generales del escalafón de enseñanza secundaria, el profesorado del Liceo Antioqueño estará clasificado, a partir del 1º de marzo de 1961, en los siguientes grupos:

"*Grupo A*. Profesores internos con dedicación exclusiva a la docencia en el Liceo, en forma que su trabajo sea incompatible con cualquiera otra actividad docente remunerada, dentro o fuera de la Universidad de Antioquia, y con 24 horas de clase por semana.

"*Grupo B*. Profesores internos, sin dedicación exclusiva al Liceo, con horario normal de trabajo y veinticuatro (24) horas de clase por semana.

"*Grupo C*. Profesores internos, sin dedicación exclusiva al Liceo, con horario normal de trabajo y 20 horas de clase por semana.

"*Grupo D*. Profesores externos o de tiempo parcial.

"Artículo 2º La calidad de profesor de los *grupos A* y *B* es incompatible con actividades docentes remuneradas en otras dependencias de la Universidad distintas al Liceo Antioqueño.

"Artículo 3º (*Transitorio*). Los actuales profesores internos del Liceo Antioqueño podrán inscribirse libremente en alguno de los grupos anteriores A, B o C, con anterioridad al primero de marzo.

"Artículo 4º Dentro de la clasificación anterior, los profesores del Liceo estarán subclasificados así:

"a) Directores de año.

"b) Jefes de grupo.

"Parágrafo 1º Los directores de año serán escogidos entre los profesores internos con dedicación exclusiva a la docencia en el Liceo.

"Parágrafo 2º El director del Liceo fijará y reglamentará los deberes especiales propios de cada uno de los grupos establecidos.

"Artículo 5º Deróganse las disposiciones, que en lo pertinente, sean contrarias al presente Acuerdo.

"Dado en Medellín, a los 21 días del mes de febrero de 1961".

El Tribunal, en el punto VIII de la motivación del laudo, después de transcribir de las piezas del proceso lo relacionado con la materia en estudio, estima que habiéndose planteado la solicitud de abolición del Acuerdo número 7 por razones de orden constitucional y legal, al Tribunal le corresponde cumplir una simple función de *árbitro*, al decidir este aspecto del conflicto. Expresa la convicción de que el régimen de exclusividad establecido por la Universidad mediante dicho Acuerdo y voluntariamente acep-

tado por la casi totalidad de los profesores del Liceo Antioqueño, no viola la Constitución ni la ley. Para fundamentar esta conclusión expone diversas razones que sustenta en consideraciones de distinto orden y que él mismo resume así: "La incompatibilidad entre el cargo de profesor interno y exclusivo del Liceo Antioqueño y el ejercicio de la cátedra en la misma Universidad de Antioquia o en otros establecimientos docentes, pudo implantarse en virtud de la autorización consignada en el artículo 15 de la Ley 89 de 1892; en virtud de la autonomía misma de que goza la Universidad conforme a la Ley 151 de 1959; en virtud de las amplias autorizaciones que el Decreto 227 de 1958 confirió a las universidades seccionales para organizarse, expedir sus estatutos y dictar sus reglamentos con la independencia necesaria para lograr sus altos objetivos culturales; en virtud del contrato 'ficto' de trabajo entre la Universidad y los profesores, conforme a las normas del Decreto 2127 de 1945 y de la Ley 6ª de 1946, y en virtud del artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo que, aunque aplicable únicamente a los contratos entre particulares, está indicando que una estipulación de esta naturaleza no contraría el orden público, y está permitida por el artículo 15 del Código Civil".

MOTIVO Y ALCANCE DE LA IMPUGNACION

El recurrente impugna el laudo en relación con lo decidido sobre el punto tercero del pliego de peticiones, por cuanto el Tribunal "consideró plenamente válido lo que, de acuerdo con disposiciones legales y reglamentarias, entendidas o enfocadas como *conjunto sistemático,* resulta inválido y anulable como tal".

En desarrollo de la acusación, hace una amplia relación sobre los antecedentes y estado de la cuestión debatida al dictarse el Acuerdo número 7 de 1961 por el Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia, expresa que para esa época las relaciones entre la Universidad y sus profesores se regían por lo dispuesto en la Ley 43 de 1945 y sus Decretos reglamentarios números 1487 de 1946 y 30 de 1948, cuyo artículo 33 fijó un horario máximo de 20 horas semanales de clases para los profesores internos, con la obligación anexa de servir las funciones de directores de grupos. Dichas relaciones se regían, además, por los reglamentos internos de la Universidad, que obviamente ni podían ni debían lesionar el mínimo de garantías acordadas en la ley o en su reglamento a los profesores. Que para el problema debatido resulta cuestión esencial el hecho de que hasta el momento de entrar en vigencia el Acuerdo número 7 de 1961, los profesores internos del Liceo podían regentar otras cátedras libremente una vez cumplida su jornada en el plantel, bien en el mismo, bien en otros establecimientos docentes. Que la convención colectiva del 5 de junio de 1963, modificó los términos del mencionado Acuerdo, reduciendo a veinte horas el número de clases que debían dictar los profesores internos, pero mantuvo la diferencia entre profesores internos de dedicación exclusiva y no exclusiva. Que la diferencia radical que ha subsistido y subsiste, es que los profesores de dedicación exclusiva "según lo ordenado en el Acuerdo número 7 y lo pactado en la convención colectiva (se trata de documentos complementarios) no pueden prestar sus servicios a ningún otro plantel o entidad, cualquiera que sea la naturaleza del trabajo". En cambio, los de dedicación no exclusiva pueden hacer esto libremente. Solo que, a partir de lo acordado por el Consejo Directivo, desde que se promulgó la Resolución número ... de 31 de enero de 1964, esta posibilidad o el ejercicio de tal derecho han sido interferidos por la exigencia de un horario que no se pactó y que, en la práctica, ha resultado o puede resultar incompatible con las obligaciones impuestas unilateralmente a sus profesores.

En el capítulo que denomina "consideraciones generales", verifica un extenso y detenido examen de las razones aducidas por el Tribunal para fundamentar su decisión de no acceder a lo pedido en el punto tercero del pliego. Hace los reparos que estima conducentes en relación con las tesis sostenidas por el Tribunal, y aduce razones de distinto orden, tendientes a demostrar la legalidad y justicia para que se acceda a lo pedido.

El recurrente, concluye su alegato, así:

"Se deduce de lo expuesto que la cláusula de *exclusividad* impuesta, unilateralmente, por la Universidad de Antioquia, conforme al Acuerdo número 7 del honorable Consejo Directivo, viola, directa o indirectamente, las siguientes disposiciones:

"a) La Ley 43 de 1945 sobre el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, en los aspectos o por los motivos anotados.

"b) El reglamento ejecutivo, contenido particularmente en el artículo 33 del Decreto ejecutivo 30 de 1948, el cual solo exige a los profesores *oficiales,* para disfrutar de la calidad de profesores *internos,* que dicten *hasta* 20 horas semanales de clases y llenen las funciones de directores de grupo.

"c) Indirectamente, lo dispuesto en los artículos 38 de la Ley 153 de 1887 y 19 del Decreto 2127 de 1945.

"d) Lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 2127 de 1945, sobre usos regionales y otros.

"e) Indirectamente, las normas sobre compatibilidad de la función docente en diversos lugares o establecimientos, consagradas, en particular, en el Decreto 1713 de 1960 y concordantes.

"Obvio es que los casos contemplados en la ley no son hipótesis de imposible realización, por sustracción de hecho a su materia.

"f) Las demás disposiciones citadas, en lo pertinente, junto con las reglas generales de derecho contenidas en las mismas.

"g) *Referidas todas esas normas, y las concordantes no citadas expresamente, a la norma superior de la cultura, ellas se vinculan, de tal suerte, a una sola y más trascendental violación: la del artículo 17 de la Carta (Acto legislativo número 1 de 1963), que determina y exige especial protección del Estado para los trabajadores.*

"El efecto inmediato de tales violaciones, directas e indirectas de la ley, es la invalidez o nulidad del Acuerdo número 7 citado, en lo relativo a las cláusulas sobre *exclusividad* de servicios docentes.

"Nulidad que opera, de acuerdo con los principios generales, y, concretamente, conforme a las normas legales y reglamentarias citadas, particularmente las contenidas en el Decreto 2127 de 1945.

"Nulidad que, conforme a los mismos preceptos, no se purga o sanea por el transcurso del tiempo, ni por la adhesión 'libre' que pudieran haber firmado los profesores al Acuerdo objetado, bien individualmente, bien a través de una convención colectiva, bien por señalarse como válido dicho Acuerdo, en lo pertinente, por un fallo arbitral.

"La consecuencia mediata es que el fallo es inexequible o anulable, en relación con lo dispuesto acerca del Acuerdo número 7 citado, sobre *exclusividad* en los servicios docentes del Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia (Arts. 458 del C. S. del T. y 142 del Código del P. del T.)".

Se estudia la acusación.

El laudo decidió el punto tercero del pliego de peticiones, en el sentido de no acceder a abolir el Acuerdo número 7 de 21 de febrero de 1961 emanado del Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia. Siendo ello así, resulta improcedente la impugnación que se examina, pues tal decisión no puede vulnerar la ley.

Al efecto, bastan las siguientes consideraciones:

A) La situación real y vigente al tiempo de la presentación del pliego de peticiones que dio origen al conflicto, era la de que la Universidad por intermedio de su Consejo Directivo, había expedido el Acuerdo número 7 de fecha 21 de febrero de 1961, que estableció normas sobre clasificación, incompatibilidades y condiciones de trabajo para el profesorado del Liceo Antioqueño. La clasificación, en profesores internos exclusivos y no exclusivos, se mantiene a través de los textos que integran las cláusulas acordadas por la Universidad y el "Colegio de Profesores de la Universidad de Antioquia", en las convenciones colectivas celebradas por estas partes, la primera el 18 de mayo de 1962 (folios 109 y 110), y la última, con fecha 5 de junio de 1963 (folios 128 y 129), que, precisamente, fue denunciada por el Sindicato, para dar campo a la celebración de una nueva convención, mediante la presentación del correspondiente pliego de peticiones.

B) La regulación de que trata el punto anterior, principalmente en lo que concierne a la clasificación del profesorado del Liceo en exclusivo y no exclusivo, consagra disposiciones que se refieren a las condiciones generales de trabajo de los servidores del mencionado instituto docente. Por tanto la solicitud sobre abolición del Acuerdo número 7 de 1961 constituye materia propia para ser consignada en un pliego de peticiones, porque busca una modificación para mejorar las condiciones de trabajo existentes.

C) Sin embargo, el laudo no accedió a decretar la abolición del Acuerdo número 7 ya mencionado. El no acceder a lo pedido, equivale a mantener en vigencia la regulación anterior.

D) *En los conflictos colectivos de trabajo, sometidos a arbitraje, los árbitros están obligados a decidir todos los puntos que constituyen su objeto, pero no a conceder lo pedido. Ellos deben tomar la determinación que estimen justa, equitativa y conveniente. Si acceden a lo pedido, la decisión que será normativa de derechos y situaciones jurídicas futuras, deberá atemperarse a la materia sometida a su juicio para no extralimitar sus funciones y, además, cuidar que no afecte derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes.*

En cambio, si resuelven no conceder lo que se pide o solicita, no existe posibilidad de que con ello se viole la Constitución o la ley, pues una decisión de esa índole no es creadora de nuevas situaciones jurídicas.

E) Si pudiera estimarse que la norma o regulación preexistente a la iniciación del conflicto colectivo, cuya abolición se solicita en el pliego de peticiones, vulnera principios de jerarquía superior consagrados en la Constitución o la ley, ello es cuestión que no depende ni puede imputarse a la decisión arbitral que no acceda a suprimirla, pues no es función de los árbitros decidir sobre la exequibilidad de la norma o reglamento.

F) *De lo anterior se concluye que solo una decisión positiva, creadora o modificadora de las condiciones generales de trabajo de las partes en conflicto, puede ser susceptible de revisarse en sede de homologación, por violación de la Constitución o de la ley.*

Seguramente, así lo entendió el apoderado de la parte recurrente, cuando al desarrollar la acusación dirige todo su razonamiento a demostrar, no la ilegalidad de la decisión contenida en el punto séptimo del laudo, sino la inconstitucionalidad e ilegalidad de que, en su concepto, adolece el Acuerdo número 7 de 1961, del Consejo Directivo de la Universidad de Antioquia.

Por lo expuesto, se rechaza la acusación y habrá de homologarse lo resuelto en el laudo sobre el punto a que se contrae el cargo examinado.

La Sala estima que las demás disposiciones del laudo no contrarían la ley, ni exceden los límites del poder arbitral, por lo cual deben también homologarse.

Por tanto, mediante la sola anulación de lo que resulta contrario a la ley, según se vio al examinar la primera acusación, el laudo queda despojado de los vicios que lo afectan, manteniéndose la subsistencia, en lo demás, respecto a lo resuelto en los puntos primero, segundo y tercero, sobre aumento de sueldos.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Se declara inexequible la decisión contenida en el punto primero del laudo de fecha 6 de agosto de 1964 proferido en el conflicto surgido entre el "Colegio de Profesores de la Universidad de Antioquia" y la misma institución, en la parte que dispone lo siguiente: "con una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas a la semana y con veinte (20) horas de clases semanales obligatorias".

Segundo. Declárase inexequible la decisión del punto segundo del laudo, en la parte que dispone lo siguiente: "todo en consideración a una jornada de cuarenta y cuatro (44) horas semanales y con seis (6) horas de clase obligatorias a la semana".

Tercero. Declárase inexequible la decisión del punto tercero del laudo, en la parte que dispone lo siguiente: "dentro de su jornada de cuarenta y cuatro (44) horas semanales".

Cuarto. Se homologan las demás disposiciones del laudo.

Copia de esta sentencia y del fallo arbitral se remitirán al Ministerio del Trabajo, para su custodia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



INDEMNIZACION DE LUCRO CESANTE POR DESPIDO ILEGAL

Error de hecho que no incide en la parte resolutiva de la sentencia. — Certificado médico a la terminación del contrato de trabajo y sanción moratoria por su omisión. — Ineficacia de las pruebas no enunciadas ni decretadas oportunamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 9 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

José Manuel Galván trabajó al servicio de la sociedad Llano Equipment Corporation en dos oportunidades distintas, ambas muy breves. Inicialmente, del 30 de agosto al 2 de septiembre de 1961 (4 días), y luego del 17 de enero al 16 de marzo de 1962 (59 días). Afirma que en la primera ocasión su contrato fue verbal y terminó "por disposición de dicha empresa"; y que en la segunda fue escrito, con estipulación de período de prueba para "el trabajador que por primera vez ingrese a la empresa" y con cláusula de reserva, habiendo terminado por despido para el cual invocó la sociedad aquel período de prueba, sin advertir que era inoperante por no ser la vez primera que trabajaba en sus dependencias. En consecuencia, reclamé judicialmente "el valor del lucro cesante correspondiente al primer contrato de trabajo, comprendido entre el 3 de septiembre de 1961 hasta el 16 de enero de 1962" y "la indemnización moratoria por no pago de la misma indemnización"; y en relación con el segundo contrato, el equivalente de los cuarenta y cinco días de preaviso, el reajuste de prestaciones por no haberse incluido un salario en especie, y la indemnización moratoria por habérsele negado el certificado médico de retiro.

La demandada se opuso, sin aceptar ni negar el primer contrato mencionado; justificando el último despido por tratarse de un trabajador en prueba, según el contrato escrito que acompañó a su respuesta; negando la omisión del examen médico de retiro, con base en el certificado de la Clínica Bautista, que igualmente acompañó (pero que, en vez de ser el de retiro fue el certificado médico de ingreso) y rechazando las demás pretensiones del actor.

Trabada la litis ante el Juzgado 3º del Trabajo de Barranquilla, éste en su fallo condenó a la empresa a pagar la indemnización del lucro cesante por el primer despido ($ 3.010.80); los salarios caídos, por pretermisión del certificado médico de retiro ($ 28.95 diarios, a partir del 17 de marzo de 1962), y las costas, absolviéndola por los demás conceptos. Por apelación de la sociedad, conoció del asunto el Tribunal Superior de Barranquilla, el cual reformó la decisión del *a quo* en el sentido de revocar la condena por lucro cesante relacionada con el primer contrato, por indemnización moratoria y por costas, y condenar en cambio al pago de los cuarenta y cinco días de preaviso, correspondientes al segundo contrato ($ 767.50, elevados, por corrección de error aritmético, a $ 967.50).

El actor ha recurrido en casación para impugnar parcialmente esta última sentencia "en cuanto al reformar la... del *a quo* condenando tan solo al valor de un preaviso de 45 días y absolviendo por los demás extremos de la litis, revocó las condenaciones del Juzgado sobre lucro cesante e indemnización moratoria", a fin de que se infirme aquella absolución y se confirmen tales condenaciones en instancia. Formula al efecto dos cargos, el primero referente al lucro cesante y el segundo a la indemnización por mora, que la Sala procede a estudiar en su orden.

Primer cargo.

El recurrente acusa la sentencia de violar indirectamente el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, en relación con los artículos 61, 66, 76, 77 y 80

ibídem, que se aplicaron indebidamente, a consecuencia de haberse dado por probada la estipulación escrita del período de prueba en el primer contrato con base en un documento "que legalmente no tiene el carácter de prueba... pues esta pieza ni fue relacionada en la contestación de la demanda, ni decretada en la primera audiencia de trámite ni por auto alguno de los juzgadores, ni podía producirse en la segunda instancia conforme al artículo 83 del Código Procesal del Trabajo ni, en una palabra, existe legalmente en el proceso". Hubo, pues, apreciación equivocada de la contestación de la demanda; del decreto de pruebas; de la liquidación y recibo de prestaciones; del aludido documento "aportado ilegalmente... por la demandada ante el Tribunal Superior de Barranquilla", y del auto de esta misma entidad que denegó la práctica de nuevas pruebas. Agrega el impugnador que la mala apreciación de tales pruebas hizo incurrir también al sentenciador en otro error de hecho: "dar por establecido, cuando ninguna prueba lo acredita así, que ese primer contrato terminó por determinación del patrono conforme a esa cláusula" (la de prueba).

SE CONSIDERA

En lo pertinente, la motivación del *ad quem* para revocar la condena por lucro cesante se funda exclusivamente en el documento cuya estimación glosa el acusador. "De los documentos y contratos que obran en el informativo —se lee en la sentencia— se desprende con claridad que el actor estuvo sirviéndole en dos períodos a la empresa así: el primero sirvió del 30 de agosto al 2 de septiembre de 1961. Hay constancia (folio 3) de que la empresa pagó los salarios y las prestaciones correspondientes al señor Galván por lo que en ese primer contrato no cabe el pago de salarios caídos de que trata la demanda. Además en el segundo cuaderno del informativo hay un contrato escrito obrante de folio 8 a folio 10 en que en la cláusula 7ª se hace constar el período de prueba por 60 días, y habiendo trabajado el señor Galván sólo 4 días la empresa estaba en todo su derecho para retirarlo de acuerdo al contrato a que se ha hecho referencia, y además por el documento obrante a folio 3 del cuaderno principal se concluye que la empresa cumplió a cabalidad lo ordenado por el Código Sustantivo del Trabajo en los contratos de esa índole". Argumentación que concluye así: "Resuelto el primer contrato, y definido de que la empresa nada debe al trabajador, corresponde analizar el segundo período de labores, o sea el que está regulado por el contrato firmado el 17 de enero de 1962".

Ahora bien: en el cuaderno y folio indicados por el sentenciador se encuentra realmente el documento que invoca, aparentemente suscrito por el actor y en cuya cláusula 7ª se estipula "un término de prueba no inferior a sesenta días". Pero las piezas que el recurrente singulariza como mal apreciadas evidencian que dicho documento no fue anunciado en la contestación de la demanda, ni decretado por los juzgadores, ni producido en ninguna de las oportunidades previstas en la ley, sino sencillamente acompañado por el vocero de la empresa al resumen de sus alegaciones orales ante el Tribunal. Vale decir que no existe, para efectos del proceso, y que la sentencia que, estimándolo indebidamente, dio por demostrada la estipulación escrita del período de prueba en la primitiva relación laboral de Galván, incurrió en el manifiesto error de hecho que se le atribuye.

Ese error, sin embargo, no es suficiente para el quebrantamiento de la decisión recurrida porque la aplicación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo no depende de que haya o no contrato a prueba sino del "incumplimiento de lo pactado" y, en concreto, de la "ruptura unilateral e ilegal del contrato". A este aspecto del problema se refiere el otro error de hecho de que habla el cargo que se estudia: "dar por establecido, cuando ninguna prueba lo acredita así, que ese primer contrato terminó por determinación del patrono conforme a esa cláusula" (la 7ª del documento indebidamente apreciado).

La sentencia, como se ha visto, no afirma categóricamente el hecho del despido de Galván por la empresa, sino que fue "resuelto el primer contrato" y que "habiendo trabajado el señor Galván sólo cuatro días, la empresa estaba en todo su derecho para retirarlo de acuerdo al contrato". Pero ligando ambos conceptos, se infiere fácilmente que el *ad quem* tuvo la convicción, vagamente expresada, de que Galván fue despedido por la empresa sin preaviso, por considerarlo en prueba. Y como, de otra parte, el hecho del despido aparece demostrado en la liquidación y finiquito que cita el impugnador (elaborado, como es obvio, por la sociedad y de cuyo original ésta presentó la fotocopia visible a folio 30, con el visto bueno de su representante), en donde el trabajador declara: "Que entré a prestar mis servicios en la Compañía *Llano Colombia Corporation* el día 8-30-61 hasta el 9-2-61, fecha en la cual *me retiraron* (se subraya) de la empresa", también el segundo error de hecho que se imputa a la sentencia es evidente.

Sin esos errores, no se habría revocado la condena del *a quo* por el lucro cesante, ya que el despido de Galván no se justificó en el proceso.

Prospera el cargo.

Segundo cargo.

Lo hace consistir el recurrente en la violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, a consecuencia de un evidente error de hecho en que incurrió el sentenciador por mala apreciación de la demanda y de la liquidación de prestaciones, y por falta de apreciación de la contestación de la demanda, en lo pertinente, y del certificado sobre examen médico de ingreso, así como de las respectivas motivaciones del *a quo*. "El error de hecho —añade— consistió en no dar por establecido, cuando el material probatorio así lo demuestra, que la empresa demandada no hizo practicar a su extrabajador y demandante Galván, a la terminación del segundo contrato de trabajo, el examen médico de salida ni le expidió el correspondiente certificado médico de salud, a pesar de que le había practicado examen médico de ingreso".

SE CONSIDERA

Desde el libelo inicial, el actor pretendió fundar la petición sobre indemnización moratoria no en la falta o el retardo del pago de salarios y prestaciones, sino en la negativa de la empresa "a expedir el correspondiente certificado médico". Por eso el apoderado de la demandada, al contestar la imputación, no alegó el pago de las prestaciones y salarios debidos sino que dijo: "No es cierto. Al señor Galván se le hizo examinar por los médicos de la Clínica Bautista y se le dio el certificado correspondiente", agregando, en el capítulo de "pruebas": "También presento el certificado médico, en copia que se dejó para el archivo". Aunque el que presentó (F. 14) no fue el de salida sino el de ingreso.

La decisión condenatoria del Juzgado no tuvo otro fundamento:

"Como la empresa demandada no ha dado cumplimiento a las peticiones del trabajador, sobre el envío al médico, para que se llevara a cabo el examen de retiro, a que éste tiene derecho, y el apoderado de la empresa ha sostenido que sí fue enviado, y que le habían practicado el respectivo examen, y para acreditar su dicho, fue presentado un certificado expedido por el doctor Jaime Morse A., en que consta que al trabajador se le practicó el día 15 de enero del presente año, un examen físico completo; que también le fue hecha fotofluorografía del tórax y serología, con lo cual sólo quedó establecido que esos exámenes les fueron hechos el día antes que el trabajador quedó vinculado con la empresa en virtud del contrato existente, que opera al folio 17. Todo lo anterior nos lleva a la conclusión que la empresa demandada se ha hecho acreedora a la sanción que establece el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Es decir, que es el caso de condenarla a un día de salario, en favor del trabajador, por cada día de mora en el envío del trabajador donde el médico de la misma, para que le verifiquen los exámenes dejados de practicar, al momento del retiro, condena que será desde el día siguiente en que le fue cancelado su contrato de trabajo, o sea desde el día 17 de marzo del presente año, hasta el día en que se cumpla la obligación, a razón de $ 28.95 por cada día de mora".

Pero el *ad quem*, para infirmar el fallo de primer grado en cuanto a los salarios caídos arguyó: "...corresponde analizar el segundo período de labores o sea el que está regulado por el contrato firmado el 17 de enero de 1962. Ese contrato tuvo vigencia de la fecha mencionada hasta el 16 de marzo de 1962. Es decir, Galván laboró 59 días, y según el documento obrante a folio 4 la empresa le pagó las prestaciones y otras bonificaciones al trabajador. Si la empresa pagó lo que creyó deber al trabajador por prestaciones en este segundo contrato mal puede condenársele al pago de salarios caídos, pues en relación a este último asunto lo que se averigua es si la demandada debe pagar el resto del contrato presuntivo, o el pago de preaviso de 45 días según reza el contrato". Agregando al final: "En esa forma quedan resueltas las situaciones entre demandante y demandada, y no sin antes la Sala dejar constancia que en realidad por parte de la empresa no hubo mala fe como para haberla condenado al pago de salarios caídos, ya que hay demostración en que los períodos que sirvió el trabajador a la empresa, ésta le pagó a aquél lo que creyó deberle".

Tanto el error de hecho como el de juicio que el recurrente imputa al sentenciador no pueden ser más ostensibles: no solamente no dio por demostrado, estándolo, que al ingreso de Galván la empresa le hizo practicar examen médico ni estimó la notoria ausencia de pruebas respecto del examen de retiro por la Clínica Bautista, afirmado en la contestación de la demanda, sino que ni siquiera examinó esa faz del problema por considerar que la indemnización moratoria sub lite estaba referida por las partes o por el *a quo*

al pago de los salarios y de las prestaciones causados.

Con todo, hay un aspecto sustancial que el fallador de primer grado, para condenar; el de segunda instancia, para absolver, y aún el propio recurrente, para acusar, pasan por alto. *El inciso 3º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, impone la sanción moratoria al empleador "cuando no haga practicar al trabajador el examen médico y no le expida el correspondiente certificado de salud de que trata el ordinal 7º del artículo 57". Y tal disposición reza: "Son obligaciones especiales del patrono: ...7ª Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración del contrato, una certificación en que conste el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado; e igualmente, si el trabajador lo solicita, hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico. Se considera que el trabajador, por su culpa, elude, dificulta o dilata el examen, cuando transcurridos cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta donde el médico respectivo para la práctica del examen, a pesar de haber recibido la orden correspondiente".*

De donde la aplicabilidad de la sanción, en el evento que se estudia, no resulta de la sola concurrencia de los dos requisitos a que el a quo *y el acusador circunscriben su análisis (práctica de examen médico al ingreso o durante la vigencia del contrato, y ausencia del examen y certificados médicos de retiro), sino que, además, debe cumplirse una tercera exigencia: la de que el trabajador solicite el nuevo examen, "a la expiración del contrato".*

Desde luego, los juzgadores de instancia no dan por probada esta exigencia de la ley, pues no se ocupan en ella. Tampoco, en el cargo que se examina, el impugnador invoca como error de la sentencia no darla por demostrada, estándolo, ni singulariza las pruebas que pudieran acreditarla en los autos ni, finalmente, de las piezas procesales que determina para otros efectos (libelo inicial y su respuesta, liquidación de prestaciones y certificado médico de ingreso) surge en modo alguno la evidencia de que tal condición adicional se llenó.

En consecuencia, a pesar de que el recurrente acertó en su acusación, pues el sentenciador incurrió en el error que aquél le atribuye, ese error no incide en la parte resolutiva del fallo impugnado porque, aún suponiéndolo exento de la tacha, la decisión relacionada con la indemnización moratoria habría tenido que ser absolutoria, en virtud de las razones expresadas.

Se desestima 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, *casa parcialmente* la sentencia recurrida en cuanto, al reformar la de primer grado, revoca la condenación contenida en el ordinal primero de la misma, referente a la indemnización del lucro cesante y, en su lugar, como juzgador de instancia, *confirma* dicho ordinal. *No la casa* en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CESANTIA. — INDEMNIZACION MORATORIA. — DOCUMENTOS. — A QUIEN COMPETE SU RECONOCIMIENTO. — ERROR DE HECHO EVIDENTE

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 10 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Alvaro Giraldo Varela llamó a juicio ordinario laboral a la sociedad de responsabilidad limitada, denominada "Fabio Valencia Serna y Cía.", domiciliada en Bogotá, representada por su Gerente, para que con su audiencia fuera condenada a pagarle auxilio de cesantía e indemnización por mora.

En sus fundamentos de hecho la demanda afirma que Giraldo Varela le prestó servicios a la sociedad, como agente vendedor de pólizas de capitalización de Seguros Bolívar, desde el 1º de agosto de 1960 hasta el 1º de marzo de 1961; que durante ese tiempo devengó comisiones, a título de salarios, por la cantidad de $ 16.372.66, o sea un promedio mensual de $ 2.338.95; que al terminar el contrato el patrono no le pagó la cesantía que legalmente le corresponde.

La respuesta a la demanda acepta la vinculación laboral y el tiempo servido, manifestando que el contrato terminó el 8 de marzo de 1961, y negó los demás hechos.

La sentencia que decidió el litigio en primera instancia, dictada por el Juzgado 2º del Trabajo de Bogotá, condenó a la compañía a pagar al demandante la suma de $ 1.384.74 por cesantía, y a la de $ 77.96 diarios, a partir del 9 de marzo de 1961, a título de indemnización moratoria.

Apeló la parte vencida. La providencia que resolvió el recurso de alzada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocó la del inferior y, en su lugar declaró probada la excepción de pago en cuantía de $ 1.118.06, valor de las prestaciones sociales que el patrono confesó deber al demandante, consignada por aquél. Absolvió a la sociedad de los demás cargos.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el actor el recurso de casación; concedido éste y debidamente preparado, la Corte entra a decidirlo.

LA DEMANDA DEL RECURRENTE

Con invocación de la causal primera de casación, pide que se case la sentencia del *ad quem* y, en su lugar, que se condene a la sociedad a pagar al actor la suma de $ 1.364.05 o, en subsidio, la de $ 1.333.30, por auxilio de cesantía, y a la cantidad de $ 2.628.50 o, en su defecto, la de $ 2.153.90, por concepto de indemnización moratoria, previo descuento de la cantidad de $ 1.118.06, consignada por el patrono y recibida por el demandante; y por último, que en uno u otro caso, se impongan a la compañía las costas de las instancias y las del presente recurso.

Aduce un solo cargo, en el cual acusa la sentencia por violación indirecta de los artículos 22, 23, 32, 61, 127, 132, 249, 253 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, y del 2º del Decreto 0243 de 1951, por no haber sido aplicado en favor del demandante. La violación se produjo a causa de evidentes errores de hecho por errónea apreciación de unas pruebas e inestimación de otras.

Los errores fueron éstos: no dar por demostrado, estándolo: a) El monto del salario mensual promedio devengado por el demandante; y b) El valor de las sumas que la sociedad confesó haber pagado al actor por salarios durante el tiempo de la ejecución del contrato, y, por tanto, la asignación mensual en promedio.

Como pruebas erróneamente apreciadas enumera el cargo las siguientes: el documento del folio 22 y la confesión contenida en la respuesta dada por el Gerente de la sociedad a la pregunta tercera del pliego de posiciones. Y cita como pruebas no apreciadas los documentos de folios 14 y 15 y la confesión del personero de la compañía a que se refiere el numeral 6º de las pruebas que especifica la contestación a la demanda.

En sustentación del cargo, expone el recurrente:

I. *Pruebas mal apreciadas.*

Desestima la sentencia el documento del folio 22, suscrito por Carlos E. Ruiz Bautista, abogado de la compañía, quien, según confiesa en posiciones su gerente ejercía el cargo de contador, porque su firma es ilegible y, además, porque no puede comprometer a la empresa, pues no aparece que obrara como su representante al tenor del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo o que hubiera expedido el documento con la aquiescencia expresa o tácita de la sociedad. El rechazo de las dos pruebas llevó al Tribunal a la conclusión de que no estaba probado el salario.

Fue mal apreciado el documento, porque para que ofrezca valor probatorio la ley no exige que sea legible la firma de quien lo suscribe; tuvo su origen en la parte demandada, porque lo expidió su contador abogado y obró en el juicio sin que aquélla o éste lo hubieran redargüido de falso, habiéndose operado su reconocimiento tácito conforme a lo dispuesto por el artículo 645 del Código Judicial; el signatario del documento en la fecha en que lo expidió, desempeñaba el cargo de contador de la empresa, como lo confiesa su representante en posiciones. El documento determina las sumas devengadas por el actor durante el tiempo en que laboró al servicio de la sociedad, luego sí demuestra que el salario devengado por él ascendió a $ 16.372.66, lo que da un promedio mensual de $ 2.253, y uno diario de $ 74.10. Además, sólo el 13 de abril de 1961 consignó el patrono en favor del actor lo que confesó deberle por prestaciones sociales, con un retardo de un mes y cinco días, pues el contrato expiró el 8 de marzo del año citado. Efectuadas las correspondientes operaciones, resulta que al actor le corresponde la cantidad de $ 1.364.05 por auxilio de cesantía y $ 2.628.50 por salarios caídos. La acusación concluye que queda así demostrado el primer error de hecho.

II. *Pruebas no apreciadas.*

Dice el impugnante que si la Corte no halla demostrado el error de hecho alegado, debe acoger el segundo, proveniente de la inestimación de los medios probatorios antes enumerados, el cual sirve de base a la petición que, en subsidio, formula al señalar el alcance de la impugnación. Sostiene el acusador que el documento corriente a folios 14 y 15, acompañado a la respuesta a la demanda, no lo apreció la sentencia, como era su deber, según lo dispuesto por el artículo 597 del Código Judicial; que el documento detalla las sumas pagadas por la empresa al demandante, a título de comisiones, durante la vigencia del contrato, y tiene el valor de confesión judicial al tenor de lo previsto en el artículo 607 *ibídem;* que de haberlo estimado el fallador no habría podido afirmar, sin incurrir en error de hecho, que el actor no había demostrado en el juicio el salario, sino al contrario, aceptar que el patrono le había pagado por tal concepto la cantidad de $ 13.415.90, o sea un promedio mensual de $ 1.846.20, del cual resulta una asignación diaria de $ 61.54. Concluye que hecha la liquidación de la cesantía con tales bases, al actor le corresponde la suma de $ 1.233.30, y por salarios caídos, la de $ 2.153.90. El último guarismo representa el valor de la retribución durante un mes y cinco días, tiempo de la mora en que incurrió la empresa.

La parte opositora se opone a la prosperidad del cargo, y al efecto alega: no es cierto que el gerente de la compañía hubiera aceptado que el salario devengado por el actor alcanzó a la suma de $ 16.372.66, como lo afirma el recurrente, y es fácil constatarlo leyendo las respuestas que dio a las preguntas quinta y siguientes del cuadro de posiciones.

Sobre los extremos de la litis a que el cargo se refiere dice el Tribunal:

No hay en el juicio medios probatorios que acrediten el salario devengado por el actor al servicio de la compañía ni es pertinente acoger el mínimo legal por no estar demostrado que aquél trabajó durante la jornada ordinaria, presupuesto indispensable para que opere ese tipo de asignación.

No ofrece mérito probatorio alguno el documento del folio 22, como lo afirma el Juzgado con aplicación del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, porque es ilegible la firma de quien lo suscribe y porque si corresponde al nombre de Carlos E. Ruiz Bautista, abogado que figura en el membrete de papel en que aparece la constancia de que da cuenta dicho documento, quien ejercía la función de contabilista de la sociedad según lo admite su representante en posiciones, la declaración que contiene no compromete al patrono; no es obvio como lo dice el fallo de primer grado, que el contador esté dotado de poder de autodecisión que lo haga aparecer como representante del empleador frente a sus trabajadores, de acuerdo con lo previsto en la citada norma legal, porque el contabilista no ejerce ese poder ni se ha probado que lo desempeñara con la aquiescencia expresa o tácita de la empresa.

En la diligencia de conciliación que obra en autos, el demandante afirmó que el sueldo devengado en la sociedad fue el de $ 1.118.06 en

promedio mensual, afirmación que no comprobó en el juicio.

Deduce de lo expuesto que en autos no tuvo comprobación el salario devengado de Giraldo, o sea que el contrato de trabajo que rigió entre las partes no se estableció en todos sus extremos esenciales, por lo cual las peticiones de la demanda no pueden prosperar.

El Juzgado condenó a la sociedad a pagar al actor la suma de $ 77.96 diarios, a título de indemnización moratoria, desde el 9 de marzo de 1961 hasta el día en que pague la cesantía a que también la condena, por no haber probado el pago de la prestación o la consignación de su valor. Sorprende esta decisión, ya que el actor admitió en posiciones que la empresa había consignado lo que en concepto de la Seccional del Trabajo le correspondía por cesantía, como lo acreditan las copias de las correspondientes diligencias de depósito, prueba pedida por la sociedad y decretada por el Juzgado, obrante en el juicio. Con relación a esas copias, agregadas al expediente con posterioridad al fallo de primer grado, dice el Tribunal que deben ser consideradas en segunda instancia, según la ley, y agrega: como el actor confiesa que la sociedad consignó a su favor la suma de $ 1.118.06 que estimaba deberle por prestaciones sociales y además que fue recibida por él, no hay lugar a aplicar la sanción de que habla el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Por tanto, se declarará probada de oficio la excepción perentoria de pago.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El documento del folio 22, escrito a máquina en hoja de papel con el membrete "Carlos E. Ruiz Bautista. Abogado", expresa, a título de constancia, que Alvaro Giraldo Varela entró a trabajar a la compañía el 1º de agosto de 1960, como su agente vendedor, y se le dio carta de retiro el 1º de marzo de 1961, habiendo ganado la suma de $ 16.372.66, que dividida por los meses de trabajo, da un promedio de $ 2.338.95. La constancia aparece extendida en Bogotá el 12 de marzo de 1961, firmada por el nombrado Ruiz Bautista; debajo de la firma se lee esta frase: "El Abogado".

2. La pregunta tercera del pliego de posiciones absuelto por el gerente de la compañía (F. 24) y su respuesta, son del tenor siguiente: "Diga el absolvente... ¿cómo es cierto, sí o no, que en marzo 12 de 1961 el señor Carlos E. Ruiz Bautista era contador de la sociedad Fabio Valencia Serna & Cía.?". Contestó: "Sí es cierto".

3. La pregunta quinta del mismo pliego y la respuesta, a que también se refiere en su alegato el recurrente, dicen: "Diga el absolvente... ¿cómo es cierto, sí o no, que durante el lapso comprendido entre el 1º de agosto de 1960 y el 1º de marzo de 1961, la sociedad 'Fabio Valencia Serna & Cía.' pagó al señor Alvaro Giraldo Varela por concepto de salarios o comisiones la suma de $ 16.372.66?". Se le exhibió al interrogado el documento del folio 22. La respuesta fue la siguiente: "No es cierto".

4. *Para que el documento privado se tenga por reconocido, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 645 del Código Judicial, se requiere que emane de la parte obligada o de su apoderado, y quien lo suscribe no reviste ninguna de las dos calidades. No puede, pues, hablarse de reconocimiento tácito, conforme a la disposición citada, como lo sostiene el acusador. Por lo demás, se ignora si fue creado por quien lo autoriza, pues no fue llamado a declarar en el juicio sobre su contenido y firma. Así las cosas, no era pertinente el reparo de que carece de todo mérito probatorio por no ser legible la firma del signatario, como lo asevera el Tribunal, pues el supuesto de hecho no es el previsto en la previsión legal mencionada.*

5. En la respuesta a la pregunta tercera de las posiciones admite el gerente de la compañía que Ruiz Bautista era su contador a la fecha del documento, pero en la contestación a la quinta no aceptó la veracidad de los hechos que atestigua ni reconoció su autenticidad. Por tales razones, la prueba en examen no tiene valor probatorio. De ahí que las expuestas por el Tribunal en el segundo de los fundamentos de la sentencia, no son conducentes. En efecto, no viene al caso indagar si Ruiz Bautista, al expedir el documento, actuaba en función directiva o administrativa, como representante del patrono, ya que en el proceso no se demostró la autenticidad del acto.

6. Aun aceptando que el documento pertenece a su autor, no por ello podría atribuírsele valor probatorio. Funda la Sala el concepto en estas consideraciones: Ruiz Bautista no expidió la constancia como contador de la empresa, sino como su abogado; en el supuesto de que la hubiera extendido como contabilista, no está diciendo en ella que sea un reflejo de lo que rezan los libros de contabilidad, previo examen de los mismos y según el contenido de sus asientos. La constancia apenas enuncia un dato y por ese motivo no es el testimonio cierto y evidente de que lo que en ella afirma conste en los libros.

7. Por último, afirma el documento que el empleado fue retirado del servicio por la em-

presa el 1º de marzo de 1961, y en el juicio se demostró que el contrato terminó por renuncia del trabajador el 8 de los mismos mes y año (F. 9), como lo anota la sentencia y lo admite el propio recurrente. Si el dato al respecto es inexacto, lo mismo habría podido ocurrir con el relativo a la cuantía de las comisiones, pues, como se ha visto, el documento no indica su fuente. A lo anterior conviene agregar que aquél no enuncia cuál fue la compañía en que prestó servicios el demandante, de manera que por este aspecto se muestra incierto e indeterminado.

De lo expuesto se concluye que no aparece demostrado el primer error de hecho que alega el acusador.

En cuanto al segundo error de hecho se observa:

8. El apoderado de la compañía, en la respuesta a la demanda, al relacionar las pruebas que en el juicio haría valer en su favor, incluyó (numeral 6º) la planilla acompañada al respectivo memorial, en la cual consta —dice— las sumas devengadas por el demandante durante el tiempo en que sirvió a su poderdante. La planilla, corriente a folios 14 y 15, detalla las ventas de pólizas de seguros realizadas por el actor, nombre de los compradores, fecha de las operaciones, su valor y el de las correspondientes comisiones, las cuales dan un total de $ 13.416.89. *Demuestra la prueba, que la sentencia no apreció, el salario devengado por el trabajador durante la vigencia del contrato; de haberla estimado no habría podido sostener que en el juicio no acreditó el demandante la cuantía de la asignación de que disfrutó mientras estuvo al servicio de la sociedad. Resulta, por tanto, acreditado el error de hecho evidente que alega la acusación.*

9. Consecuencia del error fue la absolución de la sociedad de la condena al pago de la indemnización moratoria. En efecto: está probado en el juicio que el contrato terminó el 8 de marzo de 1961, e igualmente que el 13 de abril del mismo año el patrono consignó judicialmente para el pago de la prestación la suma de $ 1.118.06; entre las dos fechas medió un lapso de un mes cinco días, y el depósito ha debido hacerlo el deudor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 del Código, a la expiración del vínculo. Era, por tanto, pertinente dar aplicación a la citada norma, durante el tiempo de la mora, como lo sostiene el recurrente.

10. En relación con la cesantía, su valor es igual al consignado por el patrono para su cancelación, entregado al acreedor, según consta en autos. Respecto de esta obligación, el *ad quem* declaró probada la excepción de pago, decisión que se ajusta a derecho. No hay, por consiguiente deuda pendiente por tal concepto, por lo cual, sobre este punto, el cargo no es atendible.

Prospera la acusación, pero sólo en cuanto al negar la súplica relativa a la indemnización por mora, viola el Tribunal la norma que la consagra.

FALLO DE INSTANCIA

Para sustentarlo son pertinentes las consideraciones expuestas al estudiar la demanda de casación. A ellas se agregan las siguientes:

El valor del salario durante la vigencia del contrato ascendió a la cantidad de $ 13.416.89 (Fs. 14 y 15); el tiempo de servicios fue el comprendido entre el 1º de agosto de 1960 y el 8 de marzo de 1961 (220 días). Efectuadas las operaciones aritméticas del caso, la asignación diaria en promedio, asciende a la suma de $ 60.95. Se dejó anotado que el tiempo de mora fue de un mes cinco días. El importe de la obligación es la cantidad de $ 2.133.25.

La prosperidad de las súplicas de la demanda impone la condena en costas de la parte vencida en el segundo grado y la confirmación de lo decidido al respecto en el de primero.

A mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrida en cuanto absuelve a la sociedad de la petición sobre pago de la indemnización moratoria y, en su lugar, confirma la de primer grado, con la reforma de que el monto de la deuda por tal concepto asciende a la suma de dos mil ciento treinta y tres pesos, veinticinco centavos ($ 2.133.25) moneda corriente, y la revoca en cuanto a la condena por cesantía. *No la casa* en lo demás.

Se confirma la condena en costas de la sociedad demandada, contenida en el fallo de primer grado. Corren también de su cuenta las causadas en la segunda instancia.

Sin costas en el recurso de casación.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDEMNIZACION POR RUPTURA UNILATERAL E INJUSTA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Objeto de la casación laboral. — Fundamento de la demanda de reconvención.

Es sabido que la jurisprudencia cuya unificación tiene como misión la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es la nacional del trabajo, por lo cual deben señalarse como violadas en casación normas sustantivas laborales para la efectividad de los cargos en el recurso. Fue jurisprudencia constante del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, acogida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en estos casos, cuando no se señalan como violadas normas sustantivas laborales no puede prosperar el recurso.

Al respecto, véase la sentencia de esta Sala del 27 de enero de 1960.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 12 de 1964.

(Proyectó: doctor José Eduardo Gnecco C. Auxiliar de Casación Laboral).

Nelson Fernández Cuello demandó por la vía ordinaria laboral a la Cooperativa Ferroviaria del Magdalena Ltda., para que se la condenara a pagarle auxilio de cesantía, sueldos devengados en el desempeño de la Gerencia en forma simultánea con el cargo de contador; primas de servicio, remuneración correspondiente al término presuntivo de seis meses por haber roto el demandado el contrato de trabajo en forma intespectiva (sic) e injusta o en subsidio el valor correspondiente a 45 días de trabajo por no haber preavisado el demandado al demandante la terminación del contrato de trabajo; indemnización por violación injusta unilateral del contrato de trabajo; indemnización por mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales, más la devolución de los descuentos ilegales, los intereses y las costas del juicio.

Como hechos presentó, en resumen, los siguientes: Nelson Fernández Cuello prestó sus servicios a la Cooperativa Ferroviaria del Magdalena Ltda., desde el 8 de agosto de 1950 hasta el 22 de agosto de 1955, fecha en que fue retirado sin justa causa, sin ser preavisado y rompiendo la Cooperativa unilateralmente el contrato de trabajo; su último sueldo fue de $ 450.00 como contador; del 18 de julio al 18 de agosto de 1955 desempeñó los cargos de contador y gerente simultáneamente; el demandado no le pagó al demandante lo que le correspondía por concepto de cesantía, primas, la diferencia de sueldo por el desempeño del cargo de gerente y contador simultáneamente, y en cambio se le hicieron descuentos en forma ilegal y desproporcionada.

El demandado manifestó en la contestación de la demanda que el despido fue justo, debido a algunos hechos delictivos imputados a Fernández Cuello, viéndose la Cooperativa precisada a presentar denuncia criminal contra él. En relación con el pago de las prestaciones, afirmó que se le había cancelado más de lo que le correspondía, habiéndose deducido una suma para el Banco Popular y para la misma Cooperativa, en el porcentaje señalado por la ley. Propuso como excepciones dilatorias las de inepta demanda, ilegitimidad de la personería adjetiva de las partes y declinatoria de jurisdicción. Como perentorias, las de pago, compensación, carencia de acción, prescripción y la genérica.

La Cooperativa presentó contra el demandante demanda de reconvención, para que se le condenara a pagar la suma de $ 3.744.69, o la que corresponda, más los intereses, por préstamos hechos en consideración al contrato laboral que existió entre las partes; los perjuicios sufridos con ocasión de hechos ilícitos imputados al demandado y las costas del juicio. La demanda de reconvención se fundamenta en los hechos siguientes: haber recibido Fernández de la Cooperativa mercancías, víveres, dinero a créditos

que le fueron concedidos como empleado de dicha Cooperativa y en consideración al contrato de trabajo; del valor de sus prestaciones se le descontó únicamente el 50% o sea la suma de $ 595.55, quedando un saldo en su contra de $ 3.744.69; el despido de Fernández se debió a grandes faltantes en los inventarios de mercancías, poniéndose el respectivo denuncio criminal; los hechos ilícitos causaron perjuicios a la Cooperativa, consistentes en faltantes de mercancías y víveres.

En la contestación de la demanda de reconvención el demandante negó los hechos arriba resumidos y propuso las excepciones de inepta demanda, ilegitimidad en la personería sustantiva y adjetiva y otras que se presentarían en su oportunidad.

El juicio fue decidido por el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta en sentencia cuya parte resolutiva dijo lo siguiente: "1º Condenar a la Cooperativa Ferroviaria del Magdalena Ltda. a pagar al demandante señor Nelson Fernández Cuello las siguientes sumas: la de dos mil cuatrocientos noventa pesos ($ 2.490) por el tiempo faltante para el vencimiento del contrato presuntivo de trabajo; la suma de doscientos cinco pesos con veinticinco centavos ($ 205.25) como cesantía que hubiera recibido si no se hubiera violado el contrato de trabajo, y doscientos veinticinco pesos ($ 225.00) como prima semestral. 2º Igualmente se condena a la misma Cooperativa a la devolución de la suma de doscientos setenta pesos ($ 270.00) descontados que le fueron de las prestaciones pagadas indebidamente. 3º No se accede a las demás solicitudes del demandante. 4º Igualmente no se accede a las solicitudes hechas por el apoderado de la parte demandada en la demanda de reconvención. Con costas".

De la sentencia apelaron ambas partes. El recurso fue decidido por el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Laboral, en sentencia que modificó la de primera instancia en el sentido de condenar a la empresa demandada a pagar la suma de $ 2.370 como indemnización por la ruptura unilateral e injusta del contrato de trabajo; absolvió a la Cooperativa de los demás cargos de la demanda, y al demandante de los cargos formulados en la demanda de reconvención. No hizo condena en costas.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el apoderado de la Cooperativa el recurso de casación, el cual fue concedido previo avalúo pericial de la cuantía de las demandas, alcanzando únicamente la de reconvención la cuantía necesaria para el recurso. Elevados los autos a esta Superioridad, la Corte lo admitió, previa la aclaración de que ha debido concederse de conformidad con el artículo 9º del Decreto legislativo 1762 de 1956, y no con base en lo dispuesto por el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral. Surtido el trámite de rigor, la Corte decidirá el recurso.

LA DEMANDA DE CASACION

Persigue el quebranto parcial de la sentencia proferida por el Tribunal, en cuanto por ella se absuelve a Nelson Fernández Cuello de los cargos formulados en la demanda de reconvención y en su lugar, procediendo la Corte como Tribunal de instancia, revoque el ordinal 4º de la de primer grado y condene al señor Nelson Fernández Cuello a pagar a la Cooperativa la cantidad de $ 3.744.69, por concepto de préstamo que le hizo al demandado.

Invoca la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo y formula un solo cargo.

Unico cargo.

La sentencia acusada viola, por vía indirecta, los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 1752, 1761, 1769, 2221 y 1627 del Código Civil, a través del quebrantamiento del artículo 645 del Código Judicial al dejar de aplicarlos a situaciones de hecho clara y precisamente sometidas a su regulación, por haber incurrido el honorable Tribunal de Santa Marta —Sala Laboral— en ostensibles errores de hecho al apreciar las pruebas aportadas al juicio. Estas pruebas son:

a) Certificación expedida por el contador de la Cooperativa Ferroviaria del Magdalena Limitada con fecha 20 de marzo de 1956 (folios 9 y 10);

b) Documento suscrito por Nelson Fernández Cuello, de fecha 26 de septiembre de 1955, no redargüido de falso (folios 15 y 16).

Por haber apreciado equivocadamente estas pruebas el Tribunal no dio por demostrada la existencia de la deuda de plazo vencido en cuantía de $ 3.744.69 a cargo de Nelson Fernández Cuello, incurriendo en error de hecho ostensible que condujo al quebrantamiento de las normas sustantivas mencionadas, violación que incidió en la parte resolutiva del fallo acusado.

LA SALA OBSERVA

El recurrente no menciona ninguna norma sustantiva de orden laboral que se hubiese vio-

lado por el Tribunal Superior de Santa Marta. Es sabido que la jurisprudencia cuya unificación tiene como misión la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es la nacional del trabajo, por lo cual deben señalarse como violadas en casación normas sustantivas laborales para la efectividad de los cargos en el recurso. Fue jurisprudencia constante del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, acogida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en estos casos, cuando no se señalan como violadas normas sustantivas laborales, no puede prosperar el recurso.

Así, dijo la Sala de Casación Laboral en sentencia de enero 27 de 1960:

"Conforme al artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral, el objeto del recurso extraordinario es unificar la jurisprudencia nacional del trabajo, de modo que no caen bajo su esfera de competencia leyes sustantivas de naturaleza distinta, como las que revistan tal carácter pertenecientes al Código Civil o a otras leyes de índole material, extrañas al derecho social.

"Es posible la acusación de disposiciones legales que correspondan a ramas distintas de la de trabajo, cuando se presentan como violaciones de medio, de manera que sirvan de antecedentes a las de naturaleza laboral, llegándose a la infracción de éstas como una consecuencia de las de primera categoría. Pero en tal caso, las últimas es preciso determinarlas concretamente.

"Sobre el particular el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina acogida por esta Sala, contenida entre otros fallos, en el de 26 de febrero de 1951. (G. del T., Tomo VI), cuyo tenor es el siguiente:

"La infracción de disposiciones del Código Civil no es suficiente para desquiciar la sentencia que con base en ellas se impugne, aún en el supuesto de demostrarse su violación, porque para que sea procedente el ataque en casación, es necesario que al mismo tiempo se señalen como infringidas las respectivas disposiciones sustantivas de derecho del trabajo que resulten igualmente violadas. El objeto de la casación del trabajo es la unificación de la jurisprudencia nacional en esta materia".

No es óbice para aplicar esta doctrina que la demanda de casación sea presentada por el demandado por no haberse acogido las peticiones de la demanda de reconvención, pues la contrademanda debe tener como fundamento la misma fuente de la demanda principal. Y como la jurisdicción del trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo, salvo los casos de excepción señalados en normas especiales, la demanda de reconvención debe referirse forzosamente, en forma directa o indirecta, a obligaciones surgidas con motivo de la ejecución del contrato de trabajo.

Habiendo el recurrente omitido señalar como violadas normas sustantivas del trabajo, debe rechazarse el cargo, como en efecto se hace.

En mérito de las consideraciones 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, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LA EMPRESA. — SU NOCION LEGAL SUPONE RELACIONES DE TRABAJO DEPENDIENTE. — PRESCRIPCION DE ACCIONES LABORALES

Apreciación equivocada del certificado expedido por una Cámara de Comercio. — Equivocado planteamiento del recurrente al no fundar en las normas pertinentes de derecho material su reclamación de prestaciones sociales. — Cuándo cabe la acusación por interpretación errónea.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 14 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Adán Arriaga Andrade).

Ante el Juzgado 1º del Trabajo de Cartagena, el señor Armando Vega Montes adelantó un juicio ordinario laboral contra la Compañía Harinera Industrial Limitada, encaminado a obtener el reconocimiento de pensión de jubilación, cesantía adicional, vacaciones y primas, alegando haber sido su agente vendedor en Medellín (suyo, directamente, y antes de las sociedades denominadas Empresa Harinera de Cartagena S. A. y Compañía Agrícola Industrial Limitada, que la precedieron en la explotación de la misma empresa) por cerca de veinticinco años.

El Juzgado del conocimiento aceptó como probados los servicios del actor por más de veintitrés años (del 18 de agosto de 1933 al 26 de noviembre de 1956) y la unidad de empresa a través de las mutaciones sociales; pero, apoyándose en un certificado de la Cámara de Comercio de Medellín en el que consta que Vega, de 1939 a 1950, estaba "inscrito en el registro público de comercio como único dueño de una oficina de representaciones de casas extranjeras" (F. 147), dedujo que en ese lapso había constituido por sí mismo una empresa comercial, lo que impedía tenerlo como empleado en razón de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 48 de 1946 y que, además, conforme al artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente desde el 1º de enero de 1951, para ser considerado como tal se requería una licencia oficial, que no adujo. En consecuencia, hallando extinguidos por prescripción los derechos laborales correspondientes al tiempo anterior a la citada Ley 48 (1933 a 1945), el *a quo* absolvió a la demandada y condenó en las costas al actor.

Por apelación de este último, subió el negocio al Tribunal Superior de Cartagena, corporación que confirmó el fallo de primer grado, sin agravar las costas, en providencia que es materia del recurso que ahora se va a decidir.

El apoderado del señor Vega, único recurrente, formula dos cargos contra la mencionada sentencia del *ad quem*, para que, una vez casada, se acceda a las peticiones iniciales.

Primer cargo.

"La sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio de la referencia, es violatoria, por infracción directa del artículo 1º de la Ley 48 de 1946, así como del 98 del Código Sustantivo del Trabajo, disposiciones citadas expresamente en la sentencia impugnada, por cuanto las mismas se refieren claramente a aquellas personas que se dedican a ejercer exclusivamente la profesión de agentes o representantes de empresas establecidas en el país, o sea pues, empleados o dependientes de aquellas empresas para las cuales trabajan, siempre y cuando que se dediquen exclusivamente al ejercicio de su profesión y no constituyan por sí mismos, una empresa comercial, circunstancia que es necesario probar en debida forma, pues no basta el hecho simple y llano de un certificado, expedido por una entidad de registro público como lo es la Cámara de Comercio, pues este hecho simplemente prueba que la persona a que se refiere el certificado, está inscrita como comerciante, pero no prueba el que en realidad esté

dedicado al ejercicio de dicha profesión, que sea un comerciante; al manifestar lo anterior, me estoy refiriendo concretamente al certificado que obra a folio 147 del expediente, expedido por la Cámara de Comercio de Medellín el 6 de noviembre de 1957, documento al cual se le dio una apreciación errónea, un alcance que no tiene y en el cual se basó la providencia que aquí impugno".

El opositor, a su turno, se expresa así: "En primer lugar, cabe observar la contradicción en que incurre el impugnador cuando, no obstante haber formulado esta acusación sobre la hipótesis de la *violación directa* de la ley, sostiene en la parte final que la supuesta transgresión se debió a una apreciación errónea del certificado que obra en autos, expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, con lo cual sitúa automáticamente el cargo dentro del terreno de las infracciones indirectas, que son las que se dan por errores de hecho o de derecho a consecuencia de la falta de apreciación o de la apreciación equivocada de los elementos probatorios del proceso". Transcribe enseguida algunas jurisprudencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Sala, sobre la materia, y agrega:

"Queda evidenciado, pues, que el recurrente al iniciar el cargo por el supuesto de la violación directa y terminarlo alegando un hipotético error en la apreciación probatoria, que lo sitúa dentro de los linderos de la infracción indirecta de la ley, incurrió en una contradicción que por sí sola hace inadmisible esa acusación.

"Por si ello no fuera suficiente, como lo es, para desechar ese cargo, conviene relievar cómo la sentencia acusada hizo una apreciación inobjetable del certificado expedido por la Cámara del Comercio de Medellín, visible a folio 147 del primer cuaderno del juicio, documento del cual se desprende inequivocadamente que el demandante ha estado inscrito en aquella Cámara como dueño de una oficina o empresa de representaciones y viene figurando, además, como comerciante en ejercicio desde el año de 1939, lo que lo coloca fuera de condición de empleado particular conforme a los ordenamientos de la Ley 48 de 1946 (anterior a la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo) y del artículo 98 del citado Código, tal como quedó después de la reforma que le fue introducida por el artículo 3º del Decreto 3129 de 1956.

"Pero hay otra consideración que por sí sola demuestra la impropiedad o ineptitud del cargo que se analiza. En efecto, el recurrente se limitó a acusar la sentencia, en la forma contradictoria que ya se ha anotado, por supuesta violación del artículo 1º de la Ley 48 de 1946 y del artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, sin tener en cuenta que aún dentro de la hipótesis de que se hubiera consumado tal violación y de que el cargo formulado hubiera sido idóneo, desde el punto de vista de la técnica de casación, quedaba pendiente la precisa indicación de las disposiciones consagratorias de los derechos que pretende, es decir, que si aspiraba a cesantía, a jubilación, a vacaciones, etc. etc., tenía que señalar como violadas, consecuencialmente, las respectivas disposiciones consagratorias de esos derechos. Pues de otro modo, el cargo quedaba circunscrito a una violación sin consecuencias, ya que la Corte no podría en tal evento, entrar oficiosamente a averiguar cuáles eran esas normas y en qué forma fueron quebrantadas por el sentenciador.

"Esto último lo expongo a mayor abundamiento: pues, como creo haberlo demostrado al principio, el cargo ni está presentado con sujeción a la técnica, ni tiene fundamento desde el punto de vista objetivo o de derecho sustancial, lo que lo hace totalmente inadmisible.

"En consecuencia, solicito a esa Superioridad rechazar la impugnación que dejo refutada".

SE CONSIDERA

Aunque al formular el cargo incurre el impugnador en la impropiedad de vincular la infracción directa de la ley, atribuida a la sentencia, con errores de hecho provenientes de una defectuosa estimación de las pruebas, no cabe duda de que pone todo el énfasis en este último aspecto. Un excesivo rigorismo técnico permitiría, como lo pide el opositor, desestimar el gravamen por la sola utilización del término "directo", que es inconciliable con las infracciones que se invocan como consecuenciales de una mala apreciación de los hechos controvertidos. Pero cuando el texto completo de la acusación indica, como en el presente caso, que es una errada estimación probatoria lo que se intenta destacar, bien puede el Tribunal de casación pasar por alto aquella impropiedad para examinar el motivo capital del reparo.

Ahora bien: la única prueba en que tanto el Juzgado del conocimiento como el juzgador colegiado de segunda instancia apoyan su convicción de haber constituido el señor Vega por sí mismo, una empresa comercial, es la que indica el recurrente como erróneamente apreciada, es decir, el certificado de la Cámara de Comercio de Medellín.

Se lee en la sentencia impugnada:

"A fin de establecer qué relación laboral existió entre el demandante y la empresa demandada y deducir cuáles las obligaciones que a ésta corresponden, el inferior hace el siguiente análisis, que a la letra dice:

" 'Antes de entrar a regir el Código Sustantivo del Trabajo, el 1º de enero de 1951, regía para los representantes de empresas el artículo 1º de la Ley 48 de 1946, que es del siguiente tenor:

" 'Son empleados de la empresa o empresas establecidas o que se establezcan en el país, los representantes y agentes viajeros que sean personas naturales, cuando se dedican exclusivamente al ejercicio de su profesión y no constituyan por sí mismos una empresa comercial. En consecuencia, dichos trabajadores están cobijados por las normas legales que se relacionan con los empleados particulares' ".

" 'De la anterior disposición se deriva la consecuencia de que cuando el representante constituye por sí mismo una empresa comercial, deja de ser empleado particular, y esto fue lo que le ocurrió a Armando Vega Montes de 1939 a 1950, lapso en que consta por el certificado a folio 147, que es un documento auténtico por emanar del Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Medellín, que Vega Montes era único dueño de una oficina de representaciones de casas extranjeras. La ley no distingue respecto de la calidad del negocio, que la representación sea de casas extranjeras o nacionales. Simplemente prescribe que la persona natural constituya por sí mismo una empresa comercial, y el señor Vega Montes la tenía en el tiempo mencionado en este párrafo, que corre durante 11 años. Antes de 1939, no consta que Vega Montes tuviera dicha empresa. Luego a contrario sensu existió el contrato de trabajo de 1933 a 1938; pero este tiempo está prescrito para reclamar ahora prestaciones y demás acreencias que se derivan de aquel contrato, conforme a la propuesta excepción de prescripción, que introdujo el apoderado del demandado en la contestación de la demanda' ".

"La Sala comparte plenamente el anterior razonamiento y estima que sobraría cualquier otro argumento para afianzar un fallo confirmatorio de la providencia recurrida. Porque si se admite que a falta de disposiciones laborales anteriores a la Ley 48 de 1946, con las cuales pudiera cobijarse el actor, hubo contrato de trabajo entre el demandante y la demandada, esta relación laboral sólo duró hasta el año de 1939, es decir durante cinco (5) años largos. De 1939 hasta cuando entró en vigencia el Código Sustantivo del Trabajo (enero de 1951) al actor lo cobijaba la disposición del artículo 1º de aquella ley, y como consta en autos, según certificado auténtico de la Cámara de Comercio de Medellín, que *él constituía por sí mismo una empresa comercial* no podía ser empleado de empresas establecidas en el país.

" 'No comparte la Sala la apreciación del *a quo*, en cuanto a que considera que la falta de licencia exigida por el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo desvirtúe la existencia del contrato de trabajo.

" 'La licencia establecida por el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo para ejercer la profesión de agente viajero o agente vendedor no constituye un requisito esencial del contrato de trabajo, sino una previsión de carácter administrativo, pero que no puede llegar hasta el límite de desvirtuar la naturaleza del contrato de trabajo' ". (Cas. 23 de junio de 1954. "D. del T.". Vol. XX, Nos. 115-117, pág. 22).

"Pero el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, antes de ser reformado por el Decreto 3129 de 1956 decía: 'Hay contrato de trabajo con los representantes vendedores y agentes viajeros, cuando al servicio de personas determinadas, bajo su continuada dependencia y mediante remuneración, se dediquen personalmente al ejercicio de su profesión, *no constituyan por sí mismas una empresa comercial* y tengan la licencia requerida por la ley'. Esto es, conservaba la misma exigencia del artículo 1º de la Ley 48 de 1946, que no constituyera el agente, por sí mismo, una empresa comercial. Y conforme al certificado de la Cámara de Comercio, que obra en autos, el señor Armando Vega Montes, aparece inscrito como dueño de una oficina de representaciones, desde el año de 1939. Este certificado, presentado al juicio desde su iniciación, nunca fue objetado".

Y el certificado del folio 147, a que el sentenciador se remite, es del tenor siguiente: "Los suscritos, *certificamos*: Que el señor Armando Vega Montes está inscrito en el Registro Público de Comercio como único dueño de una oficina de representaciones de casas extranjeras, situada en esta ciudad en la carrera 49 Nº 50-43; y que dicho señor viene figurando como comerciante en esta Cámara desde el año de 1939. Medellín, seis (6) de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950). Cámara de Comercio. (Firmado), *Jorge Escovar A.*, Presidente. (Firmado), ilegible, Secretario".

LA CORTE ESTIMA

El documento transcrito sólo demuestra que el señor Vega, desde 1939 hasta 1950 vino "fi-

gurando como comerciante'' en la Cámara de Comercio de Medellín, y que en el último de los años mencionados aparecía ''inscrito en el registro público de comercio'' de esa misma Cámara ''como único dueño de una oficina de representaciones de casas extranjeras''. ¿Bastarán estos datos para afirmar, como lo hace el *ad quem*, que el señor Vega constituía por sí mismo una empresa comercial? Absolutamente no, en sentir de la Sala.

La Ley 48 de 1946 no definió el concepto de ''empresa'' que utilizó para excluir del ámbito laboral la relación del comitente con el agente que, por sí mismo, constituyera una empresa comercial, ni lo hizo con claridad su reglamento ejecutivo (Decreto 2332 de 1947). Pero, con diferencia de dos días, entró a regir el mismo año la Ley 64, cuyo artículo 6º dijo: ''Para los efectos de las indemnizaciones y prestaciones sociales, se entiende por empresa o patrono toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares o conexas''. La no muy afortunada asimilación de la empresa al ''patrono'' (término éste que implica el correlativo de trabajador dependiente), permitió ver desde entonces que, también para el legislador, la unidad de explotación económica entraña necesariamente relaciones laborales.

Todavía fue más enfático el Código de 1950, cuando en su artículo 194 expresó: ''Para los efectos de este Código se entiende por empresa toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares, conexas o complementarias, y tengan trabajadores a su servicio''. Dejando de lado la persistencia legislativa en confundir la empresa con el empresario (lo que, a la luz de las concepciones económicas y jurídico-laborales contemporáneas, daría pie para comentarios más extensos), es lo cierto que las normas positivas citadas son bastantes a evidenciar, como factor ineludible dentro de la empresa, las relaciones de trabajo dependiente. El individuo aislado, así sea profesional universitario o comerciante u operario manual, aunque se ocupe en actividades remunerativas, no es una empresa, en el sentido del Código, como tampoco en el de la teoría económica y la doctrina.

La apreciación que hizo el sentenciador del certificado expedido por la Cámara de Comercio de Medellín fue, pues, equivocada, y los hechos que por ese único medio encontró probados no lo están. De no haber otros en el expediente que cohonesten la afirmación del Tribunal respecto de que el señor Vega constituía por sí mismo una empresa comercial (y la Sala no puede oficiosamente investigarlo), la conclusión debió ser condenatoria para la sociedad demandada, en favor de quien fuera su presunto empleado por más de veinte años.

Pero, de todos modos, la acusación se quedó a mitad del camino. Porque *la tacha por falta de aplicación de los artículos 1º de la Ley 48 de 1946 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo, que el impugnador le atribuye a la sentencia, al ser enmendada sólo conduciría a la declaración de que entre los contendientes hubo un contrato de trabajo por largos años. Quedando necesariamente en pie la decisión absolutoria por la pensión de jubilación, la cesantía adicional, las vacaciones y las primas que el actor reclama, puesto que la base inmediata y concreta de estas pretensiones no se halla en aquellas normas sino en otras, de derecho material, que la acusación no invoca y que a la Corte, en casación, le está vedado buscar en el acervo de la legislación laboral.* Los reparos del opositor, por este aspecto, son definitivos.

En la audiencia pública, la Sala tuvo oportunidad de escuchar las importantes argumentaciones de las partes y el análisis que hizo entonces el recurrente de las disposiciones precisas de donde surgen los derechos a la pensión, la cesantía, las vacaciones y las primas para los trabajadores. Pero, como lo observó el opositor, ya no era viable ninguna corrección a la demanda de casación. Sobre el particular, tiene dicho la jurisprudencia: ''La oportunidad para fundar el recurso de casación, para hacerse la demanda, empieza desde que se publica la sentencia que se va a recurrir hasta cuando expira el término de 30 días que tiene el recurrente, artículos 521, 522 y 530 del Código Judicial. Vencido este período, ni el recurso es admisible ni la demanda de casación pueda ya corregirse, adicionarse, modificarse ni enmendarse. De otra manera la demanda de casación no sería un factor preciso y seguro, puesto que podría enmendarse o adicionarse hasta en las audiencias públicas del juicio, habiendo ya vencido el término''. (Casación de 28 de noviembre de 1936, G. J., Nº 1918, página 502).

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

''La sentencia en mención es violatoria de la ley sustantiva del trabajo, por interpretación errónea de los artículos 23, 24 y 26 del Código Sustantivo del Trabajo, así como del artículo 1º de la Ley 48 de 1946; es violatoria, por cuanto

en dicha sentencia solamente se está reconociendo la relación laboral habida entre Armando Vega Montes, como empleado, y Empresa Harinera de Cartagena S. A., como patrono, durante el tiempo comprendido entre 1933 y el año de 1938, cuando, según el honorable Tribunal fallador, de acuerdo al certificado expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, el señor Vega Montes, mi poderdante, ingresó, al gremio de comerciantes de Medellín y por tanto no podía continuar siendo sujeto de la relación laboral iniciada cinco años atrás, no obstante que, ni por parte de la Empresa Harinera de Cartagena S. A., ni por parte de Armando Vega, en esa fecha o época, ni posterior a esa, se dio por terminado el contrato de trabajo, ya que, de ello no existe prueba alguna dentro del expediente.

"Por el contrario, el vínculo laboral continuó siendo más estrecho, como lo prueba, en forma fehaciente, la innumerable correspondencia habida entre Vega Montes, y las empresas 'Empresa Harinera de Cartagena S. A., Compañía Agrícola Industrial Ltda., y Compañía Harinera Industrial Ltda.', reconocidas todas en la providencia, como un mismo patrono para el caso sub judice, correspondencia en la cual se pueden leer claramente órdenes terminantes a su empleado Vega Montes, quien las cumplía a cabalidad, como que nunca se le hizo reclamo, hasta el año de 1958, cuando se le consideró desvinculado por completo de la compañía.

"Hay interpretación errónea de los artículos anteriormente citados, por cuanto se está suspendiendo el efecto de ellos, reconocido inicialmente, para una parte de la relación laboral, y desconociendo para la mayor parte de ella, en razón de que un certificado, documento público que está diciendo que Vega Montes, tiene una oficina de representaciones, no un establecimiento comercial, como erróneamente interpretó el honorable Tribunal fallador, como si la ley posterior pudiera haber desmejorado la condición del trabajador; existió pues, por parte de los falladores, un error de hecho, al apreciar la prueba presentada por la parte demandada, en forma equivocada, al presentar como empresario de negocio al señor Vega Montes, y no teniendo en cuenta las pruebas presentadas por éste, como lo es, la nutrida correspondencia entre demandante y demandada, lo cual parece fue desestimada en todas sus partes por los falladores, tanto de la primera como de la segunda instancia".

La sola transcripción del gravamen, en el que se imputa al sentenciador la errónea interpretación de la ley a causa de errores de hecho provenientes de una defectuosa apreciación de las pruebas, basta para poner de manifiesto su improcedencia. Así lo observa, con razón, el opositor. La acusación por interpretación errónea de las normas positivas sólo cabe por vía directa, es decir, independientemente de toda cuestión de hecho, de todo examen del material probatorio. Se desecha el cargo.

A mérito de las consideraciones que anteceden, 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.

Sin costas en el recurso, por cuanto uno de los cargos permitió a la Sala destacar un grave error de juicio en la sentencia impugnada.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION PARCIAL DEL LAUDO QUE DIRIMIO EL CONFLICTO COLECTIVO SURGIDO ENTRE LA ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA "FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA" Y ESTA EMPRESA

Misión esencial de los árbitros, encaminada a establecer condiciones de trabajo que garanticen la armonía entre patronos y subordinados. — Validez de las fórmulas sustitutivas o intermedias. — El laudo arbitral, en cuanto hace a la obligatoriedad, es equiparable a la sentencia judicial. — Facultad de los árbitros para interpretar el pliego de peticiones. Anulación del artículo noveno por excederse el Tribunal en sus facultades al ordenar una reforma de los estatutos de una persona jurídica ajena al conflicto. — Condiciones para que los trabajadores no sindicalizados se beneficien del convenio o laudo. — Recomendaciones formuladas por el Tribunal a la empresa. — Extensión de los poderes otorgados a los árbitros. Interpretación y aplicación de una norma preexistente, frente a concretos casos litigiosos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 14 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

La Asociación Nacional de Empleados de la "Flota Mercante Grancolombiana", con personería jurídica reconocida por la Resolución número 01256 de 1960, presentó ante la Gerencia de la Empresa, el 3 de febrero de 1964, un pliego de peticiones, aprobado por la Asamblea General de la Asociación. Posteriormente adicionó el referido pliego con las peticiones de los trabajadores de la Flota que prestan sus servicios en Barranquilla y Buenaventura.

En las conversaciones de arreglo directo se llegó a un acuerdo sobre los puntos primero, segundo, quinto, noveno, décimo, decimoctavo y decimonoveno del pliego. La Asociación retiró el punto decimocuarto del mismo.

Como varios de los puntos restantes, sometidos a conciliación, no fueron resueltos, el Ministerio del Trabajo, por medio de la Resolución número 00847 del 12 de junio último convocó un Tribunal Especial de Arbitramento para el estudio y decisión del conflicto. Constituido dicho Tribunal por los doctores Mario Ortiz de la Roche, Guillermo Hernández Rodríguez y Adán Arriaga Andrade, designados como árbitros por el Ministerio, la Asociación y la Empresa, respectivamente, entró en funciones el 19 del mismo mes de junio y, por unanimidad, profirió laudo el 5 de julio siguiente.

Tanto la Empresa como los trabajadores, interpusieron oportunamente el recurso de homologación que va a estudiarse.

EL RECURSO DE LA EMPRESA

En el escrito destinado a sustentarlo, el apoderado de la Empresa formula cinco cargos.

Primer cargo.

Acusa el artículo sexto del laudo, en cuanto dispone que la Empresa reconozca, por concepto de matrícula de cada hijo de sus trabajadores en estudio universitario, la cantidad de $ 110.00.

Dice que el Tribunal se extralimitó porque la petición respectiva se refiere exclusivamente a la enseñanza primaria y secundaria, tanto para los hijos de los empleados como para éstos mismos, sin que, respecto de los últimos, pueda entenderse que la empresa esté obligada a pagarles auxilio para estudios distintos a los comerciales, de contabilidad, etc., ya que entendida de otra manera, la petición sería ilógica.

CONSIDERA LA SALA

El punto quince del pliego de peticiones dice:

"*Asistencia escolar*. La Flota Mercante costeará totalmente la educación primaria y secundaria de los hijos de los trabajadores, así como el valor de los estudios que cursen los empleados en cualquier entidad docente".

El Tribunal de Arbitramento decidió lo siguiente en el artículo sexto:

"*Prima escolar*. A partir de la fecha de este laudo la empresa reconocerá por concepto de matrícula escolar de cada uno de los hijos legítimos o legalmente reconocidos de sus trabajadores, la cantidad de $ 60.00 por cada matrícula de cada hijo en estudio primario; la cantidad de $ 85.00 por matrícula de cada hijo en estudios secundarios, y la cantidad de $ 110.00 por matrícula de cada hijo en estudio universitario, mediante la comprobación del caso. Esta prestación se otorgará también en caso de estudios de los empleados mismos".

El laudo no se conforma estrictamente a lo que solicita el punto decimoquinto del pliego, en lo relativo a la bonificación para estudios universitarios, pero sí se ciñe, en cuanto a la subsistencia de ella, al punto veintiséis del mismo pliego en armonía con el artículo 6º del laudo arbitral de 1963, cuyos textos se reproducen a continuación:

Petición veintiséis: "Los puntos de las convenciones firmadas entre 'Anegran' y la 'Flota Mercante Grancolombiana, S. A.', en 1962 y 1963, lo mismo que los que figuran en el laudo arbitral proferido en febrero 11 de 1963, que no se modifiquen con la presente convención, continuarán vigentes en todas y cada una de sus partes".

"ARTÍCULO SEXTO DEL LAUDO ARBITRAL DEL 11 DE FEBRERO DE 1963.

"*Prima escolar*. La Flota Mercante Grancolombiana S. A. pagará al empleado una prima escolar equivalente a cincuenta pesos ($ 50.00) anuales, por cada hijo que adelante estudios secundarios o universitarios. El empleado que siga tales estudios tendrá también derecho a esta prima. El reconocimiento y pago de la prima escolar se hará dentro de los dos primeros meses del año calentario, previa comprobación de las calidades indicadas".

El aumento de $ 50.00 a $ 110.00 sí excede la petición que sirve de base a la decisión arbitral, por lo cual en esta parte resulta inexequible. Y así habrá de declararse.

Segundo cargo.

Se refiere este cargo al artículo séptimo del laudo, en el que se dispone que la Flota Mercante Grancolombiana, "a partir del presente año, hará una reserva anual suficiente para crear un fondo especial con destino al fomento del deporte y de las actividades sociales de los trabajadores".

Sostiene el recurrente que, por el aspecto formal, el Tribunal extralimitó sus atribuciones porque, habiéndose solicitado la creación de un club social y deportivo, en vez de contestar afirmativa o negativamente el *petitum*, adoptó una fórmula alusiva y ambigua, como es la creación de un fondo para el "fomento del deporte y de las actividades sociales de los trabajadores", incurriendo, además, en notoria contradicción puesto que si consideró, como en efecto lo hizo en la parte motiva, que no era el caso de que se fundara por ahora el club social y deportivo, con un lote, unas instalaciones, edificio, campo de fútbol, etc., no podía imponer a la empresa una reserva anual para un fin aplazado por el mismo fallador, sometida a la contingencia de lo que en el futuro pueda disponer otro Tribunal.

En cuanto a la cuestión de fondo, asevera que el Tribunal carece, en absoluto, de la atribución de imponer reservas en los balances para ningún objeto y que, de consiguiente, la orden consistente en que la Flota Mercante Grancolombiana "hará la reserva anual suficiente para crear un fondo especial", afecta el derecho de la empresa, claramente reconocido por la Constitución, de sujetarse únicamente al régimen de las reservas legales y estatutarias en la forma prevista por el Decreto 2531 de 1950, y que, en consecuencia, es inexequible, a la luz de los artículos 458 del Código Sustantivo del Trabajo y 143 del Código de Procedimiento Laboral.

Desarrolla la acusación así:

"Cuando el artículo 44 de la Constitución Nacional permite la formación de compañías que no sean contrarias a la moral o al orden legal, implícitamente establece la facultad de administrarlas. El artículo 12 de la Carta estatuye que el régimen de las sociedades se determinará por la ley colombiana; y, a su vez, el artículo 32 preceptúa que la intervención del Estado sólo puede tener ocurrencia por mandato del legislador.

"El Decreto 2521 de 1950, al reglamentar todas las disposiciones legales anteriores relativas a las sociedades anónimas, determina que a la Asamblea General de Accionistas le corresponde *privativamente*, como supremo gobierno social, 'disponer de las utilidades que resulten

establecidas por el balance general, *una vez deducidas las sumas que deban llevarse a la reserva legal, a las estatutarias o a las que la misma asamblea establezca'*. (Art. 88, aparte c); y, por su parte, los artículos 174 y 175 estatuyen el régimen de la reserva legal, de las estatutarias y de las que puede ordenar la Asamblea en atención a las necesidades de la Empresa. (Subraya el recurrente).

"En parte alguna de nuestro régimen legal se le arroga a ninguna otra persona o entidad distinta a la Asamblea de Accionistas la atribución de intervenir en el balance de las sociedades anónimas; ni siquiera a la Superintendencia, cuyas funciones miran a la seguridad de los intereses de los accionistas, a la moral comercial y a la protección de los terceros que contraten con ellas de buena fe.

"Un Tribunal de Arbitramento podrá en materia laboral, ordenar aumentos de salarios o el establecimiento y pago de prestaciones extralegales. Pero no les compete a los árbitros disponer la manera como deba la Empresa procurarse los dineros para la cobertura de esas obligaciones, ni intervenir en la confección de los balances, ni imponer la constitución de las reservas; porque estas materias están claramente reguladas por la ley y esas atribuciones les están conferidas privativamente a la Asamblea General. Cualquier intervención arbitral al respecto repugna a nuestro sistema jurídico, es ilegal y contraviene claras normas del régimen constitucional vigente. Solamente el Estado, por mandato del legislador, puede intervenir en la explotación de las empresas.

"Por las razones anotadas, acuso el artículo séptimo de la parte resolutiva del laudo, por cuanto afecta el derecho de la Empresa, claramente reconocido por la Constitución y las leyes citadas, de sujetarse únicamente al régimen de las reservas legales y estatutarias en la forma prevista por el Decreto 2521 de 1950".

SE CONSIDERA

La petición diez y seis del pliego presentado por "Anegran" dice:

"*Club Social y Deportivo*. La Empresa creará y dotará totalmente, en zona sub-urbana de esta ciudad, un club social y deportivo, con el objeto de dar esparcimiento sano a los empleados y familiares. Este club contará con toda clase de servicios y con las comodidades propias de un establecimiento de esta naturaleza, y su funcionamiento deberá iniciarse en el término de un año a partir de la firma de la presente convención".

El Tribunal de arbitramento decidió lo siguiente:

"*Séptimo. — Fomento del deporte*. La Flota Mercante Grancolombiana, a partir del presente año, hará una reserva anual suficiente para crear un fondo especial con destino al fomento del deporte y de las actividades sociales de sus trabajadores".

Los árbitros, como es obvio, deben ceñirse a las peticiones de los trabajadores que no hayan sido resueltas en arreglo directo o en conciliación. Pero siendo su misión esencial la de establecer condiciones generales de trabajo que garanticen la armonía entre los empresarios o patronos y quienes les prestan sus servicios subordinados, bien pueden acordar fórmulas sustitutivas o intermedias en cada caso concreto, siempre que tiendan a llenar la finalidad perseguida por la correspondiente petición. En ese sentido ha sido reiterada la jurisprudencia tanto del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Sala de la Corte.

Ahora bien, visto el texto de la petición, se advierte que el propósito de ella es el de procurar un sano esparcimiento a los empleados y a sus familiares en el ámbito social y deportivo, mediante el apoyo pecuniario de la empresa. Y si ciertamente se sugiere al efecto la creación y dotación de un club en zona sub-urbana de esta ciudad, es indiscutible que el Tribunal de Arbitramento, que estimó prematura la fundación de tal club, tenía facultad para disponer, a manera de recomendación sucedánea, que se haga una "reserva" o provisión anual suficiente con destino al fomento del deporte y de las actividades sociales de sus trabajadores. Y no cabe entender que la medida, transitoria por su naturaleza, haya de prolongarse más allá del plazo señalado para la vigencia del laudo.

En lo que respecta a lo que el recurrente denomina cuestión de fondo, *esta Sala no encuentra que la recomendación hecha por los árbitros en el sentido de que la Flota Mercante Grancolombiana haga una "reserva" anual con destino al fomento del deporte y las actividades sociales de sus trabajadores, sea contraria a los artículos 44, 12 y 32 de la Constitución Nacional ni al Decreto 2521 de 1950, ya que ni desconoce la facultad en virtud de la cual se fundó la empresa, ni le niega potestad administrativa, ni pretende sustituir al legislador en la fijación del régimen de la misma sociedad, ni interviene en su explotación, ni se arroga la atribución de intervenir en sus balances.*

Desde luego, toda carga que en la órbita de las condiciones generales de trabajo, por el as-

pecto económico, impongan los árbitros a las empresas, entraña para éstas la obligación de destinar las sumas necesarias, pues de otra manera las decisiones arbitrales serían irritas.

El laudo arbitral, en lo que hace a la obligatoriedad, es equiparable a la sentencia judicial. Y así como nadie sería osado a sostener que en atención a que corresponde "privativamente" a la Asamblea General de Accionistas "disponer de las utilidades que resulten establecidas por el balance general" no puede un Juez ordenar que la sociedad satisfaga un crédito en favor de quien lo haya demandado con fundamento legal, tampoco cabría negar la atribución que tiene un Tribunal de Arbitramento para imponer a la empresa de servicio público que se encuentra en trance de conflicto colectivo, determinado gravamen social con el fin de resolver una petición incluida en el pliego que hayan presentado los trabajadores.

Mas en el supuesto de que en el caso que se estudia hubiese sido impropia la recomendación de efectuar la "reserva" de que trata el artículo séptimo del laudo, no por ello quedaría exenta la Flota Mercante Grancolombiana de "procurarse los dineros" que requiera el cumplimiento de dicho artículo, porque lo esencial en éste es la orden de que se fomente con una suma suficiente el deporte y las actividades sociales de los trabajadores de la empresa, a tiempo que la reserva anual implica solo un procedimiento, susceptible de ser sustituido por otro más adecuado, a juicio de la empresa.

Por último, la consideración que hace el recurrente, inspirada en el temor de que habiéndose dejado al buen criterio de la empresa la determinación de la partida anual se da lugar a "discrepancias y sinsabores", porque de seguro el sindicato la estimaría insuficiente, cualquiera que ella fuese, surge de una inexplicable desconfianza en la propia empresa y en los trabajadores, y sobre todo envuelve una simple conjetura, que no corresponde examinar a esta Sala.

No prospera el cargo.

Tercer cargo.

Se dirige éste contra el artículo noveno del laudo, que dice:

"Los empleados de la Flota que sean despedidos por alguna de las causales previstas en el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo o por otras de gravedad similar, perderán los aportes y los dividendos de estos aportes que durante la vigencia del contrato haya entregado la empresa al fondo 'Foregran'. Cuando el despido se origine en faltas distintas de las ya mencionadas perderá únicamente los aportes que hubiere entregado la empresa al fondo en los últimos seis meses con sus respectivos dividendos".

Coteja la anterior decisión con la respectiva solicitud, que está expuesta en los siguientes términos:

20. *Congelación fondos "Foregran".* "La Flota Mercante congelará totalmente el valor de los fondos de retiro de todos sus empleados".

Pretende el recurrente que se anule el laudo en este punto, por haber alterado el Tribunal de Arbitramento el sentido de la petición y porque afecta intereses de una persona jurídica distinta de las partes, contrariando los artículos 458 del Código Sustantivo del Trabajo y 142 y 143 del Código de Procedimiento Laboral.

Censura el uso del vocablo "congelación" utilizado en el *petitum*, porque no es un término jurídico. Observa, refiriéndose al artículo 6º del Decreto 118 de 1957, que allí se incurrió en un error de copia, pues cuando en ese texto legal se lee: "Congélanse las cesantías..." sin duda el redactor del decreto quería decir "consolídanse".

Luego discurre así:

"En tales condiciones, aplicando el único antecedente que existe en nuestra legislación en que se haya usado la palabra 'congelar' con efectos legales, tendríamos que concluir que el objeto de la petición sería hacer estático el valor que tienen los trabajadores en 'Foregran', tornarlo inmodificable, sin posibilidad de aumento. Petición ésta que en forma alguna beneficiaría su causa. Llegaríamos entonces a concluir que la petición es absurda. Pero ese es su sentido obvio.

"*El Foregran* es un fondo integrado por el 5% del salario del empleado y un 5% que le dona condicionalmente la Empresa. Ese fondo realiza operaciones de bolsa, compra y vende acciones, y acrece el valor de su capital. Cuando el empleado se retira o es retirado, recibe su aporte, el de la empresa y los dividendos que hubiere producido el dinero anotado en su cuenta. Pero si el retiro obedece a mala conducta, el empleado solamente recibe sus aportes y los dividendos correspondientes a tales aportes. (Al crearse el fondo, la Empresa impuso la condición de la buena conducta para el perfeccionamiento de la donación de su aporte y esa condición fue así acogida por los estatutos del fondo). El resto anotado en su cuenta, o sean los aportes de la empresa y dividendos de éstos, acrecen al fondo; no vuelve a la Empresa.

"La petición del pliego, en la forma como está redactada, resulta, pues, inconducente. Aún en el caso de que el Tribunal hubiera estado dis-

puesto a complacer al Sindicato, no podía hacer otra cosa que repetir textualmente: 'Congélanse los fondos de los empleados de Foregran'; con la consecuencia de que imposibilitaba su incremento.

"Los trabajadores, empero, en el curso de las conversaciones, trataron de explicar el alcance de su petición. Pero, ocurre preguntar: ¿Podían cambiar el petitum? Yo no lo creo".

Más adelante agrega:

"Es principio universal de nuestro derecho positivo el que los actos o contratos no pueden favorecer ni perjudicar los intereses de terceros: 'Res inter allios acta nihil neque noscere neque prodesse potest'. Esto es así desde los albores del derecho romano.

"Este principio está acogido por el artículo 1506 del Código Civil:

" 'Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, *esta tercera persona no contraerá obligación alguna,* sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa'.

"De modo, pues, que a menos que medie la ratificación, el tercero no contrae obligación alguna. Esto es lógico, por cuanto la ratificación se equipara al mandato. Pero el tercero que no ratifica no puede sufrir beneficio ni daño con el contrato ajeno.

"El principio citado no es extraño, sino todo lo contrario, a nuestro derecho laboral, por virtud de lo dispuesto por el artículo 19 del Código Sustantivo.

"Ahora bien: En el presente conflicto son partes la Flota Mercante Grancolombiana, S. A. y su Sindicato de base denominado Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana (Anegran).

"Pero el 'Fondo de Retiro Empleados Grancolombiana' (Foregran), no es parte en este conflicto. Es una persona jurídica distinta de la Flota y del Sindicato. Es un tercero. Su personería jurídica le fue reconocida por medio de la Resolución número 2169 del 3 de septiembre de 1955, por medio de la cual fueron aprobados sus estatutos; documentos estos que aduzco ante esa honorable Sala".

SE CONSIDERA

Es obvio que los árbitros tienen facultad para interpretar las peticiones contenidas en el pliego cuando no sean suficientemente claras, así como los Jueces, en casos análogos, pueden interpretar la demanda. Y en ejercicio de esa función unos y otros deben atenerse más a la intención del petitum *que a lo literal de las palabras utilizadas en él, prefiriendo el sentido racional al que conduzca a lo absurdo.*

De tal manera que, si como lo anota el recurrente, el texto de la petición, tomada literalmente, en vez de beneficiar a los trabajadores llegara a perjudicarlos, en cuanto haría estático el aporte de la Empresa en Foregrán, tornándolo inmodificable, sin posibilidad de aumento, procedió lógicamente el Tribunal al desentrañar el verdadero propósito de la petición, y para ello nada tan indicado como atender las explicaciones de quienes la formularon, tanto más si se tienen en cuenta las características del procedimiento arbitral en que las partes tratan directamente, en la primera etapa del conflicto, las cuestiones debatidas, y luego en la de conciliación continúan buscando amigablemente un acuerdo.

Las referidas explicaciones se encuentran en el cuaderno número 4 (folios 73 y 74) y están reseñadas así:

"La Flota Mercante congelará totalmente el valor de los fondos de retiro de todos sus empleados".

"Al respecto el doctor Gutiérrez dijo que cree adivinar la intención o la idea que tuvieron los trabajadores al insertar en el pliego esta petición, pero que sería preferible que tuvieran la bondad de explicar el alcance exacto que ella tiene.

"El señor Santos dijo que la explicación la dará con un ejemplo para que su alcance sea interpretado en forma exacta: cuando un empleado ha prestado sus servicios a la Empresa diez o más años y es retirado por alguna de las causales que justifican el despido, este trabajador pierde los aportes de la Empresa al fondo de ahorros y sus dividendos, correspondientes a todo el tiempo de servicios. Solicitan los trabajadores que los aportes se vayan congelando periódicamente, podría ser año por año, y así en el peor de los casos si el empleado incurre en una falta que lo haga acreedor al despido, perdería sólo un año de los aportes de la Empresa al fondo, pero no lo correspondiente a todo el tiempo de su permanencia en la compañía.

"El doctor Gutiérrez manifestó que en este punto hay algo que deben examinar en forma muy cuidadosa y es el aspecto de la conducta del trabajador. La Empresa formó este fondo y a su aporte le puso una condición que desde luego es razonable: la de que el empleado obser-

ve buena conducta todo el tiempo que esté a su servicio. ¿Les parece acaso a los trabajadores esta condición demasiado rigurosa o imposible de cumplir? Esta es la pregunta que desea hacerle a los señores representantes de Anegrán.

"El señor Santos respondió que no se trata de que los trabajadores hayan pensado que tal condición sea rigurosa o imposible de cumplir, sino que se ha detenido a examinar la situación de un empleado antiguo que después de haber trabajado quince o más años con una conducta intachable, en un mal momento comete una falta por la cual la Empresa lo despide y pierde además de su empleo, los aportes de la Empresa a Foregrán. Esto es lo que los trabajadores no estiman justo. Que a pesar de que, en el caso del ejemplo, el trabajador se haya portado bien durante quince años, por una sola falla pierda los aportes de la empresa al fondo durante todos los quince años. Que, además, agregó el señor Santos, no debe olvidarse que el Foregrán respalda los préstamos que para la adquisición de vivienda otorga la Empresa y el empleado que es despedido, perdiendo por esa causa la mitad de sus haberes en el fondo, queda en una situación extremadamente difícil porque con él contaba para responder por la deuda de su casa".

Como se ve, *la intención de los trabajadores no fue la de que los fondos de los empleados en "Foregrán" dejaran de tener incremento, como lo pretende el recurrente, reconociendo que ello sería absurdo, sino la de que tales fondos y sus dividendos se congelaran año por año, esto es, que el trabajador no los perdiera aunque en el último año de servicio llegase a incurrir en mala conducta.*

Es de advertir que el vocablo congelación, *que censura el recurrente ha sido acogido, tomándolo en su acepción económica, en normas laborales como el artículo 261 del Código Sustantivo del Trabajo (hoy derogado) y el Decreto 0018 de 1958 sobre cesantía, lo mismo que en disposiciones sobre arrendamiento de fincas urbanas (ver, por ejemplo, el Decreto legislativo 1070 de 1956), etc.*

Así, pues, la Sala encuentra ceñida la decisión del Tribunal al contenido y alcance de la petición tal como fue formulada y explicada por los trabajadores.

Mas si por el aspecto que acaba de estudiarse la acusación no es atendible, sí lo es, en cambio en cuanto sostiene y demuestra que el "Fondo de Retiro de Empleados Grancolombiana —Foregrán—" es una persona jurídica distinta a la Flota Mercante Grancolombiana y al Sindicato que promovió el conflicto. Así resulta claramente de los estatutos aprobados por el Ministerio de Justicia, mediante la Resolución número 2169 de 1955 (septiembre 3), publicada en el Diario Oficial número 28861 del 24 de septiembre de 1955, estatutos que se han acompañado a los autos con la debida autenticación y cuyos artículos 21, 22 y 27 rezan lo siguiente:

"*Artículo 21.* El empleado que se retire del servicio de la Flota o de Transportadora por causa distinta a mala conducta, recibirá el total de su saldo más intereses a la rata del cuatro por ciento (4%) anual desde la fecha de la última consolidación. Esta devolución se efectuará dentro de un plazo de treinta (30) días a partir de la fecha del retiro del empleado.

"*Artículo 22.* Si el empleado fuere retirado por mala conducta, calificación que hará la Junta Administradora del Fondo, recibirá únicamente las cantidades que con destino al Fondo le fueron retenidas durante su tiempo de servicio, más un interés del cuatro por ciento (4%) anual. La Junta Administradora podrá libremente, y de acuerdo con la última consolidación, aumentar este porcentaje o entregar al empleado de este caso alguna suma adicional, pero ello constituye mera liberalidad. El saldo restante se llevará a los acrecimientos del Fondo.

"Para hacer la entrega a que se refiere este artículo el Fondo tendrá un término hasta de treinta (30) días.

"Tiene mala conducta quien fuere retirado de la Empresa:

"a) Por haber manejado dolosa o negligentemente dinero de la Flota o de Transportadora, y

"b) Por haber incurrido en alguna de las causales contenidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo colombiano y disposiciones concordantes.

"*Artículo 27.* Los presentes estatutos podrán ser reformados por la mayoría de los afiliados residentes en Bogotá, constituidos en asamblea y mediante proposición aprobada en dos debates celebrados en dos días distintos y que previamente se haya aprobado por la Junta Administradora del Fondo".

El artículo noveno del laudo introduce una modificación a los artículos 21 y 22 de los estatutos mencionados, modificación que compete privativamente a la Asamblea General de los afiliados de Foregrán residentes en Bogotá y conforme al procedimiento previsto en el artículo 27 *ibídem.*

De consiguiente, habrá de anularse el artículo noveno del laudo, por cuanto el Tribunal de Arbitramento excedió sus facultades al ordenar una

reforma de los estatutos de una persona jurídica ajena al conflicto.

Cuarto cargo.

Acusa la decisión del Tribunal contenida en el artículo décimo del laudo por ser violatoria del inciso 2º del artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral, por extralimitación del *petitum*.

Sustenta el cargo así:

"En efecto, lo que el Sindicato pidió es que los no sindicalizados a quienes beneficie el acuerdo convencional, o el laudo, paguen a la organización cuotas iguales, del 100%, a las que cotizan los afiliados; y no la mitad, como lo dispone el Decreto 18 de 1958.

"Pero el Tribunal se aparta totalmente del sentido de la petición, y adopta una solución no prevista, ni discutida por las partes. El Tribunal decide que la *Flota* quede obligada a pagar las cuotas de los no sindicalizados, con dineros de la Empresa, en el caso de que aplique los beneficios del laudo a dichos trabajadores no sindicalizados.

"Por salirse totalmente de las atribuciones del Tribunal, fijadas por el propio pliego, debe anularse este punto en cuanto dispone que los trabajadores no sindicalizados queden *subrogados* por la Empresa en obligaciones que competen exclusivamente a tales trabajadores, toda vez que la Empresa no percibe al respecto beneficio alguno.

"De otra parte, el Tribunal impone a la Empresa, sin razones de ninguna especie, obligaciones no previstas por el Decreto 18 de 1958; por lo cual su decisión es ilegal. La única obligación que la Empresa debe cumplir en lo tocante a las cuotas sindicales es la de recaudarlas y entregarlas al Sindicato. No más".

SE CONSIDERA

El pliego de peticiones, en el punto veinticuatro, dice:

"*Aplicación de la presente convención.* La presente convención colectiva se aplicará a los empleados sindicalizados. Los no sindicalizados que se beneficien en cualquier forma de la convención pagarán una suma igual a la cuota de los asociados. La Empresa descontará de los salarios que devenguen los trabajadores no afiliados sus aportes y los entregará al tesorero de la Asociación".

El Tribunal de Arbitramento resolvió la petición así:

"*Décimo.* Aplicación del presente laudo. El presente laudo rige para todos los trabajadores afiliados a la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana. Los empleados no sindicalizados a quienes sin solicitarlo, la Flota decida extender los beneficios de este laudo, serán subrogados por la Empresa en la obligación del pago de la media cuota sindical ordinaria prevista para los que solicitan esa extensión, en el Decreto 18 de 1958".

Lo fundamental de la petición se dirige a obtener que quienes no queden amparados automáticamente, de acuerdo con la ley, por la convención o por el laudo, en este caso, y que se beneficien *en cualquier forma* de sus ordenamientos, paguen una suma igual a la cuota de los asociados, esto es el doble de la que establece el Decreto 18 de 1958.

Ahora bien, *en los términos de la ley, los beneficios obtenidos por los trabajadores sindicalizados pueden extenderse a los no sindicalizados con dos condiciones: que éstos así lo quieran y que paguen al Sindicato, durante la vigencia del laudo, una suma igual a la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados a la organización.*

Mas puede darse otra hipótesis: la de que trabajadores no sindicalizados se abstengan de manifestar que desean beneficiarse del laudo y de cubrir, por tanto, la correspondiente parte de la cuota. En tal hipótesis, obviamente, queda a voluntad de la Empresa extenderles los beneficios logrados por el Sindicato, y si así lo hace, es apenas natural que asuma la carga de pagar la contribución correspondiente.

En síntesis: habiéndose solicitado en el pliego de peticiones el pago de una suma igual a la cuota de los asociados, por parte de los no sindicalizados que llegaren a beneficiarse "en cualquier forma" de la convención (o del laudo), es indudable que los árbitros estaban facultados para decidir el punto, sin perjuicio de discriminar entre los que expresaran su deseo de beneficiarse del laudo con las consecuencias legales y aquéllos a quienes lo extendiese la Empresa por su propia iniciativa, desplazando en este último evento la obligación de hacer el pago.

Tampoco prospera este cargo.

Quinto cargo.

Acusa el recurrente las recomendaciones que hizo el laudo en relación con los puntos 21, 22 y 23 del pliego principal y 3º de la adición del mismo.

A este propósito anota:

"Los artículos 458, 459, 460, 461 del Código Sustantivo y 135, 136, 140, 141, 142 y 143 del

Código de Procedimiento Laboral, estatuyen perentoriamente que la función de los Tribunales arbitrales es la de *decidir,* la de *fallar,* la de *dictar disposiciones con fuerza de sentencia.* De tales normas se deriva el *"imperium"* con que el legislador ha revestido las sentencias arbitrales en los conflictos colectivos de trabajo de carácter económico, sean mixtos o de intereses simples".

Y concluye:

"...el Tribunal ha extralimitado el objeto de su convocatoria, ha decidido con impropiedad algunas de las materias que fueron sometidas a su conocimiento, puesto que su misión no era la de 'recomendar'. Por lo tanto, a la luz de los artículos 458 del Código Sustantivo del Trabajo y 143 del Código de Procedimiento Laboral, ha indispuesto la regularidad de su laudo; el cual deberá ser anulado en los cuatro puntos denominados 'recomendaciones', por incompetencia para formularlas".

SE CONSIDERA

En la parte final del laudo, el Tribunal formula las siguientes recomendaciones.

"Primera. *Bonificación especial.* Recomienda el Tribunal que con motivo de la inauguración del nuevo edificio de la Flota Mercante Grancolombiana en Bogotá, se conceda a los trabajadores una prima especial.

"Segunda. *Semana laboral.* El Tribunal recomienda que se conserve la semana laboral de cinco días como hasta el presente se viene practicando en la empresa.

"Tercera. *Cesantías.* La Flota Mercante Grancolombiana adelantará los estudios conducentes a establecer las reservas indispensables para acordar posteriormente con sus trabajadores la descongelación de sus cesantías.

"Cuarta. *Carnavales.* Con motivo de los carnavales anuales de Barranquilla, los empleados que sirven en aquella ciudad y los directivos de la Flota acordarán la manera de que durante los días lunes y martes del carnaval pueda la mayoría de los empleados disfrutar de las festividades sin merma del salario y sin causar perjuicios a la empresa".

En la parte motiva se expresa sobre el particular:

"DESCONGELACIÓN DE CESANTÍAS

"La petición dice: 'A partir del 1º de marzo de 1964, la Flota Mercante procederá a descongelar las cesantías de sus trabajadores la cual se liquidará de acuerdo con el último sueldo devengado por el empleado'.

"SE CONSIDERA

"Comoquiera que esta congelación está vinculada a las disposiciones del Decreto 0118 de 1957 en la etapa de arreglo directo, el señor Carlos Rincón explicó la posición de los empleados así:

" 'El señor Rincón comentó que si el Decreto fue justo o no, es algo que ya no vale la pena discutir. Pero que el caso es que los trabajadores consideran que la cesantía es una prestación destinada a aliviar la situación del trabajador cuando se queda sin empleo; si se analizan los fenómenos económicos, especialmente el de la devaluación, vemos que la suma que recibe por cesantía el trabajador va perdiendo todos los días su valor adquisitivo y además se reduce considerablemente si ha sido congelada en virtud del mencionado decreto. Que es esta una de las razones que consideran los trabajadores como argumento para solicitar la descongelación'.

"El Tribunal considera que satisfacer esta petición de los trabajadores implicaría el surgimiento de un pasivo sorpresivo para la Flota Mercante Grancolombiana que podría originarle dificultades financieras imposibles de prever. No obstante, recomendará a la Empresa hacer un estudio sobre esta petición de los trabajadores para resolverlo posteriormente.

"SEMANA LABORAL DE CINCO DÍAS

"La petición dice:

"La Empresa establece, de manera definitiva, la jornada laboral de cinco (5) días, modificándose de esta manera el acuerdo directo en la convención del año 1963.

"SE CONSIDERA

"De toda la documentación presentada al Tribunal se deduce que la Empresa ha venido aplicando con éxito la semana laboral de cinco (5) días. La petición de los trabajadores va encaminada a estabilizar en derecho lo que ya existe en el hecho. Por esta circunstancia el Tribunal no encuentra inconveniente en recomendar a la Empresa conservar esta situación en el futuro.

"CARNAVAL DE BARRANQUILLA

"Dice la petición:

"Los días lunes y martes del carnaval anual en la ciudad de Barranquilla, no se trabajará. El personal que sea requerido por la empresa para ejecutar labores durante estos días, tendrá

derecho a que la Flota Mercante Grancolombiana le pague como trabajo extra o suplementario.

"SE CONSIDERA

"Acerca de esta petición, en la etapa de arreglo directo el señor Cifuentes de Anegrán dijo: 'Que en Barranquilla nunca se ha trabajado en esa época; pero que en el presente año les dijeron que se descontinuaría la costumbre y que en el futuro habría que trabajar en días de carnaval. Que los señores del Sindicato llegaron a un acuerdo con el Gerente y el problema se arregló, pero que la petición tiene por objeto afianzar en forma definitiva lo que ha sido una costumbre durante muchos años. Por su parte el doctor Policarpo Gutiérrez dijo en la misma sesión: 'Que le parece difícil aceptar: primero, que en los días de carnaval no se trabaje, y segundo que a quien le corresponda hacerlo por razón de la índole de sus funciones, haya que pagarle tiempo extraordinario. Que podría mantenerse la costumbre, que ha sido la de que quien no es indispensable pueda ausentarse, procurando establecer turnos o rotar el personal, lo que no se sabe si será posible en la práctica.

"El Tribunal se limitará a recomendar que la Flota propicie las condiciones necesarias para que los trabajadores no se hallen ausentes de las festividades tradicionales de Barranquilla, sin perjudicar tampoco las labores esenciales que cumple la Empresa".

Evidentemente la función de los árbitros, por algunos aspectos, es análoga a la de los Jueces. Pero la misión de aquéllos es mucho más amplia que la de éstos, especialmente cuando sus pronunciamientos versan sobre cuestiones económicas. Ya esta Sala ha tenido oportunidad de señalar la extensión de los poderes de los árbitros en varias providencias. En dos de ellas se dijo:

"Las facultades del árbitro dependen de la naturaleza del conflicto: si éste es de índole económica, aquéllas son las propias del arbitrador o amigable componedor, semejantes a las del conciliador; si el conflicto es de tipo jurídico, las facultades del árbitro son las que corresponden normalmente al Juez ordinario". (Sentencia del 27 de enero de 1961. Asociación Colombiana de Empleados Bancarios y otros Vs. Banco de Bogotá y otros).

"Los árbitros representan un nuevo tipo de juzgadores distinto a los ordinarios, con facultades más elásticas y con fines más prácticos desde el punto de vista de la realidad social". (Sentencia del 31 de octubre de 1963. Sindicato de Trabajadores "Sidelca" Vs. "Colombian Petroleum Campany").

Además, la propia circunstancia de que los árbitros en el caso de autos se hayan abstenido de imponer a la Empresa las obligaciones laborales solicitadas por los trabajadores en las correspondientes peticiones, para hacer en su lugar unas simples recomendaciones, sin duda con el ánimo de buscar la mejor armonía en las relaciones de las partes, hace inadmisible el cargo.

LA ACUSACION DE LOS TRABAJADORES

El apoderado de la "Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana" formula tres cargos:

Primer cargo.

Sostiene que la Empresa, en virtud de práctica reiterada desde hace más de diez años, reconoce el auxilio por enfermedad en cuantía de las dos terceras partes del salario durante los tres primeros (sic) días de incapacidad, sin condicionarla al hecho de que ésta sea mayor de tres días, por lo cual el laudo, al exigir tal requisito, desconoce un derecho adquirido por los trabajadores, con violación de normas de orden público, especialmente de la contenida en el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo.

SE CONSIDERA

El pliego de peticiones en el punto 8º dice:

"*Auxilio por enfermedad.* Cuando un empleado se encuentre incapacitado para trabajar por enfermedad debidamente comprobada, la Empresa le reconocerá el salario completo por todo el tiempo de duración de la incapacidad. Esta se comprobará con el certificado que expida el médico que haya atendido al enfermo".

El Tribunal decidió la petición así:

Tercero. *Auxilio por enfermedad.* Cuando el empleado demuestre, con certificado de los médicos del Seguro Social o de la Empresa, que ha sufrido una incapacidad mayor de tres días por enfermedad, la Flota Mercante le reconocerá las dos terceras partes del salario correspondiente a dichos tres primeros días de incapacidad.

En la parte motiva se explica esta decisión en los términos siguientes:

"Sobre este punto los trabajadores presentan la tesis de que debe pagárseles los tres primeros días de toda enfermedad, puesto que esta prestación existió en la empresa durante largo tiempo. Por su parte la Flota sostiene que es extraño al derecho laboral nacional e internacional el pago de salario por los tres primeros días de incapacidad, puesto que podría estimular la

ausencia del trabajo por leves motivos de salud. La necesidad de equilibrar la disciplina interna que debe mantener toda empresa, con unas justas prestaciones sociales, hace necesario armonizar estas dos posiciones. Es aceptable que el trabajador lleve en parte la carga de las afecciones menores de naturaleza pasajera. Pero no parece justo que si un trabajador llega a sufrir una enfermedad que lo incapacite por más de tres días vea sus entradas reducidas en el salario correspondiente. Por estas razones el Tribunal decidirá que cuando el empleado compruebe una incapacidad por enfermedad mayor de tres días, la Flota le reconozca las dos terceras partes del salario correspondiente a dichos tres primeros días de incapacidad".

LA SALA OBSERVA

En las conversaciones de arreglo directo (Acta número 2, páginas 8 a 11), los representantes de los trabajadores afirmaron que la Empresa había implantado la práctica de pagar todo el tiempo de duración de la incapacidad, práctica que posteriormente fue suprimida. Los representantes de la Flota dijeron "que si en alguna vez o durante algún tiempo se pagaron dichos *primeros tres días* (se subraya), ello solamente ocurrió por error de los encargados de ordenar ese pago..."; "...que esta prestación estuvo establecida mientras no la había tomado a su cargo el Seguro Social, pero que al cambiarse el deudor de la prestación la empresa tenía que acoger la reglamentación del Instituto, en su integridad".

En memorando número 34910 del 24 de septiembre de 1963 dirigido al departamento de personal se dieron las siguientes indicaciones:

"Ref: Pago del sueldo a los empleados en caso de enfermedad no profesional.

"Por solicitud del Gerente General, doctor Díaz, la Junta Directiva en sesión del 17 de los corrientes, Acta número 705, derogó lo resuelto en sesión del 2 de julio del corriente año sobre la materia del rubro y en su lugar dispuso lo siguiente: En caso de enfermedad no profesional se le pagará a los empleados el sueldo completo a partir del 4º día de incapacidad inclusive, y la Empresa recaudará para sí las indemnizaciones que el Seguro Social reconoce en estos casos. No se pagarán, en consecuencia, los tres primeros días de enfermedad".

En conciliación se mantuvieron los opuestos puntos de vista a que se ha hecho referencia.

Como se ve de las transcripciones anteriores, lo que se solicitó en el pliego de peticiones y se discutió en el curso del conflicto, fue lo relativo al pago de los *tres primeros días de incapacidad*, incluidos dentro de la duración total de ésta.

No aparece demostrado ni debatido el hecho de que la Empresa hubiese tenido la costumbre de pagar a sus trabajadores en caso de enfermedad y cuando ésta no excediese de tres días, el pago de los salarios correspondientes.

Carece, pues, de fundamento la acusación que se hace en este cargo y, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo.

Se ataca la decisión en virtud de la cual los árbitros se declararon incompetentes para ordenar el reajuste de la bonificación especial establecida en la cláusula cuarta del laudo arbitral proferido el 11 de febrero de 1963.

SE CONSIDERA

Acerca de esta cuestión, el laudo declara:

"El Tribunal estima, siguiendo en esto la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que la interpretación y cumplimiento de normas laborales preexistentes escapan a la competencia de los arbitramentos obligatorios a menos que las partes hayan extendido voluntariamente la jurisdicción de los árbitros a ese tipo de controversias, lo cual no parece evidente en esta oportunidad".

Se trata, evidentemente, de la interpretación y aplicación de una norma preexistente, frente a concretos casos litigiosos. O sea, típicas controversias jurídicas cuya solución la ley ha adscrito a los Jueces del Trabajo (artículo 2º C. P. L.).

Y no aparece de los autos, como lo insinúa el recurrente, que las partes, las cuales estuvieron en desacuerdo acerca de este punto, hubiesen convenido en autorizar a los árbitros para resolverlo.

Tampoco prospera este cargo.

Tercer cargo.

Alega el recurrente que el Tribunal de Arbitramento omitió el estudio y decisión del punto veintisiete del pliego de peticiones que dice:

"Las prestaciones extralegales que reconoce actualmente la Flota Mercante Grancolombiana a sus trabajadores no serán suprimidas ni disminuidas".

En consecuencia, solicita que se devuelva el expediente a los árbitros con el objeto de que resuelvan el punto.

SE CONSIDERA

Según la parte final del Acta número 5 de la etapa conciliatoria, el punto veintisiete del pliego de peticiones fue solucionado así:

"Sobre las bases anteriores se redactó la siguiente cláusula que negocia los puntos 26 y 27 del pliego de peticiones, el 4º de la separata o adición con respecto a los trabajadores de Buenaventura y el 1º también de la adición, que se refiere a los trabajadores de Barranquilla.

"Una vez dictado el laudo arbitral que dirima el presente conflicto, las partes designarán dos representantes suyos cada una, con el objeto de que elaboren el estatuto integrado de las estipulaciones convencionales y de las disposiciones arbitrales, aplicables a todos los trabajadores de la Flota Mercante Grancolombiana, S. A. y de la Transportadora Grancolombiana Limitada.

"Esta comisión iniciará labores dentro de las 48 horas siguientes a la designación de sus miembros y dispondrá de 30 días de término para cumplir su objeto; pero en caso de que alguna disposición arbitral fuere recurrida en homologación, lo referente a ella únicamente se incorporará al estatuto cuando se hubiere decidido el recurso mencionado".

Por tanto, al Tribunal de Arbitramento no le correspondía adoptar decisión acerca del mencionado punto.

El cargo es infundado.

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,

RESUELVE:

Primero. *No es exequible* el artículo sexto del laudo acusado en la parte que dice "y la cantidad de $ 110.00 por matrícula de cada hijo en estudio universitario". De conformidad con el artículo sexto del laudo arbitral proferido el 11 de febrero de 1963, la parte que se declara *inexequible* quedará así: "La cantidad de cincuenta pesos ($ 50.00) anuales, por cada hijo que adelante estudios universitarios".

Segundo. *Es inexequible* el artículo noveno del laudo acusado.

Tercero. El laudo se homologa en sus demás disposiciones.

Copia de este fallo y del laudo arbitral se remitirán al Ministerio del Trabajo.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez, Alejandro Córdoba Medina, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RELACION JURIDICA DE TRABAJO ENTRE LOS LITIGANTES. — TRABAJADOR SUBORDINADO DE LA COMPAÑIA EN CALIDAD DE AGENTE VENDEDOR

Auxilio de cesantía. — Compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas. Primas de servicio. — Confesión del representante de la sociedad en preguntas de posiciones presentadas al actor. — Análisis de la prueba testimonial. — La buena fe patronal y la exención por la sanción de mora. — Alcance del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 14 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

José Alfredo Godoy citó a juicio ordinario a la sociedad de responsabilidad limitada, denominada "Pabón & Compañía", representada por su Gerente, para que por sentencia fuera condenada a pagarle lo siguiente: salarios insolutos, cesantía, vacaciones, primas de servicio, dominicales y festivos, lucro cesante e indemnización moratoria.

Afirma la demanda en sus fundamentos de hecho que Godoy le prestó servicios personales a la sociedad, desde el 14 de septiembre de 1957 hasta el 28 de abril de 1959; que en esa fecha fue despedido por el patrono; que devengó, en promedio, un salario de $ 800.00 mensuales; que la compañía retuvo el pago de comisiones por ventas que de sus productos hizo el trabajador, y no le ha cancelado las prestaciones sociales que reclama.

La respuesta a la demanda negó los hechos en que se apoya, expresando que el demandante fue un comisionista independiente y no un trabajador subordinado.

La sentencia que clausuró el debate en primera instancia, dictada por el Juzgado 7º del Trabajo de Bogotá, condenó a la sociedad a pagar al demandante: auxilio de cesantía, compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas, y primas de servicio, en la cuantía que indica el ordinal primero de su parte resolutiva. La absolvió de los demás cargos.

Abrió la relación de segundo grado el recurso de apelación que contra la anterior providencia interpuso la parte demandante, resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia confirmatoria de la de primer grado.

La misma parte hizo valer el recurso de casación contra el fallo del *ad quem,* que la Corte pasa a decidir.

EL RECURSO

Aspira a que la Corte case la sentencia del Tribunal en cuanto absuelve a la sociedad de la súplica sobre condena al pago de la indemnización moratoria para que, previa revocatoria de la de primera instancia en igual sentido, acceda, en su lugar, a la referida petición.

Con invocación de la causal primera de casación, formula seis cargos contra la sentencia del *ad quem;* en todos acusa violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por diversos conceptos.

Cargos: *primero, quinto y sexto.*

Señala el primero como normas violadas, además del artículo 65, el 98 del Código citado, modificado por el tercero del Decreto 3129 de 1956, por falta de aplicación, a causa de error de hecho evidente.

Consistió el error en no dar por demostrado, estándolo, que la sociedad obró de mala fe al negar la existencia del contrato de trabajo. El error provino de mala estimación o falta de apreciación de unas pruebas.

Como tales relaciona: la respuesta a la demanda (Fs. 8 a 12 y 21 y 22); posiciones absueltas

por el gerente de la sociedad (Fs. 31 a 36); el comprobante del folio 38; confesiones contenidas en las preguntas del interrogatorio presentado por la sociedad al actor (Fs. 41 a 45); declaraciones de Raimundo Lizarralde y Elvira Almanza (Fs. 53 a 59); documentos de folios 60 a 67; inspección ocular (Fs. 68 a 72); y carta del folio 2º.

Sostiene el acusador que la sentencia no tuvo en cuenta las pruebas singularizadas, pues de lo contrario habría llegado a la conclusión de que la sociedad procedió de mala fe al negar el contrato laboral; que todas ellas demuestran el trabajo del demandante como comisionista y el salario; que la inspección ocular acredita la remuneración devengada por aquél, semanalmente, y las sumas que recibió a título de subsidio de transporte; que según el comprobante del folio 38 Godoy inscribió a la sociedad en la Empresa de Telecomunicaciones, habiendo celebrado con ella numerosos contratos en beneficio del patrono, por lo cual no se puede afirmar que éste obró de buena fe al negar el vínculo laboral entre las partes; que el contrato lo aceptan los falladores de instancia al condenar a la compañía al pago de vacaciones, cesantía y primas de servicio, y, sin embargo, se abstienen de imponerle la sanción por mora, considerándola de buena fe; que al pagar la sociedad el subsidio de transporte, debió tener la convicción de que se hallaba vinculada a Godoy por un contrato de trabajo; que, por consiguiente, al negarlo, obró de mala fe para no pagarle las prestaciones sociales.

El quinto cargo cita como infringidos por el sentenciador los artículos 768 y 769 del Código Civil, en relación con los artículos 65, 21, 24 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo, de manera indirecta, a causa de error de hecho.

El error es el mismo que puntualiza el primer cargo, y se derivó de mala apreciación o inestimación de las pruebas que allí especifica.

La acusación aduce estas razones: las pruebas acreditan el contrato de trabajo, aceptado por el fallador. La respuesta a la demanda de un lado admite una comisión ganada por el actor y un tiempo de servicio, y de otro rechaza su labor personal negativa, desvirtuada por el documento del folio 38. En las preguntas de las posiciones formuladas por la sociedad al demandante, afirma hechos contrarios a los contenidos en la respuesta a la demanda, y en la inspección consta que le pagó a Godoy subsidio de transporte. Concluye de lo expuesto que la sociedad tuvo, de buena fe, la conciencia de que el actor era su empleado, como agente vendedor. Anota, por último, que la empresa, en el documento del folio 2 dejó testimonio de que el demandante trabajó a su servicio año y medio, con sueldo de $ 800.00 mensuales, y niega después el contrato de trabajo, posición contraria a la buena fe.

Las normas que la sentencia viola, según el sexto cargo, son los artículos 65 y 66 del Código, de manera indirecta, por falta de aplicación, a causa de error de hecho, inestimación de la carta del folio 2.

El error que alega es el de no dar por demostrado, estándolo, que Godoy fue trabajador vinculado a la empresa por contrato de trabajo.

Dice el recurrente que en la carta del folio 2 la empresa habla del tiempo de servicios de Godoy y del sueldo que devengó, y después, en la respuesta a la demanda, niega el contrato de trabajo; que según el artículo 66 no podía en el juicio aducir razones diferentes de las consignadas en la carta; que al desconocer la sentencia el valor que tiene esa prueba, incurrió en el mencionado error, pues consideró al demandante como deshonesto y culpable, demostrando el documento lo contrario, esto es, que quien obró de mala fe fue la sociedad.

Segundo cargo.

Violación del artículo 65 del Código, de manera directa, por falta de aplicación.

Para sustentarlo dice el impugnante que como la sentencia aceptó la vinculación laboral entre las partes, ha debido condenar a la sanción por mora, en atención a que la sociedad no consignó lo que estimaba deber al actor; que para la aplicación de la norma mediaba la circunstancia de que la sentencia de primer grado aceptó el contrato y de ella no apeló la sociedad; y que habiéndola confirmado el superior, se abstuvo sin embargo de consignar las deudas laborales a su cargo.

Cargos: *tercero y cuarto.*

Acusa el tercero violación directa, por errónea interpretación, del artículo 65 del Código del ramo, en relación con el 98 *ibídem.*

Para demostrar el cargo dice el acusador que, si no se trata de ignorancia de la norma, hubo rebeldía en su aplicación, y agrega: si la sociedad niega de buena fe el contrato y sobreviene un fallo adverso en primera sentencia, el cual no apela, a pesar de lo cual se abstiene de consignar las deudas a su cargo, no puede el de segunda considerarla de buena fe, pues para ello habría sido necesario que hubiera hecho la consignación del caso, y como así no procedió, su mala fe es protuberante.

El cuarto cita como violados los artículos 768 y 769 del Código Civil, en relación con los

artículos 21, 24, 55 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación.

Da a conocer el recurrente el contenido de las normas y a continuación sostiene que la sentencia fue renuente al aplicar el concepto de la buena fe a favor del actor y en contra de la empresa, porque el patrono, por regla general, está en mejores condiciones económicas para litigar que el trabajador; que si aquél niega el contrato, debe hacerlo de buena fe; y que en el juicio ha faltado sinceridad a la empresa; que como el Tribunal aceptó el contrato, condenando al patrono al pago de determinadas prestaciones, y la obstinación de aquél en rechazarlo ha sido nugatoria, ha debido condenarlo al tenor del artículo 65.

La réplica de la parte opositora:

Como cuestión previa plantea la de que el recurso debe declararse desierto, porque el poder otorgado por el actor a su apoderado lo facultó únicamente para exigir el reconocimiento y pago de la cesantía y, por consiguiente, no lo habilita para recurrir en casación.

Observa la Sala que durante el trámite del recurso el apoderado del opositor formuló una petición en igual sentido, denegada en providencia de la Sala del 2 de febrero de 1962 (F. 24), que se halla ejecutoriada. Nada tiene, pues, la Sala que decidir al respecto.

Los argumentos de la oposición pueden resumirse así:

En la respuesta a la demanda y en la confesión rendida en el juicio por el representante de la sociedad, la parte demandada sostuvo que Godoy había sido un comisionista y no trabajador subordinado; los documentos de folios 60 a 68 contienen relaciones de comisiones ganadas "en ventas extemporáneas"; en las declaraciones de renta de la empresa se habla de comisiones pagadas al actor y no de salarios; la recomendación del folio 2 se la dio la compañía al demandante para ayudarlo a conseguir ocupación y no tiene otra significación. Anota que según el testigo Lizarralde, Godoy laboró en la empresa como trabajador dependiente, y conforme al dicho de la declarante Almanza, no prestó servicios en tal calidad; que acerca de la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los litigantes, obran pruebas de una y otra parte en sentido contrario, como resulta de los testimonios, y cuando así ocurre no se configura error de hecho evidente, según la jurisprudencia, y, por último, que lo que el cargo ataca no es propiamente el desacierto en la actividad probatoria del fallador, sino la libre formación de su convencimiento, lo cual no demuestra el error de la clase mencionada.

En las razones anteriores se funda para concluir que el primer cargo carece de fundamento.

A ellas se remite, en lo esencial, para sostener que no resulta justificado el quinto cargo, que, como el primero, se basa en el quebranto indirecto de la ley a través de error de hecho por inestimación de las mismas pruebas que el mencionado cargo relaciona.

Con relación al sexto cargo, manifiesta que la carta del folio 2, nada tiene que ver con la norma del artículo 66 del Código, y por tal motivo, no es admisible.

En cuanto al segundo cargo, lo refuta diciendo que en la audiencia de alegaciones ante el Tribunal, el apoderado de la empresa sostuvo la tesis de que el demandante no fue agente vendedor de la sociedad, y que si no apeló de la decisión de primer grado se debió a la consideración de que las condenas que contiene no valían la pena.

En el análisis que hace del tercer cargo anota que la sentencia no le dio aplicación al artículo 65 por haber estimado que si el patrono al terminar el contrato no pagó las deudas a su cargo ni consignó su importe, lo hizo de buena fe, acogiendo lo que sobre el particular tiene decidido la jurisprudencia, por lo cual no puede hablarse de errónea interpretación de la norma.

Contesta el cuarto cargo manifestando que no hubo malicia de parte de la sociedad al negar el contrato de trabajo, porque según el Tribunal, obró de buena fe, y que por ello no incurrió en el error de juicio de que habla la acusación.

Acerca del tema debatido en casación, la parte motiva de la sentencia acusada se expresa así:

"En cuanto a la indemnización moratoria impetrada, es cierto que en los autos consta que al trabajador no se le cubrieron las prestaciones a las cuales se había hecho acreedor cuando se terminaron las labores del mismo al servicio del patrono. Pero no lo es menos que la ausencia de tal pago o de la consignación prevista en el numeral 2º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se explica suficientemente por la creencia del representante de la empresa de que, por la clase de labores que desempeñaba el actor, no existía estrictamente un vínculo laboral. Todas las alegaciones de la parte demandada, desde que se trabó la litis y a lo largo del proceso, han girado alrededor de la presunción o tesis de que entre la sociedad "Pabón y Cía." y el señor Luis Alfredo Godoy no existió un verdadero contrato de trabajo, sino que el último era un comisionista independiente que había

prestado algunos servicios a dicha empresa. Y este criterio o tesis, equivocado según se estableció en el fallo apelado, lleva sin embargo al convencimiento de que el patrono, al no cubrir oportunamente las prestaciones del trabajador, obró de buena fe.

"Ahora bien, la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia y de este Tribunal ha sido uniforme al establecer que la indemnización moratoria consagrada en la norma sustantiva arriba citada, que primordialmente tiene un carácter de sanción para el patrono, no es aplicable cuando éste ha procedido de buena fe. En otras palabras, cuando la falta de pago o el pago retardado obedece a circunstancias justificativas de duda del patrono sobre la existencia o exigibilidad de la obligación. Y, como se repite, tal es el caso contemplado en autos, la condena por indemnización moratoria, no puede prosperar".

SE CONSIDERA

La Sala pasa a examinar los cargos en el mismo orden en que los ha presentado.

I. *Primer cargo.*

No es del caso hacer consideración alguna en cuanto a la respuesta a la demanda y a la confesión provocada del gerente de la sociedad; en una y otra prueba la parte demandada negó la existencia del contrato de trabajo, y es eso lo que ellas demuestran según la sentencia, como lo admite el recurrente. Lo que la acusación pretende demostrar es que los demás medios probatorios llevan a la conclusión de que sí fue de trabajo dependiente la relación jurídica entre los litigantes y, por tanto, que, al negarla, la sociedad no obró de buena fe, como lo sostiene el fallador, por lo cual ha debido condenarla a la sanción moratoria. La ausencia de la buena fe la deduce de las pruebas que se examinan a continuación:

a) Comprobante del folio 38.

Reza el documento que el 13 de marzo de 1958 el demandante Godoy solicitó a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones la inscripción de su nombre como proveedor de muebles a cuya fabricación se dedicaba la compañía demandada.

La Sala observa que se trata de un acto ejecutado por el actor y no por la empresa, que, por lo mismo, no la beneficia ni la perjudica y, por consiguiente, no es apto para ver en él la prueba de que al negar la convención laboral obró de mala fe.

b) Confesiones del representante de la sociedad en preguntas de las posiciones presentadas al actor.

El ataque no precisa cuáles son los hechos que la prueba demuestra, contrarios a las apreciaciones del sentenciador. La omisión al respecto no le permite a la Sala examinar el medio probatorio para investigar si por su inestimación, la sentencia incurrió en el error que el cargo le atribuye.

No sobra anotar que no se trata de confesión judicial; la admisión de un hecho por el apoderado judicial en preguntas del cuadro de posiciones, perjudicial al mandante, no tiene el mérito de una concesión, pues no proviene de la parte a quien representa. Para que tenga ese mérito, se requiere autorización del poderdante, que la ley sólo presume para los escritos de demanda y excepciones y en las respuestas correlativas (Art. 607 del C. J.).

c) Declaraciones de los testigos Lizarralde y Almanza.

La censura presenta el mismo defecto que ofrece la prueba citada en el literal anterior. Parece dar a entender el acusador que ella demuestra el contrato de trabajo; si ello es así, debe apuntarse que la sentencia lo acepta, y en tal virtud, accedió a algunas de las súplicas de la demanda. Pero, admitiendo que los testimonios acreditaran lo que el cargo afirma —maia fe de la sociedad al negar el vínculo laboral— y que el reparo es digno de consideración, la Sala entra a examinarlos.

El testigo Lizarralde, empleado de la Beneficencia de Cundinamarca, dice que Godoy se presentó a su oficina como agente vendedor de la sociedad en 1957, y por su conducto se tramitaron pedidos de muebles para la Beneficencia, no habiendo exhibido aquél ninguna credencial que lo acreditara como agente de Pabón y Cía., ignorando si recibía de ésta sueldo o comisión; que en algunas ocasiones visitó los almacenes de la empresa y vio en ellos a Godoy, sin desempeñar ninguna función específica, habiéndolo atendido solamente una vez; que no ha conocido ningún otro agente de la firma distinto de Godoy y que ella nunca desautorizó los pedidos hechos por su conducto; que lo consideró como su agente, sin saber si era o no comisionista.

La testigo Elvira Almanza, empleada de la sociedad, manifiesta que en febrero de 1957 presenció la conversación celebrada entre Godoy y Mario Pabón, gerente de la compañía, y en ella aquél le dijo a éste que podía ser su vendedor mediante pago de una comisión del cinco y siete por ciento, sin asumir la función de empleado; que en el almacén solo hay tres empleados incluyendo al contador, y a su servicio no ha tenido agentes vendedores; que Godoy visitaba

las oficinas de la empresa cuando quería; que muchos de los pedidos que hacía Godoy eran verbales; que en algunas veces el almacén le insinuaba clientes en atención a que pasaban muchos días y no vendía nada; que Godoy le pidió a Pabón una recomendación para solicitar un puesto en la sociedad Camacho Roldán, insinuándole que en ella se dijera que era su trabajador y devengaba un sueldo de $ 800.00, recomendación que escribió el propio interesado y que sustituyó por otra el mismo Pabón, porque la hecha por aquél mostraba algunas fallas y repisados.

La declaración del primero de los testigos nada dice acerca de la celebración de un contrato de trabajo entre las partes, pues ignora la clase de relaciones que hubieran podido existir entre ellas; no pudo observar su desarrollo, entre otras razones, por ser elemento ajeno a la empresa. El segundo testimonio niega que el vínculo entre los litigantes hubiera sido de trabajo dependiente. Aun en el supuesto, pues, de que la declaración de Lizarralde acreditara el trabajo dependiente de Godoy, no tendría el mérito de demostrar que la sociedad, al negarlo, obró de mala fe. La del otro testigo no se presta siquiera para deducir que Godoy fue empleado subordinado de la empresa y, por tanto, que su comportamiento fue contrario a la buena fe.

d) Documentos de folios 60 a 67.

Los que obran a folios 60 a 63, firmados por el actor, dan cuenta de comisiones que recibió por las ventas que hizo; no expresan ellos que las comisiones respondan a retribuciones de servicios como agente vendedor, en calidad de empleado de la compañía. Los documentos corrientes a folios 64 y 65 contienen la relación de las ventas hechas directamente por la compañía a la Empresa de Telecomunicaciones y a la Universidad Nacional, y los de folios 66 y 67 detallan las ventas realizadas por la sociedad con intervención del demandante. De estos dos últimos documentos no se deduce, necesariamente, que la compañía tuvo la creencia de que Godoy estuvo ligado a ella por un contrato de trabajo y, en consecuencia, que al negarlo, obró de mala fe, como lo sostiene la acusación.

e) La inspección ocular.

El libro de caja en ella examinado registra ventas periódicas realizadas por el demandante, de agosto de 1957 a diciembre de 1959, y el pago de las correspondientes comisiones, de todo lo cual dan cuenta las relaciones corrientes a folios 66 y 67, incorporadas a la diligencia de inspección, e igualmente de sumas entregadas al actor a título de auxilio de transportes, en 1958 y 1959.

En esa prueba se fundan los fallos de instancia para estimar que Godoy fue trabajador subordinado de la compañía, en calidad de agente vendedor.

LA SALA OBSERVA

En la exposición del cargo se da el recurrente por sabedor de la doctrina recibida por la jurisprudencia, según la cual, cuando el patrono de buena fe niega el contrato de trabajo, puede ser eximido de la sanción por mora. En esa doctrina se funda la sentencia para no aplicar el precepto del artículo 65 del Código. La discrepancia entre el acusador y el fallo radica en que para aquél, acreditado el contrato de trabajo, su desconocimiento por el patrono no pudo hallarse inspirado en la buena fe. No es atendible el argumento: la demostración en el juicio del referido contrato no lleva necesariamente a la consecuencia de que su desconocimiento por el empleador sea incompatible con la buena fe. No hay oposición entre las dos situaciones, sobre todo, si la negativa se funda en razones valederas y al proceso aduce el patrono pruebas atendibles. La sentencia anota que la empresa desde la contestación de la demanda y a lo largo del juicio sostuvo que no había existido el contrato de trabajo en que basa sus pretensiones el demandante, alegación que consideró razonable en atención a la índole de las relaciones de trabajo entre las partes. En apoyo de esa tesis adujo la compañía la declaración de la testigo Almanza. Es evidente que el trabajo del agente vendedor, a diferencia del empleado de planta, se presta para ver en su actividad servicios autónomos o independientes, ya que habría podido ejecutarlos sin la continuada dependencia de quien los recibe, evento en que la labor no quedaría bajo el imperio de la convención laboral. En el fondo la impugnación se concreta a oponer al concepto de la sentencia el del recurrente, lo cual no demuestra que aquél haya incurrido en error de hecho, ni menos que éste se muestre con las características de manifiesto y evidente, como debe serlo para su admisión en casación.

f) Carta del folio 2.

Aparece suscrita por el gerente de la compañía, sin indicación de destinatario alguno; en ella presenta y recomienda al actor como persona capaz y honorable, diciendo que laboró al servicio de aquélla habiendo devengado un salario aproximado de $ 800.00 mensuales, y concluye deseando "que a Godoy se le emplee en el trabajo solicitado".

La nota fue expedida para un fin determinado, a petición del actor, quien se proponía utilizarla para conseguir el empleo a que aspiraba en la sociedad Camacho Roldán, según las informaciones que contiene la declaración de la testigo Elvira Almanza. Su propósito no era, pues, dejar testimonio de que Godoy hubiera sido en realidad trabajador asalariado de "Pabón & Cía." con determinada asignación. Prueba de ello es que el salario promedio devengado por el demandante a título de comisiones, deducido en los fallos de instancia, apenas alcanzó en promedio, en el último año de labores, a la suma de $ 385.00, inferior en más de un cincuenta por ciento del que registra la carta de recomendación.

No prospera la acusación.

II. *Quinto cargo.*

Se funda, en síntesis, en los mismos argumentos que presenta el primero, por lo cual la Sala se remite a las consideraciones que expuso para el rechazo de éste.

III. *Sexto cargo.*

Carece de fundamento el error de hecho que allí se alega, porque la sentencia no desconoció el contrato de trabajo, pues no solo lo acepta sino que con fundamento en él condenó a la empresa al pago de algunas de las obligaciones derivadas de esa causa jurídica.

La razón que aduce el recurrente para demostrar el quebranto del artículo 66 del Código es inaceptable. La carta del folio 2 contiene una recomendación; por medio de ella la sociedad no da por terminado el contrato, ni por consiguiente nada tenía que expresar sobre los motivos de su expiración. Si el Tribunal aprecia esa prueba, no habría podido ver en la nota mala fe de la sociedad al negar la vinculación laboral, como lo afirma el acusador.

Se desecha la acusación.

IV. *Segundo cargo.*

No ignora la sentencia ni desconoce lo preceptuado en el artículo 65 del Código; por consiguiente, el reparo de que lo violó directamente resulta inatendible. Se abstuvo de aplicarlo por haber llegado al convencimiento de que al negar el vínculo de trabajo, la sociedad procedió de buena fe, siguiendo el criterio trazado por la jurisprudencia al fijar el alcance de la disposición, y esa convicción, fundada en elementos probatorios, no permite el examen del cargo dentro del motivo de casación que lo informa.

V. *Tercer cargo.*

La errónea interpretación del artículo 65, que es la modalidad de su infracción, según el recurrente, no resulta viable, porque la sentencia no le asigna al precepto entendimiento distinto del que ofrece su contenido, y porque la razón que presenta se basa en una simple presunción, que además de enfrentar una cuestión de hecho, no cabe considerar dentro del ámbito en que se coloca la acusación.

VI. *Cuarto cargo.*

Es pertinente, para su rechazo, lo expuesto por la Sala en el examen del tercer cargo. Por lo demás, se trata de simples alegaciones de instancia, sin incidencia en casación.

A mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRUEBAS DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DEL SALARIO DEVENGADO

Fenómeno de la sustitución de patronos entre diversas sociedades y el demandante. Requisitos para que se produzca la sustitución. — Uno de los elementos capitales de la sustitución de patronos es la demostración de que el contrato de trabajo no ha sufrido soluciones de continuidad. — Alcance del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo. Análisis del material probatorio. — Acusación por error de hecho y autonomía de los juzgadores en la estimación de las pruebas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 16 de 1964.

(Proyecto del Auxiliar de Casación Laboral: doctor José Eduardo Gnecco C.).

Abel Morales Franco demandó por la vía ordinaria laboral a Jairo Posada S. y Eliseo Barreneche, ambos vecinos de Caldas (Antioquia), para que se les condene solidariamente a pagarle las sumas de dinero que se prueben en el juicio por estos conceptos: cesantía, primas de servicio, salarios debidos, violación del término presuntivo del contrato de trabajo, vacaciones, horas extras, trabajo en domingos y feriados nacionales y religiosos, y salarios caídos en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Como peticiones subsidiarias hizo las siguientes: en lugar del presuntivo, condenación por preaviso; en caso de no probarse la cuantía del salario, que las condenaciones se hagan con base en el jornal mínimo legal de $ 2.00 diarios, y si no se prueba solidaridad, que las condenaciones se hagan por separado contra uno u otro de los demandados.

Los hechos de la demanda, en resumen, son éstos: En el Municipio de Caldas empezó a funcionar una empresa de transportes que movilizaba pasajeros entre esa población y Medellín; esta empresa se denominaba "Caldas Autobús Ltda." y luego se transformó en otra llamada "Empresa de Conducciones Las Arrieritas Limitada", compuesta por los mismos socios de la primera y que continuó explotando sin interrupción el mismo negocio; esta sociedad se liquidó por escritura pública número 1410 de 30 de julio de 1956 otorgada en la Notaría 7ª de Medellín; de ambas sociedades formaron parte como socios, entre otros, los demandados Jairo Posada y Eliseo Barreneche, quienes son solidariamente responsables con la sociedad "Empresa de Conducciones Las Arrieritas" por todas y cada una de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo que ligó al demandante con la empresa, responsabilidad que llega hasta el monto del aporte de los demandados en la sociedad; el demandante Abel Morales Franco trabajó al servicio de las dos empresas mediante el fenómeno conocido en el nombre de sustitución de patronos y durante dos períodos, así: del 15 de agosto de 1953 hasta el 22 de diciembre del mismo año y del 20 de marzo de 1954 al 25 de julio de 1956, desempeñando el oficio de despachador de los vehículos afiliados a la empresa; en estas labores trabajó durante todos los domingos, festivos, nacionales y religiosos, sin recibir doble salario ni descanso compensatorio remunerado; su jornada de trabajo comenzaba a las 8 de la mañana y terminaba a las ocho de la noche, sin que recibiera suma alguna por las cuatro horas extras trabajadas; el salario devengado era de $ 200.00 mensuales, del cual se le quedó a deber la suma de $ 200.00, correspondiendo $ 130.00 a la primera época y $ 70.00 al mes de septiembre de 1955; el contrato de trabajo fue verbal y por tiempo indefinido, habiéndose terminado el 25 de julio de 1955 (sic) por despido injusto del demandante; Morales Franco demandó a la "Empresa de Conducciones Las Arrieritas Limitada" y obtuvo sentencia condenatoria en la primera instancia, la cual fue revocada por el Tribunal Superior de Medellín.

El demandado Eliseo Barreneche Posada contestó la demanda directamente, sin intervención de abogado. Manifestó que fue socio de la extinta Empresa Conducciones Las Arrieritas, la cual fue declarada en quiebra; dice no saber si el demandante Morales trabajó al servicio de dicha empresa, pues quienes hicieron las contrataciones fueron los Gerentes Octavio Vélez Angel y Tulio Ruiz; también dice ignorar todos los demás hechos de la demanda; considera que la demanda ha debido presentarse contra los Gerentes y que debe tenerse en cuenta la sentencia del Tribunal de Medellín a que se refiere la demanda.

El demandado Jairo Posada, con coadyuvancia de abogado, contestó la demanda. Aceptó la existencia de las dos sociedades, de las cuales fue socio, y aclara el número y nombre de los socios que constituyeron cada una de las sociedades; agrega que hizo su aporte a la sociedad y que a él se limita su responsabilidad; dice que de existir la solidaridad con la sociedad, debe ser igual a la undécima parte, por ser once el número de socios; por último, dice ignorar los hechos que se refieren a la vinculación del demandante con la empresa y a las obligaciones adquiridas por ella con motivo de dicha vinculación. Propuso las excepciones de ilegitimidad de personería de la parte demandada, pues ha debido demandarse a todos los socios; la de cosa juzgada, con fundamento en la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal de Medellín; la de carencia de acción, por las mismas razones de la excepción de ilegitimidad de la personería en la parte demandada, y además, porque recibiendo el demandante parte de su salario de los dueños de vehículos, es a ellos a quienes debe demandar.

Del juicio conoció el Juzgado Tercero del Trabajo de Medellín, que lo decidió en sentencia por medio de la cual absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, por no haberse allegado las escrituras de constitución de ambas sociedades, sin las cuales era imposible acreditar la calidad de socios de los demandados y el límite de su responsabilidad. Estas escrituras se agregaron antes del fallo de segunda instancia.

De la sentencia apeló el demandante. El recurso fue decidido por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, en sentencia que confirmó la de primera instancia, aun cuando por razones diferentes, pues consideró el Tribunal que no estaban probados la duración del contrato de trabajo y el salario devengado por el demandante.

No hubo condena en costas en las dos instancias.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el apoderado del demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Elevados los autos a esta Superioridad, se surtió el trámite de rigor, por lo cual la Corte pasa a decidir el recurso.

LA DEMANDA DE CASACION

Persigue el quebranto total del fallo impugnado y a que convertida la Corporación en Tribunal de Instancia, revoque lo resuelto por el *a quo* para en lugar de ello entre a decidir sobre cada una de las peticiones propuestas por el actor en el libelo de demanda.

Formula tres cargos contra la sentencia que acusa y aunque no lo expresa, se deduce por el desarrollo que de ellos hace, que invoca la causal primera de casación.

Primer cargo.

Violación indirecta del artículo 67 y numeral primero del artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, a causa de error de hecho. La infracción a lo dispuesto en los mencionados preceptos sustantivos condujo al Tribunal a la violación, en igual forma, de los artículos 32, 36, 249, 306, numeral 4 del artículo 57; 64, 186 en concordancia con el artículo 7 del Decreto 617 de 1954; 168, 179, 180 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Proviene el error: "a) En no haber tomado en cuenta el Tribunal fallador el fenómeno jurídico de 'la sustitución de patronos', fenómeno que tuvo ocurrencia al dejar de existir la sociedad denominada 'Empresa de Conducciones Las Arrieritas Ltda.', disuelta y liquidada por medio del instrumento público número 1410 de 30 de julio de 1956, de la Notaría Séptima de Medellín, y al constituirse la sociedad del mismo nombre mediante la misma citada escritura pública; b) En no haber aceptado el hecho de que la empresa sustituta, estando capacitada para hacerlo (numeral 1 del Art. 69 del C. S. del T.), se responsabilizó mediante la confesión de su Gerente, y responsabilizó en tal forma a la empresa sustituida de las obligaciones insatisfechas para con el trabajador Abel Morales; y, c) En no haber aceptado, a consecuencia de los errores antes enunciados, las afirmaciones del Gerente Carlos Ospina como prueba idónea mediante la cual quedaban establecidos el tiempo de los servicios prestados por Morales así como el monto de la remuneración por éste devengada".

Las pruebas mal apreciadas son las siguientes: a) Escritura pública número 1410 de 30 de julio de 1956 (folios 82 y siguientes); b) Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Medellín

con fecha 14 de agosto de 1957 (folios 80 y siguientes); c) Copia del acta de la diligencia celebrada el 6 de septiembre de 1956 entre Abel Morales y Carlos Ospina (folio 26); y d) Escritura pública 404 de 30 de enero de 1953 de la Notaría 3ª de Medellín (folios 74 y siguientes).

LA SALA CONSIDERA

Las pruebas que según la acusación fueron indebidamente apreciadas acreditan los siguientes hechos: por escritura pública número 404 de 30 de enero de 1953, corrida en la Notaría 3ª de Medellín, se constituyó la sociedad comercial de responsabilidad limitada bajo la denominación social de Caldas Autobús Limitada, razón social que fue variada por la de "Empresa de Conducciones Las Arrieritas Limitada", según escritura pública número 647 de 18 de noviembre de 1954, otorgada en la Notaría 7ª de Medellín; esta sociedad fue declarada disuelta y liquidada por escritura pública número 1410 de 30 de julio de 1956 otorgada en la Notaría 7ª de Medellín, disolución y liquidación que obedeció al vencimiento del término, sin que fuera prorrogado oportunamente; por medio de la misma escritura pública número 1410 de 30 de julio se constituyó la sociedad comercial con denominación social "Empresa de Conducciones Las Arrieritas Limitada"; la nueva sociedad se hizo cargo tanto del activo como del pasivo que pudiera corresponderle a la sociedad disuelta y liquidada; y, por último, el señor Carlos Ospina, en su carácter de Gerente de la nueva sociedad, aceptó en la diligencia de conciliación ante la Inspección de Trabajo de Medellín, la existencia del contrato de trabajo celebrado entre la sociedad disuelta y el demandante Abel Morales, así como el tiempo de servicios y el salario devengado.

La Sala analizará si los hechos anteriores constituyen el fenómeno de la sustitución de patronos entre las diversas sociedades y el demandante Abel Morales.

El artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo establece lo siguiente: "Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios".

Para que se produzca la sustitución de patronos es necesario, según la jurisprudencia, que concurran tres requisitos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador en el servicio.

En el caso que se estudia se cumplió el primer requisito, o sea el cambio de patrono. La sociedad "Empresa de Conducciones Las Arrieritas Limitada", constituida por escrituras públicas 404 de 30 de enero de 1953, de la Notaría 3ª de Medellín, y 647 de 18 de noviembre de la Notaría 7ª del mismo Circuito, disuelta por vencimiento del término, fue reemplazada o sustituida por la "Empresa de Conducciones Las Arrieritas Limitada", sociedad constituida por escritura pública número 1410 de 30 de julio de 1956, de la Notaría 7ª de Medellín. El segundo requisito, o sea la continuidad de la empresa, también se cumplió, pues la nueva sociedad continuó con el mismo objeto social y la explotación del mismo negocio, y se hizo cargo tanto del activo como del pasivo de la antigua sociedad. Mas no se cumplió la continuidad del trabajador en el servicio, como puede observarse claramente. En efecto, el demandante afirma en su demanda que prestó servicios hasta el 25 de julio de 1956, y como la nueva sociedad comenzó su vida jurídica el 30 de julio del mismo año, hubo cesación de la prestación de servicio por parte del trabajador, o sea que *no se produjo la sustitución de patronos, pues como lo dijo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, "uno de los elementos capitales de la sustitución de patronos es la demostración de que el contrato de trabajo no ha sufrido soluciones de continuidad, es decir, que el trabajador ha pasado del poder ordenador y disciplinado del patrono sustituido al del sustituto, tal como si la venta, el arrendamiento, o el cambio de la razón social, etc., no hubieran ocurrido. Si así no fuere, puede haber un cambio de dueño, una sustitución, pero ella no sería de patronos, término que en derecho del trabajo tiene una acepción inconfundible que designa uno de los necesarios extremos de la relación de trabajo". (Sentencia de 23 de junio de 1955. Juicio de Pedro Miguel Espejo contra Compañía Frutera de Sevilla).*

Por lo tanto no incurrió el Tribunal Superior de Medellín en error evidente de hecho al no dar por establecida la existencia de la sustitución de patrono entre las dos sociedades con la misma denominación de Empresa de Conducciones Las Arrieritas Limitada.

Asimismo, no incurrió en error evidente de hecho al no haber aceptado que la empresa sustituta se responsabilizó mediante la confesión de su Gerente, de las obligaciones insatisfechas para con el demandante por la empresa sustituida, por cuanto no existiendo la sustitución de patronos, la segunda sociedad no quedó legalmente obligada al pago de las deudas laborales de la primera. La circunstancia de que la nueva sociedad se hizo cargo del activo y pasivo

de la sociedad disuelta, no establece la responsabilidad que se origina cuando hay sustitución de patronos. Si por la escritura de constitución la nueva sociedad se hizo cargo del pasivo de la antigua, la obligación de satisfacer las deudas contraídas por la otra sociedad dimana de un acto de carácter civil, pero no laboral.

Tampoco incurrió en error evidente de hecho al no estimar las afirmaciones del Gerente Carlos Ospina como prueba idónea mediante la cual quedaban establecidos el tiempo de los servicios prestados y el salario devengado, primero, porque no se demostró la sustitución de patronos, y segundo, porque las conclusiones a que llegó están respaldadas ampliamente en hechos debidamente probados. Sobre este particular dijo el Tribunal: "Pero sucede que no se estableció el tiempo servido por Morales a dicha sociedad, ni el salario que devengó a su servicio... Aparece a folios 26 la copia del acta de audiencia realizada ante la Inspección Seccional del Trabajo de Medellín, el 6 de septiembre de 1956, y en la cual Carlos Ospina, "en calidad de Gerente de Conducciones Las Arrieritas", refiere diversos datos sobre tiempo y salario de Morales. Esas manifestaciones suyas no pueden tomarse como una confesión, puesto que obraba como Gerente de una empresa o sociedad a la cual no prestó servicios el demandante. En efecto, la empresa a cuyo nombre hablaba Ospina se constituyó el 30 de julio de 1956, por escritura pública 1410 de esa fecha, otorgada en la Notaría 7ª de Medellín, y Morales afirma desde la demanda que sólo trabajó hasta el 25 de julio de 1956". Y como es cierto que la nueva sociedad se constituyó el 30 de julio de 1956, que su Gerente era Carlos Ospina y que el demandante confesó haber prestado sus servicios hasta el 25 de julio de 1956, no hay error evidente en la estimación de las pruebas hechas por el Tribunal.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Segundo cargo.

Violación indirecta, a través de error de hecho manifiesto, del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, al dejar de aplicar dicha disposición legal cuando era el caso de hacerlo, y de haber violado en consecuencia y en igual forma, lo dispuesto por los artículos 36, 209, 306, numeral 4 del artículo 57, 64, 186 en concordancia con el artículo 7 del Decreto 617 de 1954, 168, 179, 180 y 165 del Código Sustantivo del Trabajo.

El error de hecho consiste en no haber aceptado el Tribunal que el señor Carlos Ospina tuvo el carácter de representante legal, en las condiciones previstas por el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo de la empresa al servicio de la cual laboró el trabajador demandante. Este error condujo al Tribunal a no aceptar como prueba del tiempo de servicios y del salario devengado por el actor, las afirmaciones hechas por el Gerente Ospina ante la Inspección Nacional del Trabajo de Medellín.

El error de hecho provino de la indebida apreciación de las siguientes pruebas: a) Copia del acta de la diligencia de conciliación celebrada el día 6 de septiembre de 1956 (folio 26), y b) Del testimonio de Teodomiro García (F. 62).

LA SALA CONSIDERA

En el acta levantada ante la Inspección Nacional del Trabajo de Medellín el señor Carlos Ospina compareció en su calidad de Gerente de Conducciones Las Arrieritas, y en este mismo carácter firmó la respectiva diligencia. El testigo Teodomiro García declaró textualmente lo siguiente: "En la última época en que yo trabajé, Carlos Ospina era como el Admor. (sic) y éste era Admor. cuando salió el demandante".

El Tribunal Superior, al estudiar las anteriores pruebas, se pronunció en la siguiente forma: "Dice la sentencia apelada que Ospina, según los testigos Pareja y García, era administrador de la compañía a la cual sirvió Morales, pero sucede que dicho señor Ospina compareció a dicha audiencia, no como administrador de la vieja sociedad, sino como Gerente de la nueva. Finalmente, sus manifestaciones allí no pueden tomarse como el dicho de un testigo, porque no fueron hechas bajo juramento y ante autoridad competente". Es decir, el Tribunal acepta que Carlos Ospina tuvo el carácter de administrador de la antigua sociedad, que es lo declarado por Teodomiro García, pero no le reconoce capacidad para obligarla, por haber comparecido como Gerente de la nueva sociedad.

Ahora bien, el hecho de haber sido administrador de la antigua sociedad, le dio carácter a Carlos Ospina de representante legal, con facultades para obligarla judicialmente con fundamento en el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, ¿cómo lo sostiene el acusador?

Para responder en forma adecuada a esta pregunta es necesario fijar previamente el alcance del artículo 32 citado. Dice esta disposición: "Son representantes del patrono y como tales lo obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley o los reglamentos de trabajo, las siguientes personas: a) Los empleados al servicio del patrono que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores,

mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejerciten actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono; b) Los simples intermediarios''.

A juicio de la Sala, estos empleados que desempeñan funciones de dirección o administración, tienen la representación del patrono y lo obligan, pero en forma limitada. Limitación que proviene de la naturaleza de las funciones que ejercen y del tiempo durante el cual desempeñan los respectivos oficios. Así, un simple administrador no puede representar al patrono en los juicios que se siguen contra él, y por consiguiente obligarlo, a no ser que esté expresamente facultado para ello. Y en relación al tiempo, la representación y la capacidad de obligar no es indefinida, pues ella sólo subsiste durante el período en que el empleado está en ejercicio del cargo; pero una vez que pierde la vinculación contractual con el patrono, deja de estar facultado para representarlo y obligarlo.

El artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo tiene por finalidad conservar la disciplina en la empresa y salvaguardiar los intereses del trabajador, lo primero se consigue con la representación del patrono de que gozan los altos empleados, quienes en ejercicio de ella están facultados para contratar trabajadores, dar órdenes, imponer sanciones, etc. Lo segundo, con la capacidad que tienen de obligarlo; el trabajador está seguro de que al contratar o al cumplir las órdenes del administrador o director, el patrono queda obligado con él, sin que posteriormente pueda alegar que no los hizo personalmente. Pero no puede interpretarse esta norma como si confiriera al alto empleado la representación judicial del patrono, que se rige por disposiciones especiales de orden civil y procesal.

En relación con las afirmaciones hechas por Carlos Ospina en la Inspección del Trabajo, ellas se produjeron cuando ya no tenía el carácter de empleado de la antigua sociedad y carecía, por ende, de la facultad de representarlo y obligarlo. Así es que el Tribunal no incurrió en error manifiesto al no reconocer a Ospina el carácter de representante legal de la antigua sociedad, ni al considerar que carecía de la capacidad para obligarlo.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Tercer cargo.

Violación indirecta, a través de error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, de los artículos 27, 36, 249, 306, numeral 4º del artículo 57, 64, 186 en concordancia con el artículo 7º del Decreto 617 de 1954, 168, 179, 180 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Aun cuando al formular el cargo no dice el recurrente si la violación es por falta de aplicación o aplicación indebida, al pedir al final de su exposición que se dé aplicación a las disposiciones citadas, debe entenderse que la violación es por falta de aplicación de las normas sustantivas.

El error de hecho en que incurrió el Tribunal de Medellín consistió en haber afirmado que ni el tiempo servido por el demandante Morales a la sociedad de la cual hacían parte en calidad de socios las personas demandadas, ni el salario devengado por éste, habían sido establecidos a través de las instancias del juicio. Tal error se debió a la manera equivocada como el Tribunal apreció los testimonios rendidos por Ramón Alberto Pareja (F. 60) y Teodomiro García Valencia (F. 60 v.), en relación con el contenido de la escritura 647 de 18 de noviembre de 1954 (Fs. 82 y siguientes).

En el desarrollo del cargo el recurrente analiza el material probatorio que a su juicio fue mal apreciado, análisis que se transcribirá textualmente para no perder el orden de su razonamiento. Dice así:

''Dice el testigo Ramón Alberto Pareja en uno de los apartes de su declaración rendida dentro del juicio el día 22 de julio de 1957: 'Yo fui dueño de una 'arriera' que tuve afiliada primero a 'Caldas Autobús Ltda.' y después a la 'Empresa de Conducciones Las Arrieritas Ltda.' El vehículo estuvo afiliado como año y medio, sin que pueda precisar el año de afiliación, pero en todo caso hace por allí unos 15 meses que se acabó. Durante todo ese tiempo yo manejé el carro personalmente. Fue entonces cuando observé el trabajo prestado por el actor, y antes lo veía porque yo tenía que viajar todos los día a Medellín y lo veía despachando'. Dice el testigo Teodomiro García V., en su declaración rendida dentro del juicio el mismo día 22 de julio de 1957: 'Trabajé con la Empresa 'Caldas Autobús Ltda.' manejando una 'arrierita', propiedad de la Empresa. Esta se fundó como en 1953 y como a los 2 o 3 meses de fundada ingresé a trabajar en ella, y lo hice en dos períodos: 7 meses la primera vez, luego me desvinculé como 3 o 4 meses, al cabo de los cuales volví y laboré unos 6 o 7 meses... Cuando regresé a trabajar la segunda vez como lo expliqué antes, ya la Empresa había cambiado de nombre. En las dos épocas en que yo trabajé el despachador lo fue siempre el señor Abel Morales, aquí en Medellín'.

''El Tribunal, en el fallo impugnado, afirma que los testigos Pareja y García ignoraban el

lapso servido por Morales. Es verdad que sus declaraciones dentro del juicio no tuvieron la sospecha precisión que caracterizó a los testimonios que rindieron en juicios distintos; sin embargo, si el Tribunal se hubiese empeñado en un esfuerzo, que el imperativo de la justicia exigía para el caso, tendiente a establecer por medio de aquellas pruebas los extremos del contrato, habría encontrado a través de la imprecisión propia de toda prueba testimonial seria y aceptable relacionada con fechas sin mayor significación para los deponentes, la manera de fijar, así fuera en forma aproximada, los extremos cronológicos y la cuantía de la remuneración en el contrato de trabajo que vinculó al demandante con la Empresa Transportadora. Mediante la declaración del testigo Pareja puede saberse con exactitud que para la fecha del cambio de nombre de la Empresa (el 18 de noviembre de 1954 según la escritura de folios 82) Morales ya estaba trabajando como despachador durante todo el tiempo en que Pareja tuvo afiliado a la Empresa el vehículo de su propiedad que manejaba personalmente; y si para la época del cambio de la razón social ya el vehículo de Pareja estaba afiliado a la Empresa, lógico y fácil es concluir que para el día 18 de noviembre de 1954 ya Morales actuaba como servidor de la compañía transportadora. Esta conclusión en lugar de estar infirmada por cualquier otra prueba producida en el informativo, encuentra perfecto asidero y sustentación en lo afirmado por el testigo García.

En cuanto al extremo cronológico final del contrato de trabajo de Morales, el mismo testigo Pareja nos proporciona un dato igualmente serio y atendible. Si el vehículo de propiedad de Pareja, según su propio decir, 'hace por allí unos 15 meses que se acabó' (afirmación hecha el 22 de julio de 1957); y si para tal fecha Morales, continuaba trabajando al servicio de las Arrieritas, hay que concluir en buena y sana lógica que para el 22 de abril de 1956, Morales continuaba siendo el despachador de la compañía transportadora. Las declaraciones del testigo García, al igual que el resto del acervo probatorio, sirven de firme apoyo a la anterior deducción. En tal forma aparece, pues, buena y plenamente establecido el hecho de que Morales trabajó como despachador de las 'Arrieritas', por lo menos, desde el día 18 de noviembre de 1954 hasta el día 22 de abril de 1956, con una interrupción, admitida por el actor en la demanda y afirmada por los testigos, de 3 meses; o sea que los autos revelan con certeza y sin lugar a dudas que Morales prestó sus servicios a la empresa de transportes, por lo menos durante un lapso de un año, 2 meses y 4 días en una época desde la cual y hasta la fecha de la demanda (marzo de 1957) no había podido produdirse prescripción alguna respecto a las prestaciones emanadas de la relación laboral. En cuanto al salario devengado, los testigos antes citados contestes en afirmar que al despachador Morales se le pagaban $ 0.50 diarios por cada vehículo afiliado y que el número de vehículos afiliados fue al principio de 9 y subió hasta 15. Estos datos permiten establecer un promedio entre $ 4.50 y $ 7.50 lo cual nos da una remuneración diaria promediada en $ 6.00''.

LA SALA OBSERVA

Dijo el extinguido Tribunal Supremo, citado por el recurrente, ''cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan''. (Sentencia de 27 de enero de 1954. Juicio de Salvador Robayo contra Eulalia Cuervo viuda de Suárez). De acuerdo con esta jurisprudencia es necesario que el período durante el cual prestó sus servicios el trabajador esté claramente determinado que no haya lugar a dudas sobre ese término, aun cuando no se precisen las fechas de iniciación y terminación de la relación laboral.

A juicio de la Sala, los testimonios comentados por el recurrente no demuestran en forma exacta la existencia de ese período. Así, el testigo Ramón Alberto Pareja dice que el vehículo estuvo afiliado como año y medio, sin que pueda precisar el año de afiliación, y que hace como 15 meses el vehículo se acabó. Si el declarante no puede fijar con exactitud la fecha en que se afilió a la empresa, ni cuándo terminó esa afiliación, no hay base suficiente para determinar estos extremos y concluir, por lo tanto, que en esas fechas el demandante prestaba sus servicios a la empresa demandada. Lo mismo puede decirse del testimonio de Teodomiro García, quien declara que como a los dos o tres meses de fundada la empresa ingresó a trabajar en ella; que lo hizo en dos períodos: siete meses la primera vez y luego se desvinculó por tres o cuatro meses, volviendo a trabajar durante unos seis o siete meses. No precisa los años ni los meses durante los cuales estuvo vinculado a la empresa y es necesario hacer un esfuerzo deductivo, como lo hizo admirablemente el recurrente, para se-

ñalar en forma aproximada los períodos de su vinculación a la empresa y de ahí deducir, también en forma aproximada el término durante el cual prestó sus servicios el demandante. Lo mismo puede afirmarse sobre la vaguedad de los testimonios en cuanto al salario devengado por Abel Morales Franco.

No es suficiente cualquier error de hecho para que prospere una acusación contra el fallo de segunda instancia. Es necesario que ese error sea manifiesto, que salte a la vista; pero cuando para llegar a una conclusión contraria a la del fallo impugnado, hay necesidad de hacer cálculos, razonamientos y deducciones más o menos lógicas, el error del Tribunal no es evidente. Por otra parte el fallador de segunda instancia, como el de primera es autónomo en la estimación de las pruebas, y si estudió el material probatorio y de ese estudio no aparece manifiesto error de hecho, no puede la Corte, en casación entrar en la consideración de las pruebas, pues esta posición está reservada a los falladores de instancia.

No existiendo error manifiesto de hecho, no fueron violadas indirectamente las disposiciones señaladas por el recurrente.

No prospera el cargo.

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,

RESUELVE:

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.

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRIMA ADICIONAL PACTADA EN EL CONTRATO DE TRABAJO

Requisitos de la demanda a tenor del artículo 90 del Código Procesal del Trabajo. — Errores de técnica al formular la demanda de casación. — En qué consiste la infracción directa de la ley. — Motivo o medio nuevo en casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 16 de 1964.

(Proyecto del Auxiliar de Casación Laboral: doctor José Eduardo Gnecco Correa).

Wilhelm den Blanken, ciudadano extranjero, domiciliado en Santa Marta, demandó por medio de apoderado a "Empresas Campenon Bernard de Colombia Limitada", para que se la condene a pagarle los salarios correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del término presuntivo del contrato de trabajo, o sea la cantidad de $ 3.022.62; los salarios caídos, o sea la suma de $ 67.17 por cada día de retardo en el cumplimiento total de las obligaciones; las horas extras diurnas y nocturnas que trabajó durante todo el tiempo que prestó sus servicios; la diferencia dejada de percibir por concepto de cesantía, al hacer el reajuste, teniendo en cuenta no solamente el salario básico, sino también las horas extras diurnas y nocturnas, y haciendo la liquidación sobre la base de que fue trabajador de la construcción; la diferencia por concepto de vacaciones, liquidada como trabajador de la construcción; la suma de $ 461.50 por concepto de una prima adicional pactada con la empresa demandada; los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de trabajo, las costas y los intereses legales.

Los 16 hechos de la demanda se resumen así: Wilhelm den Blanken celebró contrato de trabajo con "Empresas Campenon Bernard de Colombia Limitada", sociedad que construye los muelles modernos de Santa Marta, según contrato celebrado con la Nación el 21 de noviembre de 1952; comenzó a prestar sus servicios como ingeniero dibujante el 1º de octubre de 1954 y permaneció en su labor hasta el 15 de agosto de 1957, fecha en que sin causa legal el demandado dio por terminado el contrato pactado por término indefinido; el 12 de agosto de 1957 la empresa dirigióse al demandante para manifestarle que el 15 del mismo mes y año se vencía el plazo presuntivo del contrato; según certificación expedida por el Director-Gerente de la Empresa, el demandante principió a prestar sus servicios el 1º de octubre de 1957; la empresa no dio al demandante el preaviso de 45 días; la jornada del demandante era la siguiente: de 7 de la mañana a once y media, y de una de la tarde a seis y siete de la noche; el salario promedio devengado fue de $ 2.015.08 mensuales; la empresa se comprometió a pagarle al demandante una prima de servicios adicional, igual a 15 días de sueldo, pagadera en diciembre; la cesantía no fue liquidada correctamente, pues se le reconoció la suma de $ 6.047.50, cuando le correspondía la cantidad de $ 7.524.36, por ser trabajador de la construcción; además, no se computó el valor de las horas extras; las vacaciones fueron también mal liquidadas, pues se le pagó la suma de $ 1.934.55, siendo su valor de $ 2.230.77 por ser trabajador de la construcción; la suma total recibida por concepto de prestaciones fue de $ 8.782.05, y como le correspondía al demandante la cantidad de $ 13.769.25, la empresa le debe la diferencia, o sean $ 4.987.20.

Al contestar la demanda la empresa demandada aceptó la existencia del contrato de trabajo, mas no la fecha de iniciación, que fijó en el 15 de agosto de 1954; reconoció la terminación del contrato de trabajo por parte de ella, pero por vencimiento del plazo presuntivo, por lo cual no estaba obligada a dar el preaviso de 45 días; negó el trabajo en horas extras y aclaró que en su carácter de ingeniero ayudante del Director de la obra, el demandante estaba obligado a tra-

bajar durante el tiempo necesario para cumplir sus obligaciones como tal, pues sus funciones eran de dirección y confianza; no aceptó que las prestaciones hubieran sido mal liquidadas y por consiguiente que debiera suma alguna por concepto de reajuste de las liquidaciones.

El Juez Unico del Trabajo de Santa Marta conoció del juicio y lo decidió en sentencia, por medio de la cual condenó a Empresas Campenon Bernard de Colombia Limitada a pagar al demandante la suma de $ 511.77 por concepto de la prima adicional pactada en el contrato de trabajo, y la absolvió de los demás cargos de la demanda. Esta sentencia fue apelada por el apoderado del demandante, y el Tribunal Superior de Santa Marta, en su Sala Laboral, decidió el recurso en providencia que reformó la de primera instancia en el sentido de condenar a la empresa demandada a pagar a Wilhelm den Blanken la suma de $ 503.77 por concepto de prima adicional convenida en el contrato de trabajo.

Interpuesto el recurso de casación por el demandante, fue concedido por el Tribunal. Llegados los autos a esta Superioridad se admitió el recurso. Formulada la demanda, el demandado presentó escrito de oposición. Cumplido el trámite legal, la Corte decidirá el recurso.

LA DEMANDA DE CASACION

El actor precisa así el alcance de la impugnación: "Que esa honorable corporación, obrando como Tribunal de instancia reforme la sentencia acusada en el sentido de condenar a la entidad obligada, a reajustar las siguientes prestaciones: a) Cesantía a razón de tres (3) días por cada mes de servicios; b) Prima semestral de servicios; c) Prima adicional o convencional de servicios, y d) Vacaciones legales y convencionales por tres (3) años a razón de $ 2.015.08 moneda corriente, cada una. La suma anterior teniéndola como base para la liquidación de todas las prestaciones anteriores y al mismo tiempo autorizar la deducción del monto total de lo recibido por el actor —$ 8.782.05 moneda corriente, folio 20 del cuaderno principal— de la suma que resulte de tal reajuste propuesto en la demanda. Lo anterior tomando como punto de partida que se trata de un trabajador de la construcción, en una empresa particular, la cual celebró contrato por administración delegada con la Nación, representada por el Ministerio de Obras Públicas, para la ejecución de las obras del terminal marítimo de Santa Marta. La reforma se debe concretar a lo siguiente:

1º Reajuste de la *cesantía* a razón de 3 días por cada mes de servicio, o sean 108 días en 3 años, a razón de $ 67.16 M./C.	$ 7.523.28
2º Reajuste de la prima legal de semestre sobre un sueldo de $ 2.015.08:	
a) Valor de la prima de los primeros 4 ½ meses de servicio	755.54
b) Valor de la prima del año 1955 ...	2.015.08
c) Valor de la prima del año 1956 ...	2.015.08
d) Valor de ½ prima del año 1957 ...	1.007.54
3º Valor de las vacaciones correspondientes a los tres (3) años a razón de $ 2.015.08 M./C. (convencionales)	6.045.24
4º Valor de las primas adicionales o convencionales de servicios de los años: 1955 y 1956	2.015.08
Valor total de los reajustes	$ 21.106.84
Menos valor recibido por el actor, folio 20 del cuaderno principal ...	$ 8.782.05
Valor líquido de los reajustes ...	$ 12.324.79

"Esta última suma es el saldo a cargo de la entidad deudora por haber tomado el honorable Tribunal un sueldo distinto e inferior del confesado por el apoderado de la empresa demandada en la respuesta dada al libelo inicial.

Primer cargo.

"Causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo. Infracción directa en que incurrió el honorable Tribunal por falta de aplicación de las siguientes disposiciones sustantivas laborales que corresponden a los trabajadores de las empresas de construcción particulares y quienes celebran contratos por administración delegada con la Nación, con los cuales hay contrato de trabajo 'ficcionado: Artículo 4º del Decreto 652 de 1935; Decreto 3153 de 1953; artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 18, 19, 42, 47 y 48 del Decreto 2127 de 1945; artículos 1º, 3º, 36, 49 de la Ley 6ª de 1945; artículos 3º, 4º, 491 y 492 del Código Sustantivo del Trabajo; Ley 61 de 1939; Decreto 2058 de 1944; artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 38 de 1946. Lo anterior independiente de toda cuestión de hecho'. 'El honorable Tribunal aplicó al caso de la litis las siguientes disposiciones legales sustantivas de derecho laboral particular: Artículos 47, 61, 65, 159, 306, 309 y Capítulo VII, Título 9º del Código Sustantivo del Trabajo, como si se tratara de una

parte demandada que nada tuviera que ver con una entidad de derecho público como es la Nación. Las disposiciones que contiene el Código Sustantivo del Trabajo, en todas sus partes sólo son aplicables a los trabajadores y empresas particulares, mas no a los trabajadores en empresas de construcción, particulares que hayan celebrado contratos por administración delegada con la Nación o con otras entidades de derecho público' ".

Segundo cargo.

"Primera causal del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo. Violación indirecta o de medio, en que incurrió el honorable Tribunal de Santa Marta, Sala Civil Laboral, producida por error evidente de hecho y que aparece a primera vista por falta de estimación de las siguientes pruebas: a) Confesión hecha por el demandado en la respuesta a la demanda en el punto h) de los hechos, folio 14 del cuaderno principal del expediente; b) El recibo del folio veinte del cuaderno principal que obra en original; c) El original del contrato de trabajo suscrito entre las mismas partes litigantes, de fecha primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), que obra en 2 folios útiles, en el cuaderno número 3, a los folios 11 y 12, y particularmente en cuanto se refiere a la cláusula 5ª de 'vacaciones'; d) El certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá y su correspondiente ampliación que obran a los folios 14 y 15 del cuaderno número 3 (3º); e) Las declaraciones judiciales de: Jesús Fernández (folio 66), Luis Alfredo Palacios (73) y Héctor Bermúdez Salazar (folio 75); f) El contrato administrativo suscrito por la empresa demandada y la Nación —Ministerio de Obras Públicas—, sobre ejecución de unas obras en el Puerto de Santa Marta, del 21 de noviembre de 1952, con su anexo correspondiente, publicado en el Diario Oficial, que está debidamente autenticado, número 28187 del 30 de abril de 1953 y que obra al folio 121 del cuaderno principal, págs, 429 a 436; omisión esta que trajo como consecuencia la violación indirecta o de medio de las siguientes disposiciones sustantivas laborales: Artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 18, 19, 42, 47, 48 del Decreto 2127 de 1945; artículos 1º, 3º, 36 y 49 de la Ley 6ª de 1945; artículos 3º, 4º, 491 y 492 del Código Sustantivo del Trabajo; Ley 61 de 1939; Decreto 709 de 1939; Decreto 2058 de 1944; artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 38 de 1946. El honorable Tribunal dejó de estimar en su verdadero valor las pruebas que se acaban de singularizar y al haber incurrido en tal omisión se llevó de calle e indirectamente todas las disposiciones que aún regulan las relaciones laborales para los trabajadores de la construcción en empresas particulares dedicadas a esta actividad y que ejecutan contratos administrativos y en forma delegada".

LA SALA CONSIDERA

1. Entre los requisitos que debe contener la demanda de casación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo, se encuentra la declaración del alcance de la impugnación. Esta Sala, en sentencia de 22 de octubre de 1956, fijó el sentido de esta disposición en la siguiente forma: "En el escrito del impugnador debe determinarse el alcance de su acusación, esto es, si persigue el quebrantamiento total del fallo recurrido, o su casación parcial y, en este caso, cuál o cuáles de los ordenamientos del ad quem *son violatorios de la ley y en qué forma deben reemplazarse".*

El recurrente, al declarar el alcance de la impugnación, incurre en errores de técnica, como se verá en seguida.

Comienza pidiendo que esta corporación, obrando como Tribunal de Instancia, reforme la sentencia acusada. Es decir, que pide a la Corte que se convierta en fallador de instancia, sin antes haber quebrantado la sentencia del Tribunal. *Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido en forma reiterada que el recurso de casación no es una tercera instancia, sino un medio extraordinario por medio del cual se hace una confrontación entre la ley y la sentencia acusada. Si ésta es violatoria de la primera, se casa, es decir, se rompe, se quiebra, en forma total si toda ella está en oposición con la ley, o parcial, si únicamente una o algunas de sus decisiones la viola. Producido el quebrantamiento de la sentencia acusada, la Corte sustituye al Tribunal para dictar la sentencia que la reemplace, total o parcialmente, pues con la casación desaparece procesalmente la dictada por el fallador de segunda instancia. Este sistema es contrario al francés, que dispone que una vez quebrantada la sentencia sea el mismo Tribunal que la dictó el que pronuncie la nueva providencia que la sustituye. Pero el hecho de que la Corte dicte la sentencia sustitutiva no implica que se produzca una tercera instancia, pues al decidir está ocupando el lugar del fallador de segunda instancia, y como tal debe referirse a la sentencia de primer grado, para revocarla, confirmarla o reformarla.*

Al pedir el recurrente que la Corte actúe como Tribunal de instancia, sin antes haber casado la sentencia impugnada, pretende que se surta

una tercera instancia. Y si además pide que se reforme la sentencia de segundo grado, insiste en su error, pues solo a través de las instancias es posible reformar las providencias dictadas por el inferior.

Por otra parte, al señalar en qué debe consistir la reforma, el recurrente altera los términos del planteamiento inicial, varía los elementos de la relación jurídico-procesal. Así, pide que se condene a la empresa demandada a pagar prima semestral de servicios por los años de 1954, 1955, 1956 y 1957, petición no incluida en la demanda con que se inició el juicio. Pide además que se la condene al pago de primas adicionales por los años de 1955 y 1956, cuando en la demanda solo se pide el pago de la correspondiente al último año de servicio. Por la inclusión de estos nuevos extremos, las operaciones aritméticas que realizó dan un saldo en contra de la empresa demandada de $ 12.324.79, cuando el demandante afirma en uno de los hechos de la demanda que lo adeudado asciende a $ 4.987.20. Por último, el demandante pide el reajuste de las prestaciones por no haberse liquidado siguiendo las normas aplicables a los trabajadores de la construcción, y el recurrente indica que el saldo en contra de la empresa demandada se debe a que el Tribunal tomó en cuenta un sueldo distinto e inferior al confesado por el apoderado del demandado.

Los errores de técnica anotados y las incongruencias del petitum de la demanda de casación con los términos en que se planteó la relación jurídico-procesal, serían suficientes para que la Corte considerara inadmisible la demanda de casación y se abstuviera de estudiarla. Sin embargo, obrando con amplitud y en el entendimiento de que la demanda persigue el quebrantamiento parcial de la sentencia acusada, para que la Corte como Tribunal de instancia revoque la de primera instancia en cuanto absuelve a la empresa demandada de unos cargos, y en su lugar la condene a pagar al demandante la diferencia que resulte por concepto del reajuste del auxilio de cesantía y de las vacaciones, por tener derecho a las prestaciones de que gozan los trabajadores de la construcción, se estudiará el recurso. A esta interpretación del alcance de la impugnación llega la Sala por los planteamientos hechos en los dos cargos de la demanda.

2. La jurisprudencia de casación ha venido sosteniendo en forma reiterada, que la infracción directa de la ley consiste en que a un hecho no discutido o claramente demostrado y admitido por el fallador, se deja de aplicar la norma pertinente o se aplica ella a un hecho inexistente en contra de su texto expreso.

Según el recurrente, al plantear el primer cargo, el hecho al cual se dejaron de aplicar las normas que consideró violadas, es el de que "Empresas Campenon Bernard de Colombia Limitada" contruía los muelles de Santa Marta por administración delegada de la Nación y por consiguiente el demandante era un trabajador cobijado por las normas que establecen las prestaciones para los trabajadores oficiales. Sin embargo, ni el *ad quem* ni el *a quo* admitieron este hecho y ni siquiera hicieron referencia a él para fundamentar sus fallos. Por esta razón no puede existir infracción directa, por cuanto la Corte se vería obligada a determinar si en realidad existió el contrato por administración delegada con la Nación, es decir, estudiaría el cargo relacionándolo con una cuestión de hecho.

Por otra parte, el demandante no planteó en la demanda el hecho de que los trabajadores de la empresa demandada tuvieran derecho a las prestaciones de los trabajadores oficiales en razón de que esta empresa construía los muelles de Santa Marta por administración delegada de la Nación. Cierto es que en el hecho b) afirmó lo siguiente: "La empresa demandada adelanta la construcción de los muelles modernos de Santa Marta, según contrato celebrado con la Nación, el día 21 de noviembre de 1952, publicado dicho contrato en el Diario Oficial, número 28187, de fecha 30 de abril de 1953", y que presentó como prueba un ejemplar de dicho Diario. Pero esa afirmación no significa necesariamente que el contrato celebrado entre la Nación y la empresa demandada sea de administración delegada, pues la construcción de obras públicas nacionales puede hacerse a través de contratos celebrados con particulares que no tengan ese carácter. Además, en el hecho primero al afirmar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el demandado, no se hace referencia alguna a la calidad que pudiera tener el demandante de trabajador oficial en razón del contrato celebrado por el demandado con la Nación. Por el contrario, *el haber señalado como fundamento de derecho las normas pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo, indican que el demandante consideraba que fue trabajador particular y no oficial. Y como ni el* ad quem *ni el* a quo, *como ya se dijo, se refirieron a la naturaleza del contrato celebrado entre el demandado y la Nación y aceptaron que el demandante fue trabajador particular desde el momento en que dieron aplicación a normas del Código Sustantivo del Trabajo, el planteamiento que sobre la calidad de trabajador oficial del demandante hace ahora el recurrente, constituye un motivo o medio nuevo en casación.*

En consecuencia, por haber involucrado cuestiones de hecho en el cargo por infracción directa y haberse planteado medios nuevos, no prospera el cargo.

3. Del estudio del segundo cargo saca en conclusión la Sala que el error evidente de hecho consistió en no dar el Tribunal por establecido que el demandado era una empresa de construcción, y en no tener en cuenta el salario de $ 2.015.83, debidamente acreditado en el proceso por la confesión del demandado.

En relación con la calidad de empresa de construcción del demandado dijo el Tribunal: "Apoya el demandante el reajuste de la cesantía en el hecho de considerarse trabajador de la construcción o sea que para los efectos del citado Código se entiende por obras o actividades de construcción las que tienen por objeto construir cualquier clase de casas o edificios y las inherentes a esa construcción. No aparece en el expediente que las Empresas Campenon Bernard de Colombia, Limitada, tengan actividades que se relacionen con construcciones de casas o edificios, sino con la construcción de los muelles del Puerto de esta ciudad. Por esta circunstancia el trabajador demandante no queda amparado por las disposiciones sobre 'trabajadores de la construcción' del Capítulo VII, Título 9º del citado Código".

Es decir, que el Tribunal consideró que Empresas Campenon Bernard de Colombia no era empresa de construcción por cuanto no se dedicaba a la construcción de casas o edificios, sino a la de los muelles de Santa Marta. Por consiguiente para que exista error de hecho es necesario que las pruebas mal estimadas según el recurrente, demuestren claramente que la empresa demandada estaba dedicada a construir casas o edificios.

En el certificado de la Cámara de Comercio (F. 15 del cuaderno número tres) aparece lo siguiente: "Clase de negocios: construcciones, ingeniería en general". El testigo Jesús A. Roa Fernández declaró: "Me consta que la Empresa Campenon Bernard de Colombia Limitada adelanta las obras de construcción del Terminal de Santa Marta según contrato celebrado con el Gobierno Nacional y el Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Navegación" (F. 67). Héctor Bermúdez Salazar dijo: "El señor Wilhelm den Blanken desempeñaba las funciones de ingeniero ayudante del director señor John en las construcciones de los muelles de Santa Marta" (F. 75); y Luis Alfredo Palacios expuso: "El desempeñaba las funciones de ingeniero ayudante del director de la obra de los muelles modernos de Santa Marta". La cláusula primera del contrato celebrado entre la Nación y el demandante dice: "*Objeto del contrato.* El contratista se compromete a construir a precio unitario fijo, por cuenta de la Nación, y en los términos que se estipulan en este contrato, en el Puerto de Santa Marta, Departamento del Magdalena, el muelle y demás obras portuarias que se encuentran consignadas en los planos y proyectos elaborados por Frederick Snare Corporation los que declara conocer, y que en general se encuentran indicados en el plano número siete (7) de Frederick Snare Corporation de noviembre de 1951, denominado "obras portuarias de Santa Marta, plano general de las obras proyectadas, escala 1:1000". Las otras pruebas no se refieren a las actividades de la empresa demandada.

Analizando las pruebas anteriores se observa que ellas no demuestran que Empresas Campenon Bernard de Colombia Limitada se dedicara a construir casas o edificios, sino que por el contrario, se dedicaba a construir los muelles de Santa Marta, hecho reconocido por el Tribunal. No incurrió éste, por lo tanto, en error evidente de hecho al afirmar que el demandado no se dedicaba a la construcción de casas y edificios.

Ahora bien, si como lo dice el recurrente, una empresa se considera de construcción para efectos del pago de las prestaciones sociales, cuando realiza construcciones de obras distintas a las de casas o edificios, la violación de la ley, en caso de existir, no se produciría a través de error evidente de hecho, sino por interpretación errónea de la norma que define las empresas de construcción. Pero como el cargo fue formulado por violación indirecta a través de error de hecho, al no existir éste, no hubo violación indirecta de la ley.

Cuanto al error por no haber tenido en cuenta el sueldo aceptado por el demandado para liquidar las prestaciones sociales, basta con transcribir lo que sobre el particular dijo el Tribunal, para demostrar que éste no incurrió en error de hecho: "Consideró el Juzgado del conocimiento que por no haber concurrido el representante de la demandada a absolver las posiciones solicitadas a él y decretadas oportunamente, debían declararse ciertos los hechos contenidos en tales posiciones, y así lo resolvió por auto de 23 de marzo de 1960 (Fs. 17 a 19, Cua. Nº 3). Al abrirse el pliego de posiciones se encontró en la posición 6ª, que se le preguntó al representante de la empresa, señor John Parconagian, si el sueldo promedio del demandante era de dos mil quince pesos con ocho centavos ($ 2.015.08)

moneda legal; y la respuesta tenía que ser afirmativa, por haber dejado de concurrir en la fecha en que se le citó para que absolviera las posiciones; por ello se le declaró confeso por presunción''.

Por otra parte no se ve qué incidencia pueda tener en el desenlace del proceso un error sobre el salario, cuando, como ya se dijo, el reajuste del valor de las prestaciones se pidió por no haberse aplicado las normas que cobijan a los trabajadores de la construcción.

No prospera el cargo.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casa la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HONORARIOS PROFESIONALES

Terminación del mandato. — Prescripción de la acción. — Aplicación de las normas contenidas en el ordinal 3º del artículo 2189, inciso 1º del artículo 2190 del Código Civil y artículo 2542 de la misma obra. — La Corte ratifica su criterio respecto a que todo cargo en casación debe contener una proposición jurídica completa. — Norma que establece la obligación de remunerar al mandatario por su gestión. — Omisión del demandante al respecto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 16 de 1964.

(Proyectó: doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral).

José Ignacio Bustamante, abogado inscrito, obrando en su propio nombre, demandó por la vía ordinaria laboral, a la sociedad de responsabilidad limitada, en liquidación, del comercio de Cartagena "Arrocera La Popa, Limitada", y a la sociedad del comercio de Medellín "Arrocera Central Limitada", para que se las condene a pagarle el valor de sus honorarios profesionales por los servicios prestados como apoderado judicial de Arrocera La Popa, Limitada, en el ordinario de perjuicios que adelanta contra esa empresa Luis E. Isaza; las costas y los intereses moratorios sobre los honorarios causados.

Los hechos, en resumen, son los siguientes: Luis E. Isaza Alvarez demandó a "Arrocera La Popa, Limitada", para que se la condenara a pagar los perjuicios materiales y morales, estimados en $ 32.000, causados por el chofer de la empresa Rafael Vecino Espinosa, al atropellar con un camión al menor, hijo del demandante, Gonzalo Isaza G.; el señor Guillermo Gómez, Gerente de la sociedad demandada, confirió poder para que lo representara en el juicio a José Ignacio Bustamante, quien contestó la demanda, produjo pruebas en primera instancia, alegó de conclusión, apeló de la sentencia condenatoria, pidió y produjo pruebas en la segunda instancia; el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena no accedió a suspender el juicio para esperar el resultado del sumario contra Rafael Vecino Espinosa, por heridas en accidentes de tránsito, suspensión que decretó el Tribunal y que duró varios años; la sociedad "Arrocera Central Limitada" compró a los otros socios el interés social en Arrocera La Popa, Limitada, produciéndose la liquidación de ésta al quedar todos los derechos en cabeza de la compradora; se nombró liquidador al Gerente de Arrocera Central Limitada; Bustamante se dirigió a esta sociedad para informarle de la existencia del negocio, recibiendo en contestación una carta fechada el 3 de mayo de 1956, en la cual le piden unas copias y le preguntan si tenía contrato escrito; remitidas las copias le escribieron nueva carta de fecha junio de 1956 diciéndole que como no tenía contrato con ellos no necesitaban sus servicios; por memorial de julio de 1956, autenticado en la Notaría Séptima de Medellín, enviado por correo al Tribunal Superior de Cartagena, Juan Escobar M., en su carácter de Gerente de Arrocera Central Limitada y liquidador de Arrocera La Popa Limitada, confirió poder para el juicio al doctor Alberto Jiménez Giraldo; el Tribunal se abstuvo de admitir el poder por falta de competencia, y el doctor Bustamante continuó con la vigilancia del negocio, comunicándole las novedades a Arrocera Central Limitada a medida que se producían; en carta de julio 25 de 1960 les avisó que el juicio había sido fallado desfavorablemente y estaba pendiente en secretaría para interponer el recurso de casación; por primera vez se presentó el doctor Jiménez Giraldo e interpuso el recurso; el demandante escribió varias cartas a Arrocera Central Limitada, recordándole que le cancelaran el valor de sus honorarios sin que hubiera recibido contestación; al conferir Juan Escobar poder al doctor Jiménes Giraldo, dio por cancelada cualquier opor-

tunidad para llegar a un arreglo sobre los honorarios, por lo cual deben tasarse por perito; según la tarifa del Colegio de Abogados de Bolívar, el valor de sus honorarios asciende a la suma de $ 10.040; aun cuando ambas sentencias fueron condenatorias debe destacarse el acervo probatorio producido por el doctor Bustamante, que limitarían la condena en caso de no ser casada la sentencia, a sumas insignificantes.

Juan Escobar M., al contestar la demanda negó que el demandante estuviera vinculado con Arrocera Central Limitada, por cuanto al producirse los hechos que originaron el juicio civil, no era poseedora de los hechos de Arrocera La Popa Limitada; consideró que la actuación del doctor Bustamante dentro del proceso civil fue negatoria; que no es justo que reclame honorarios cuando la empresa fue condenada en ambas instancias; que el poder le fue revocado el 5 de junio de 1956, cuando la empresa demandada dio poder al Dr. Jiménez Giraldo y que a partir de esa fecha han transcurrido más de cuatro años, por lo cual se ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción.

Propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, en lo que hace a Arrocera La Popa Limitada, por cuanto Escobar nada tiene que ver con una sociedad inexistente, y por cuanto no se acreditó la existencia y representación legal de Arrocera Central Limitada; inepta demanda por no fijarse la cuantía; carencia de acción, por cuanto entre el demandante y Arrocera Central Limitada no ha existido nunca ningún contrato relacionado con el poder dentro del juicio ordinario de Luis E. Isaza Alvarez, ni se convino el pago de honorarios profesionales de ninguna naturaleza; cobro indebido, porque el demandante cobra a Arrocera Central Limitada lo que no se le debe ni contractual ni extracontractualmente, ya que a dicha compañía no le ha prestado ninguna clase de servicios profesionales, ni le ha sido encomendada ninguna gestión judicial; prescripción, por cuanto el doctor Ignacio Bustamante B. cesó en sus funciones como apoderado de Arrocera La Popa Limitada desde el 5 de julio de 1956, y por tanto han corrido más de los tres años que prescribe el artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo; pago, toda vez que Arrocera La Popa Limitada canceló al demandante la suma de $ 300.00 como cuota inicial de los honorarios y la cuota final solamente es exigible cuando se obtiene pleno éxito en el juicio.

Del juicio conoció el Juez Primero del Trabajo de Cartagena, quien lo decidió en sentencia por medio de la cual declaró probada la excepción de prescripción. No condenó en costas.

Apeló el demandante y llegados los autos al Tribunal, se decidió el recurso en providencia que revocó la de primera instancia y condenó a la sociedad "Arrocera Central Limitada" a pagar al doctor José Ignacio Bustamante la suma de $ 6.400 por concepto de honorarios profesionales.

El apoderado de la sociedad demandada interpuso el recurso de casación, el cual fue concedido por el Tribunal. Llegados los autos a esta Superioridad, se admitió el recurso. El recurrente formuló la demanda de casación oportunamente. La contraparte presentó escrito de oposición. Cumplidos los trámites legales, la Corte decidirá el recurso.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal revocó la sentencia de primer grado, por cuanto consideró que el término de la prescripción debe contarse desde la fecha en que se dictó el auto que admitió la personería del nuevo apoderado doctor Jiménez Giraldo, pues a partir de allí fue cuando quedó constituido como apoderado y se produjo la revocación del poder del doctor Bustamante. No compartió la tesis del *a quo* que comenzó a contar la prescripción de la acción desde el 9 de agosto de 1956, cuando se presentó al expediente el poder conferido al doctor Jiménez Giraldo. Como el auto admisorio del poder fue dictado por el Tribunal el 11 de diciembre de 1959, la prescripción se produciría el 11 de diciembre de 1962, a juicio del Tribunal, por lo cual, cuando se notificó la demanda el 20 de septiembre de 1960, aún no había prescrito la acción.

Al entrar al fondo del asunto, el Tribunal consideró probada la vinculación contractual del demandante con "Arrocera La Popa Limitada", y llegó a la conclusión de que Arrocera Central Limitada, como causahabiente de Arrocera La Popa Limitada, continuó con la vinculación contractual con el doctor José Ignacio Bustamante, y quedó obligada, por haberse hecho cargo del activo y del pasivo de la sociedad en liquidación, a responder por sus actos.

LA DEMANDA DE CASACION

Pide se case la sentencia de segunda instancia en todas sus partes y que, convertida la Corte en Tribunal de Instancia, confirme la sentencia proferida por el Juez Primero del Trabajo de Cartagena. Subsidiariamente solicita que como condena de instancia se absuelva a ambas sociedades de todos los cargos de la demanda inicial.

Primer cargo.

"Violación por infracción directa, de los artículos 2189, ordinal 3º y 2190, inciso 1º y 2542 del Código Civil Colombiano.

"*Sustentación del cargo.* El sentenciador, olvidando que el mandato judicial es también un contrato que vincula a las partes en los términos del Título 28, del Libro Cuarto del Código Civil, dijo sobre su terminación: 'Siendo esto así, como en efecto lo es, es preciso admitir que si bien al doctor Jiménez Giraldo se le confirió poder especial para representar a la Arrocera Central Limitada el día 9 de agosto de 1956, en cambio a él no se le admitió la representación, esto es, no quedó legalmente constituido como representante de Arrocera Central Limitada dentro del juicio a que el poder hacía referencia sino el día en que el funcionario del conocimiento dictó el auto en que admitía esa representación. Y esto sólo tuvo lugar el 11 de diciembre de 1959, en que el Magistrado del Tribunal, ponente en el negocio respectivo, aceptó al doctor Jiménez Giraldo como representante de la parte demandada' (Cuad. 2º Fol. 23)".

"Basta la anterior transcripción para ver cómo el Tribunal dijo todo lo contrario de lo establecido en el numeral 3º del artículo 2189 del Código Civil. Esta norma dice: 'El mandato termina... 3º Por la revocación del mandante'.

"Es decir, que mientras el sentenciador condiciona la terminación del mandato a un acto judicial, ajeno a los contratantes, el legislador lo condiciona a un acto de voluntad de una de las partes. La oposición entre la sentencia y la ley es de una claridad que no se presta a equivocadas interpretaciones.

"Infringió el sentenciador también en forma directa, por ignorarlo, el artículo 2190 del Código Civil que establece que hay revocación tácita del mandato cuando se encarga el mismo negocio a persona distinta. Luego olvidó, en el caso de autos, que por el hecho de haber encargado al doctor Jiménez Giraldo el negocio de que venía conociendo el doctor Bustamante, el mandato para este último quedó tácitamente revocado. Esta es otra oposición directa y manifesta (sic) entre la sentencia y la ley, pues mientras la primera hace consistir la revocación en un acto judicial, la segunda la hace consistir en un acto voluntario del mandante, es decir, el encargo a otra persona del mismo negocio.

"Finalmente, al pronunciarse el sentenciador sobre la obligación de pagar unos honorarios que eventualmente hubieran podido ser exigibles en un tiempo anterior de más de tres años, antes de instaurarse la demanda, violó directamente el artículo 2542 del Código Civil que dice: 'Prescriben en tres años los gastos judiciales enumerados en el Título VII, Libro 1º del Código Judicial de la Unión, inclusos los honorarios de los defensores; los médicos y cirujanos; los directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y en general de los que ejercen cualquiera profesión liberal', e igualmente el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Al efecto, como queda visto, el contrato terminó el día 9 de agosto de 1956, cuando se revocó el mandato, y las acciones judiciales se instauraron el día 20 de septiembre de 1960, fecha en que fue notificada la demanda, esto es, cuando ya había transcurrido en exceso el término señalado en el artículo transcrito".

LA SALA CONSIDERA

Estudiando detenidamente los razonamientos del Tribunal, se observa que éste no dejó de aplicar las disposiciones del Código Civil citadas por el recurrente como violadas. Al contrario, fueron tomadas en cuenta en la sentencia impugnada, por cuanto en ella se considera que el poder conferido al demandante fue revocado al constituirse nuevo apoderado por el mandante. Sólo que estimó que la revocación se produjo a partir de la fecha en que el Tribunal, en el juicio ordinario civil, reconoció al doctor Jiménez Giraldo, como apoderado de Arrocera La Popa Limitada y de Arrocera Central Limitada, o sea, cuando a juicio del fallador de segunda instancia, se constituyó nuevo apoderado. Por consiguiente comenzó a contar el término de prescripción de la acción desde la admisión del nuevo poder y no desde la fecha en que éste fue presentado al juicio. Luego sí aplicó el Tribunal las normas contenidas en el ordinal 3º del artículo 2189, inciso primero del artículo 2190 del Código Civil, que dicen que el mandato termina por la revocación hecha por el mandante y que ésta se produce tácitamente cuando se encarga del mismo negocio a otra persona. También aplicó el artículo 2542 del Código Civil pues consideró que no se había cumplido el término de la prescripción de tres años señalado por este artículo.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Segundo cargo.

"Interpretación errónea de los artículos 264, 266, 258 y 450 del Código Judicial a consecuencia de la cual se configuró violación de los artículos 2189, ordinal 3º y 2190, inciso 1º y 2542 del Código Civil Colombiano.

"Las citadas normas del Código Judicial dicen lo siguiente: Artículo 264, inciso 1º: 'El mandato judicial no termina por la muerte del mandante si ya está notificada la demanda, *mientras no sea revocado* por los herederos o expire por otra causa legal'. Artículo 266: '*Con la constitución de nuevo apoderado o sustituto se entiende que se revoca el poder o la delegación anterior* a menos que sea para otra instancia o para recursos o acciones determinados'.

"Interpretó erróneamente el fallador las normas transcritas que reglamentan provesalmente (sic) la revocación de un mandato judicial, que no son más que el desarrollo procesal de los artículos 2189 y 2190 del Código Civil. Es especialmente errada la interpretación de la expresión 'con la constitución de nuevo apoderado' en cuanto el fallador entendió que esa constitución no era el acto simple de otorgar el poder y presentarlo en legal forma ante el funcionario del conocimiento, sino un acto complejo formado por las anteriores actuaciones y una nueva, distinta y ajena a la actitud de los contratantes, como es el reconocimiento judicial de la calidad de apoderado, reconocimiento que, como la misma palabra lo indica, no es otra cosa que la constatación que hace el funcionario de que a un apoderado se le ha revocado el poder por haberle conferido el mismo encargo a distinta persona.

"La interpretación errónea de las anteriores disposiciones, llevó al fallador a violar los artículos 2189, inciso 3º y 2190 del Código Civil, que establecen las causales de revocación del mandato. En efecto esa interpretación del Tribunal viola tales normas porque es la revocación unilateral, expresa o tácita del mandato, y no el reconocimiento judicial de esa circunstancia, lo que constituye la terminación del mandato".

Tercer cargo.

"Violación de los artículos 2189, ordinal 3º y 2190, inciso 1º del Código Civil por error de hecho que aparece de manifiesto en los autos por falta de apreciación de las pruebas.

"Se violaron las normas sustantivas citadas por falta de apreciación de las siguientes pruebas:

a) Confesión contenida en el libelo de demanda, cuaderno 1, folio 2, hecho 11; b) Confesión hecha por el demandante al absolver las posiciones pedidas por la parte demandada, pregunta 5, folio 41 v., y contestación a la pregunta 7ª, folio 42 v., cuaderno 1º; c) Carta dirigida por el demandante con fecha 8 de octubre de 1959, cuaderno 1, folio 9; d) Copia auténtica del memorial poder otorgado por Juan Escobar al doctor Alberto Jiménez Giraldo, de fecha junio 5 de 1956 que aparece autenticado en la misma fecha y que llegó al Tribunal Superior de Cartagena antes del 9 de agosto del mismo año, por cuanto aparece una providencia de esa fecha que se refiere a dicho poder y que en consecuencia acredita haber sido recibido antes de tal fecha.

"Al no haber apreciado el fallador la prueba de confesión y la prueba documental atrás relacionada, cometió error evidente de hecho, violó los artículos 2189, ordinal 3º y 2190, inciso 1º, que estatuyen las circunstancias según las cuales se entiende revocado el mandato. Si el sentenciador hubiere considerado esos elementos probatorios, hubiera concluido que el mandato había sido revocado el 9 de agosto de 1956, hecho que hubiera impedido la violación de las normas sustantivas atrás citadas. El no hacerlo implica un error manifiesto".

Cuarto cargo.

"Violación del artículo 1602 del Código Civil por aplicación indebida.

"El artículo 1602 del Código Civil establece que 'todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...' Es clara esta norma al establecer que las obligaciones y derechos de un contrato vinculan únicamente a los contratantes. El contrato de mandato fue celebrado entre Arrocera La Popa Limitada y José Ignacio Bustamante. La demanda se encaminó contra Arrocera La Popa Limitada, en liquidación y Arrocera Central Limitada. La sentencia recurrida (cuaderno 2, Fols. 23, 24, 25 y 26) condena a Arrocera Central Limitada, la cual no había sido mandante del doctor Bustamante, por lo tanto el Tribunal de Cartagena aplicó indebidamente el artículo 1602 al condenar a pagar a esta entidad que no se había vinculado contractualmente al demandante".

LA SALA OBSERVA

Entre las normas que el recurrente señaló como violadas al formular los cargos segundo, tercero y cuarto, ninguna de ellas establece la obligación del mandante a remunerar los servicios del mandatario. Y es obvio que toda condena por honorarios de éste se funda en alguna disposición de derecho material que obligue a pagarlos cuando se reúnan determinadas circunstancias.

Si, como sostiene el impugnante en su segundo cargo, los artículos 2189 y 2190 del Código Civil, sobre terminación del mandato por su tácita revocación, dejaron de aplicarse por el sentenciador, siendo pertinentes, a causa de la errónea

interpretación de los artículos 264, 266, 258, 450 del Código Judicial, ello apenas constituiría una infracción de medio, para llegar a la hipotética violación de la norma que consagre el derecho a la retribución que la sentencia reconoce, norma esta última que el acusador omite invocar.

Otro tanto ocurre con los errores de hecho que se alegan en el cargo tercero, en relación con los mismos artículos 2189 y 2190 del Código Civil. De ser aquéllos evidentes, y la violación de éstos incuestionable, faltaría todavía alcanzar el fundamento sustancial de la condena, que es la disposición no citada consagratoria del derecho a honorarios.

Lo mismo habría que decir del cuarto cargo, que se limita a glosar la aplicación del artículo 1602 del Código Civil, simplemente enunciativo.

La jurisprudencia y la doctrina han sostenido reiteradamente que todo cargo en el recurso de casación debe contener una proposición jurídica completa, mediante la formulación de un proceso lógico y relacionado que abarque las diversas situaciones jurídicas que pueden verse comprometidas en la resolución acusada.

Al no relacionarse como violada la norma que establece la obligación del mandante de remunerar al mandatario por su gestión, el cargo se queda en la mitad del camino y es ineficaz, por cuanto no puede la Corte salir a buscarla oficiosamente. Aun cuando prosperara la acusación por los aspectos planteados en los cargos, no podría absolverse al demandado de pagar los honorarios, por no haber sido acusada la norma que consagra esa obligación.

Por otra parte, el artículo 2542 del Código Civil señala el término para la prescripción de la acción que tiene el mendatario para hacer efectivo el valor de su remuneración. O sea que señala la forma como se extingue la obligación del mandante por el transcurso del tiempo, por lo cual es más notoria la omisión, en la relación de normas violadas, de la que señala la fuente de dicha obligación.

En consecuencia, no prosperan los cargos.

En mérito de lo expuesto, 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,

RESUELVE:

No casa la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena.

Costas a cargo del recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SE HOMOLOGA EN TODAS SUS DISPOSICIONES EL LAUDO PROFERIDO POR EL TRIBUNAL ESPECIAL DE ARBITRAMENTO, QUE DIRIMIO EL DIFERENDO LABORAL SURGIDO ENTRE EL SINDICATO DE TRABAJADORES DEL MUNICIPIO DE SONSON Y LA MISMA ENTIDAD

La Corte reafirma la doctrina sobre el efecto retrospectivo de los laudos arbitrales, reitera la tesis sostenida en la sentencia del 21 de abril de 1964 y aduce sobre el particular, nuevas consideraciones de especial importancia jurídica.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. E., diciembre 16 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Se procede a revisar el laudo de fecha 21 de septiembre de 1964, proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo, mediante Resolución 00949 de 2 de julio del presente año, para dirimir "el diferendo laboral existente entre el 'Sindicato de Trabajadores del Municipio de Sonsón' y la misma entidad". El Tribunal quedó integrado por los doctores Cenón Sierra S., J. Emilio Valderrama y Miguel Barrios Ariza, como árbitros por el Ministerio, el Municipio de Sonsón y el Sindicato, en su orden, según aparece de la Resolución 1298 del 24 de agosto pasado.

ANTECEDENTES

La Junta Directiva del "Sindicato de Trabajadores Municipales de Sonsón", con autorización recibida de la Asamblea General de Afiliados, verificada el 10 de noviembre de 1963, presentó a la consideración del Concejo Municipal de Sonsón, el día 12 de noviembre del mismo año, el pliego de peticiones que obra a folios 1 a 3 del cuaderno principal, consistente en 12 puntos y destinado a promover la celebración de una convención colectiva, reguladora de las relaciones laborales, entre el Municipio y sus trabajadores.

No fue posible que las partes acordaran soluciones definitivas sobre los puntos contenidos en el pliego, en ninguna de las etapas de arreglo directo y de conciliación, por lo cual, el Ministerio del Trabajo ordenó la constitución del Tribunal a que antes se ha hecho referencia, el cual, después de oír a las partes en varias audiencias celebradas al efecto y de requerir, de las mismas, los documentos e informes que estimó necesarios para un mayor conocimiento de causa, profirió el laudo decisorio del conflicto, con fecha 21 de septiembre de 1964.

El Personero Municipal de Sonsón, en tiempo hábil, interpuso el recurso de homologación, que le fue concedido por el Tribunal de Arbitramento. Remitidos los autos a esta Sala de la Corte, se procede a su examen y revisión, a fin de precisar si el Tribunal al resolver sobre el pliego de peticiones, lo hizo dentro de las facultades legales que le son propias y si la decisión no vulnera normas de la Constitución, ni derechos o facultades reconocidos a las partes por las leyes o por normas convencionales vigentes.

El pliego de peticiones, en sus doce puntos, está referido a las siguientes materias: En el primero, se pide aumento de salarios a partir del 1º de enero de 1964, de acuerdo con los porcentajes que allí se señalan. El segundo punto está relacionado con la estabilidad y reclamos de los trabajadores. El tercero, se refiere al reconocimiento de un subsidio familiar de $ 15.00, por cada hijo legítimo del trabajador. El punto cuarto, trata del reconocimiento de una prima de maternidad, equivalente a la suma de $ 150.00, y de un auxilio por calamidad doméstica, por el mismo valor, en caso de muerte de los padres, esposa e hijos del trabajador. El punto quinto,

trata sobre prima de navidad, para que se reconozca el valor equivalente al ciento por ciento de un mes de salario. El sexto, trata sobre suministro de vestido y zapatos. El séptimo, sobre permisos remunerados a los trabajadores, para el desempeño de comisiones sindicales. El octavo, se refiere al establecimiento de becas para los hijos de los trabajadores. El noveno, sobre escalafón. El décimo, sobre establecimiento de servicios médico y odontológico. El undécimo, sobre cumplimiento de las convenciones anteriores, en todo aquello que no se haya modificado por la presente; y el duodécimo, se refiere a la vigencia de la convención.

El Tribunal, resolvió el conflicto, así:

"PUNTO PRIMERO.

"En el presente punto se refunden y unifican los puntos primero y noveno del pliego de peticiones y ambos quedarán así: Los trabajadores al servicio del Municipio de Sonsón, Antioquia, vinculados por contrato de trabajo, tendrán las siguientes categorías únicas:

"A) *Oficiales de primera categoría;*

"B) *Oficiales de segunda categoría;*

"C) *Obreros.*

"Parágrafo 1º Se decreta un aumento real de salarios, para los trabajadores al servicio del Municipio de Sonsón, en la siguiente forma:

"Del veinte por ciento (20%) para quienes estén ganando hoy un salario mínimo diario de catorce pesos moneda legal ($ 14.00 m. l.) o mensual de cuatrocientos veinte pesos moneda legal ($ 420.00 m. l.), sobre ese mínimo devengado; del quince por ciento (15%) para quienes estén ganando un salario diario entre catorce pesos moneda legal ($ 14.00 m. l.) y diez y seis pesos moneda legal ($ 16.00 m. l.) y diez y seis pesos con sesenta y cinco centavos moneda legal ($ 16.65 m. l.) o menor de setecientos pesos moneda legal ($ 700.00 m. l.); y del diez por ciento (10%) para quienes estén ganando un salario entre diez y seis pesos con sesenta y cinco centavos moneda legal ($ 16.65 m. l.) y diez y nueve pesos moneda legal ($ 19.00 m. l.), o mayor de setecientos pesos al mes moneda legal ($ 700.00 m. l.).

"Parágrafo 2º Créase un *Comité Municipal de Interpretación,* en el Municipio de Sonsón, integrado así: por un representante del honorable Concejo Municipal, con su suplente, elegido como el principal; por un representante del Sindicato de Trabajadores al servicio del Municipio de Sonsón, con su suplente, elegido como el principal; y un tercero que será, por derecho propio, el Inspector Nacional de Asuntos Campesinos y del Trabajo, zona de Sonsón, Antioquia.

"Parágrafo 3º Si el Concejo Municipal no hiciere la elección a que tiene derecho conforme a lo dispuesto, en el curso de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, actuará en representación del Municipio, hasta tanto ocurra tal elección, el señor Personero Municipal quien podrá delegar funciones en empleado oficial al servicio del mismo Municipio. Actuará como Presidente de dicho Comité, el Inspector de Asuntos Campesinos y del Trabajo, quien para conseguir la operancia de este Comité se valdrá de la autoridad que lo faculta para hacer convocatoria bajo apremios legales.

"Parágrafo 4º El *Comité Municipal de Interpretación* tendrá carácter de permanente, durante la vigencia de esta convención arbitral, evaluará en el término de cuarenta (40) días, siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los oficios de los actuales trabajadores municipales, para asignarles la categoría correspondiente. Es entendido que la evaluación se referirá, solamente a los trabajadores municipales vinculados por contrato de trabajo.

"Parágrafo 5º En caso de que por cualquier circunstancia no fuere posible clasificar a alguno o algunos de los trabajadores municipales, tanto de los actuales como de los que ingresen al Municipio en lo futuro, en razón de su oficio, dentro de las categorías establecidas, dichos trabajadores percibirán el valor de los reajustes en conformidad con la tabla de aumentos señalada, en proporción a los salarios que estén devengando a la fecha del presente fallo o al que empiecen a devengar al iniciar las labores, salario que se tomará como básico para poder partir de él y tener derecho al aumento en la proporción del parágrafo 1º.

"Parágrafo 6º Cualquier determinación que tome este Comité, tendrá validez cuando sea aprobada por mayoría o por unanimidad; los suplentes actuarán solamente en ausencia del principal, y si faltare el Personero, será reemplazado por el Alcalde Municipal o quien haga sus veces; el Comité podrá resolver cualquier caso que se origine en este laudo, excepto en puntos esencialmente de derecho, que corresponde decidirlos a la justicia especial del trabajo.

"PUNTO SEGUNDO. *Estabilidad y reclamos.*

"Los trabajadores municipales al servicio del Distrito o Municipio de Sonsón, llevarán los reclamos que se originen del presente fallo arbitral, o de anteriores laudos o convenciones colectivas que sean ratificados por el presente,

al *Comité Municipal de Interpretación* que se crea, quien los definirá en la forma prevista. Los problemas de otro orden serán resueltos por la Junta de Asuntos Administrativos del Concejo; por dos representantes del Sindicato Municipal serán llevados, en ningún caso por número inferior.

"PUNTO TERCERO. *Subsidio familiar.*

"El Municipio de Sonsón pagará, del cuatro por ciento (4%) de la nómina mensual de salarios de ese municipio, a los hijos de los trabajadores que tengan derecho de ley a percibir subsidio, distribuyendo el valor total global de dicho producto, por partes exactamente iguales, pago que se hará en la misma forma en que se ha venido realizando y a las mismas personas que tienen derecho a verificar el cobro de la cuenta correspondiente.

"Parágrafo 1º Si al hacer la liquidación resultare que a cada hijo le toca una suma mensual inferior a siete pesos moneda legal, el Municipio pagará, en todo caso un mínimo de siete pesos moneda legal ($ 7.00 m. l.), que es el tope mínimo acordado entre las partes y que se ratifica en este fallo.

"PUNTO CUARTO. *Prima de maternidad. — Calamidad doméstica.*

"El Municipio de Sonsón reconocerá y pagará a sus trabajadores una prima de cien pesos moneda legal ($ 100.00 m. l.) para atender a gastos que demande cualquier caso de maternidad que se presente en el hogar del mismo, aun en el caso de aborto. Esta prima será por una sola vez en cada año, para cada trabajador.

"Parágrafo 1º y único del punto cuarto. El Municipio de Sonsón reconocerá y pagará a sus trabajadores municipales la suma de cien pesos moneda legal ($ 100.00 m. l.), por muerte de cada uno de esposa, hijo, padre, o madre, cualquiera que sea la causa de la muerte, y el pago se hará al encargado del entierro.

"PUNTO QUINTO. *Prima de navidad.*

"El Municipio de Sonsón pagará por concepto de prima de navidad, a sus trabajadores municipales, la misma cantidad o porcentaje que en la actualidad está pagando, o sea el noventa por ciento (90%) sobre el salario devengado a la fecha en que se cause el derecho, con base en un mes de servicio, es decir, en la forma consignada en el Acuerdo número 53 de 1961, del honorable Concejo Municipal, el cual sigue rigiendo sin modificación alguna.

"PUNTO SEXTO. *Vestidos y zapatos.*

"El Municipio de Sonsón seguirá dando a sus trabajadores municipales, en la misma forma como viene haciéndolo, vestidos y zapatos, hasta 10 días después de vencido el semestre correspondiente.

"PUNTO SÉPTIMO. *Permisos sindicales.*

"El Municipio de Sonsón concederá permisos remunerados hasta para dos (2) de sus trabajadores municipales sindicalizados, designados en cada caso por el Sindicado, para el cumplimiento de comisiones, servicios o asistencia a congresos sindicales, nacionales o departamentales, dentro o fuera del área municipal de Sonsón, por el término que duren tales eventos, más el término de la distancia, previa información y posterior comprobación ante el señor Personero Municipal, o en su defecto, ante el Alcalde Municipal.

"Parágrafo único. Igualmente, el mismo Municipio para la asistencia de sus trabajadores municipales a cursos sindicales, concederá permisos igualmente remunerados, hasta a uno (1) de sus trabajadores, por el tiempo que duren los cursos correspondientes, previo aviso y posterior comprobación ante las mismas autoridades.

"PUNTO OCTAVO. *Becas hijos de trabajadores.*

"De las becas gratuitas que concede actualmente el Municipio de Sonsón, destinará y asignará por lo menos cuatro (4) de ellas para estudiantes hijos de trabajadores de ese Municipio, quienes para hacerse acreedores a ellas, llenarán los mismos requisitos que se exigen a quienes no siendo trabajadores municipales, tengan becas o les sean asignadas en el futuro.

"Parágrafo único. La adjudicación se hará tomando el nombre o nombres de la lista de personas incluidas por el Sindicato Municipal, lista pasada a la entidad que haga la distribución, teniendo derecho a intervenir un delegado previamente designado por la misma entidad sindical.

"PUNTO NOVENO. *Escalafón.*

"Refundido con el punto primero de esta sentencia arbitral.

"PUNTO DÉCIMO. *Servicio médico y odontológico. — Drogas.*

"El Municipio de Sonsón dispondrá la oportuna, suficiente y gratuita atención médica y odontológica para sus trabajadores municipales, igual que el suministro, también gratuito, de las drogas prescritas, según reglamentación que dictará el honorable Concejo Municipal, o en su

defecto la Alcandía, si lo dejare de hacer en el término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, el honorable Cabildo.

"Parágrafo único. En tal caso, la Alcaldía tendrá quince (15) días después de los 30, para dictar tal reglamentación.

"PUNTO DECIMOPRIMERO. *Beneficios anteriores.*

"El Municipio de Sonsón dará fiel cumplimiento a todas las cláusulas de convenciones colectivas o laudos arbitrales anteriores, en cuanto no se opongan al presente o que no hayan sido modificadas o derogadas por el mismo.

"PUNTO DECIMOSEGUNDO. *Vigencia.*

"El presente fallo arbitral tiene una vigencia de un (1) año, contado desde su ejecutoria, pero en cuanto a beneficios o aumentos decretados, se ordena una retroactividad efectiva al primero (1º) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), inclusive.

"Parágrafo único. El Sindicato de Trabajadores Municipales de Sonsón podrá en cualquier momento, durante el año de vigencia de este laudo, pedir reajuste de salarios o beneficios, siempre que se dictare disposición nueva que lo permita o autorice.

"Acápite A). No se pronuncia el Tribunal, en ningún sentido, sobre despidos o reintegros de trabajadores municipales, pues no es situación que le competa.

"Acápite B). Se obliga al Tesorero de Rentas del Municipio de Sonsón a retener y pasar de inmediato al Tesorero del Sindicato, la totalidad de las cuotas sindicales que se hayan causado o se causen en virtud de la obligación que nace del Decreto número 0018 de 1958, febrero 10, y el artículo 400 del Código Sustantivo del Trabajo. Si no lo hiciere, se hará responsable del valor o valores que deje de retener y entregar en la forma prevista, pudiendo la parte afectada hacer uso, para hacer efectivos esos valores, del procedimiento que señala el artículo 100 y concordantes del Código Procesal del Trabajo. (Decreto 2158 de junio 24 de 1948).

"Acápite C). El Municipio de Sonsón y el Sindicato de Trabajadores al servicio del mismo Municipio, pueden recurrir judicialmente, por el procedimiento de la justicia especializada de ese ramo, para hacer valer los derechos que nacen a favor de cualquiera de ellos, del presente fallo arbitral o de convenciones anteriores ratificadas por el mismo.

"Acápite D). Este Tribunal declara que no tiene facultad legal para decretar aumentos de sueldos a empleados del Municipio de Sonsón, pues es potestad del honorable Concejo, consagrada en la Ley 4ª de 1913. Sin embargo, se permite recomendar especialmente al honorable Cabildo Municipal para que de conformidad con los aumentos decretados a los trabajadores según el primer punto de este fallo, buscando el más exacto equilibrio en la administración, haga los reajustes que considere y sean posibles. El señor Personero Municipal de Sonsón hará conocer esta inquietud y recomendación, del honorable Cabildo en sesión plena.

"Acápite E). Si fuere atendida esta sugerencia, los beneficiados cotizarán, conforme al Decreto citado en el acápite B) que antecede, en la forma allí prevista.

"Este fallo arbitral pone fin al presente conflicto entre el Municipio de Sonsón en el Departamento de Antioquia y sus trabajadores municipales, representadas ambas entidades, como se dijo antes, por los señores Personero Municipal y Presidente del segundo de los organismos citados, y tiene carácter y fuerza de *convención colectiva,* en cuanto a las condiciones de trabajo, al tenor del artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo".

La parte recurrente se abstuvo de presentar y sustentar ante la Corte las razones o motivos que le hayan inducido a no conformarse con la decisión arbitral y por tanto, se ignora si su desacuerdo sea, total o solamente parcial. En tales circunstancias, la Sala se ve precisada a verificar el examen general del laudo. Del estudio detenido de sus disposiciones concluye que deben homologarse totalmente, pues, ninguna de ellas excede a las facultades de los árbitros, ni violan derechos o facultades reconocidas a las partes por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales anteriores vigentes.

En efecto, todos los puntos contenidos en el pliego de peticiones tienden a conseguir el implantamiento de nuevas condiciones generales de trabajo, o a la modificación, para mejorarlas, de algunas ya existentes. Las materias que comprenden son de naturaleza económica, como fácilmente puede apreciarse de la simple lectura del aludido pliego. Por ello, resulta acertado el criterio de los árbitros al fundamentar su decisión, de atenerse a la equidad como único límite y justificación para aplicarla como justicia al caso controvertido. De esta suerte, si todos los puntos del petitum contenidos en el pliego presentado por el Sindicato al Concejo Municipal de Sonsón están referidos a un conflicto de intereses, de contenido puramente económico, resuelto por los árbitros, según equidad, la Corte, en sede de homologación tiene necesariamente

que respetar los presupuestos sustanciales en que se inspira el pronunciamiento arbitral que se revisa, pues, por otra parte, no se observa que las decisiones adoptadas contraríen las normas fundamentales de carácter imperativo que gobiernan nuestras instituciones jurídicas y que constituyen indeclinables garantías de justicia, desde el punto de vista del orden social o del interés público.

Lo anterior resulta incontrovertible si se tiene en cuenta que el laudo, en el punto primero, se limita a decretar un aumento salarial a los trabajadores del Municipio de Sonsón, vinculados por contrato de trabajo, sin exceder los límites de lo pedido en el pliego y, además, a establecer un "Comité Municipal de Interpretación" encargado de dar forma y vigencia a la clasificación de los trabajadores, con miras a organizar el escalafón de los mismos, teniendo en cuenta las aptitudes, calidades y servicios que les corresponda desempeñar, lo cual también fue materia de pedimento en el punto noveno del pliego. Lo resuelto en el punto segundo complementa el anterior, en cuanto a las funciones que atribuye al "Comité Municipal de Interpretación" y dispone que los problemas de otro orden deben ser resueltos por la "Junta de Asuntos Administrativos del Concejo". Las decisiones contenidas en los puntos tercero, cuarto, quinto y sexto, sobre subsidio familiar, prima de maternidad, auxilio por calamidad doméstica, prima de navidad y suministro de vestidos y calzado, se relacionan con materias que han sido objeto de estipulación en la convención anterior, firmada en noviembre de 1961, con vencimiento al 17 de noviembre de 1963, y que fue denunciada oportunamente por el Sindicato, para poder presentar el pliego de peticiones que dio origen al presente conflicto.

La decisión del laudo, sobre permisos a los trabajadores para el cumplimiento de comisiones sindicales y para otros fines previstos en el punto séptimo, se atempera a la ley. Igual ocurre respecto a la destinación de cuatro becas, de las que actualmente tiene creadas el Concejo y que sostiene el Municipio, para ser destinadas o adjudicarlas a estudiantes, hijos de los trabajadores del Municipio, que reúnan los requisitos exigidos para todos los aspirantes a gozar de esos beneficios. Lo atinente a la obligación del Municipio de prestar asistencia médica, odontológica y farmacéutica a sus trabajadores, es punto que se acomoda estrictamente a imperativos mandatos de la ley.

Respecto a lo dispuesto en el punto decimosegundo, en cuanto fija en un año la vigencia del laudo, contado a partir de su ejecutoria, la decisión no quebranta el mandato contenido en el artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo. Tampoco, en sentir de la Sala, se vulneran normas de jerarquía superior, de orden constitucional o legal, en cuanto se dispone, en el mismo punto del laudo, que éste tiene vigencia a partir del 1º de julio del presente año, respecto a los "beneficios o aumentos decretados". Al efecto, la exequibilidad de una decisión sobre esta materia, es tema que fue examinado y decidido afirmativamente por esta Sala, con ocasión de revisar un caso semejante que se contempló dentro del recurso de homologación interpuesto contra el laudo del Tribunal Especial de Arbitramento convocado para decidir el conflicto presentado entre el Sindicato de Trabajadores de la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia, Limitada "Ciledco" y la misma entidad. La decisión de la Corte sobre dicho punto fue adoptada por mayoría, en sentencia de fecha 21 de abril de 1964. En ella se exponen ampliamente razones que sirvieron para sustentar la decisión, las que en esta oportunidad reitera la Sala, para concluir que en el caso presente que se examina, es exequible la decisión que fija el primero de julio de 1964 como fecha desde la cual rigen los aumentos salariales que se decretan.

A lo expuesto en ese fallo, se agrega lo siguiente:

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Sala, predominante hasta el mes de abril del presente año, venía apoyándose primordialmente en el artículo 30 de la Constitución y en los artículos 467, 478 y 479-2 del Código Laboral.

2. Se sostenía, en efecto, que siendo el objeto de la convención colectiva de trabajo (y del laudo de un Tribunal obligatorio, que tiene el mismo carácter) el de fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, constituyendo así una reglamentación nueva, una reforma de las relaciones anteriores, un nuevo estado para las partes, sus ordenamientos deben mirar al futuro, que es su ámbito propio de validez temporal. Se admitía la posibilidad de que las partes, en una convención, pactaran estipulaciones retroactivas en uso de la libertad contractual; pero se les negaba a los árbitros la facultad de volver hacia lo pasado con su fallo, que es una sentencia constitutiva, para producir efectos sobre situaciones jurídicas que quedaron lícita y definitivamente concluidas. Todo ello con base en que la Carta garantiza la propiedad privada y los demás derechos adqui-

ridos con justo título, los cuales no pueden ser desconocidos por normas posteriores.

3. Se argüía, además, que la prolongación de la vigencia de la convención denunciada "hasta tanto se firme una nueva convención", según voces del artículo 479-2 del Código, consolida entretanto las anteriores condiciones de trabajo, hasta el punto de que la petición encaminada a que el nuevo acto (convención o laudo) que deba reemplazar al precedente rija a partir de la expiración del primitivo plazo, entraña en el fondo una acción de declaración, es decir, una cuestión de derecho, extraña a las facultades del arbitrador.

4. Un nuevo estudio del problema condujo a la Sala, en la sentencia arriba mencionada (de fecha 21 de abril de 1964), a conclusiones distintas. A los argumentos que entonces se expusieron, no sobra agregar, sin embargo:

5. Inicialmente, desde el Decreto 2350 de 1944 y la Ley 6ª de 1945 hasta la expedición del Código Laboral de 1950, la fijación del término de duración y las causas y modalidades de su prórroga y su denuncia, eran de la esencia de las convenciones colectivas de trabajo y, por lo mismo, de los laudos arbitrales que hicieran sus veces. Se entendía, entonces, que correspondía a las partes (o a los arbitradores en su caso) proveer, libre pero includiblemente, sobre la vigencia de los ordenamientos normativos de los contratos de trabajo, sin otro límite que la Constitución. El Código, al instituir el plazo presuntivo de seis meses (Art. 477), las prórrogas semestrales automáticas (Art. 478) y el plazo máximo de dos años para los fallos de Tribunales obligatorios (Art. 461), cambió el sistema de temporaneidad esencial de las convenciones colectivas por el de su duración presuncional, indefinidamente prorrogable por ministerio de la ley. Pero mantuvo todavía la posibilidad de su extinción por denuncia unilateral hecha por escrito, ante funcionario competente, dentro de los últimos sesenta días del plazo cursante: "Formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta terminará a la expiración del respectivo plazo" (Art. 479 original).

6. El Decreto 616 de 1954 introdujo en el sistema otro cambio todavía más radical, cuando sustituyó la disposición que acaba de copiarse, por la que reza: "Formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención" (Art. 14, hoy 479-2 del Código). Quedó así implantada lo que han dado en llamar nuestros comentaristas la convención eterna *pues, basta que la parte favorecida con una norma convencional o arbitral se niegue a modificarla para que subsista indefinidamente, o, al menos, hasta la desaparición del otro contratante o la clausura de la empresa. Si (en tratándose de estipulaciones económicas, cuya persistencia debe condicionarse a situaciones previsibles) la innovación fue plausible o no; si la perspectiva de una duración indefinida del convenio de intereses facilita o dificulta la negociación colectiva, son aspectos que no corresponde a la Sala examinar. Lo importante es destacar que éste es actualmente el régimen legal.*

7. Pero sea de ello lo que fuere, los antecedentes anotados sirven para poner de manifiesto la diferencia entre el término, *propiamente dicho, de la convención o el laudo (ya sea el inicial, o el que resulte de las prórrogas automáticas semestrales, a falta de la denuncia, pues la omisión de esta última es también una expresión de voluntad), y la prolongación provisional ordenada por el Decreto 616 de 1954. Respecto de las convenciones y laudos oportunamente denunciados por cualquiera de las partes, la institución de la denuncia, que el Código conserva, debe tener alguna eficacia. Antes de 1954, ella bastaba para ponerle fin a la situación preexistente; después de 1954, ya no es bastante, pues se requiere que además sobrevenga una nueva convención (o un nuevo laudo, en su caso). Sin embargo, no ha dejado de ser lo que siempre ha sido: La manifestación inequívoca de una protesta contra lo existente, la expresión de un claro propósito de modificar las condiciones en vigor.*

8. No puede ser entonces una misma la solidez, la intangibilidad de la convención colectiva no denunciada (y por tanto prorrogada con la anuencia de los contratantes) y la de la convención oportunamente denunciada por una de las partes o por ambas. El status provisorio, establecido por el Decreto de 1954, es esencialmente efímero, ya que carece del respaldo de uno de los pactantes, cuando menos: el denunciante.

9. Todas las razones que sirvieron de soporte a la anterior jurisprudencia sobre la materia, conservan su validez en relación con el plazo, fijo o presuntivo, de la convención o el laudo. La fuerza obligatoria del pacto o de la decisión arbitral durante ese plazo no puede ser desconocida por ninguna de las partes, y su reforma solo sería viable por la concurrencia de ambas voluntades. La ineptitud de la ley o de la sentencia arbitral para invadir el pretérito contractual y producir efectos sobre situaciones lícitamente definidas en aquel plazo, sigue siendo incuestionable. La inviolabilidad de los derechos

adquiridos con justo título (y es justo título la convención o el laudo, por el término previsto) continúa tutelando el comercio jurídico.

10. Pero, respecto del interregno, de ese vago período que se extiende entre el vencimiento del plazo de la convención o laudo oportunamente denunciados y la expedición del acto que deba reemplazarlos, sería excesivo hablar de "derechos adquiridos" o de "situación consolidada". En virtud de la denuncia, quien la formula advierte a la contraparte que sólo se conforma con las normas preexistentes hasta el último día del plazo señalado; ni un día más allá: por eso pide su cambio. No puede haber sorpresa vitanda por ninguna modificación que afecte ese lapso. La denuncia no hacía sino anunciarla o exigirla. Y si, por tratarse de conflictos colectivos de intereses, y no jurídicos, el laudo arbitral llega a invadir, total o parcialmente, el status económico provisorio, tampoco resultaría apropiado hablar de que se afecte el "derecho adquirido" a no pagar ni un centavo más de lo que estuvo previsto que se pagara durante el plazo señalado por la convención o laudo denunciados. El arbitrador, en este evento, no podrá obedecer sino a los dictados de la equidad; apreciar las necesidades de los trabajadores y la capacidad financiera de los empresarios; tomar en cuenta el grado de responsabilidad de cada una de las partes en la prolongación injustificada de la negociación colectiva o de los trámites del arbitramento; estudiar el petitum sindical, y decidir razonablemente sobre la fecha inicial de las nuevas condiciones de trabajo, sin afectar, desde luego, el verdadero plazo, fijo o presunto, de la convención o laudo que fuera objeto de la oportuna renuncia.

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,

RESUELVE:

Primero. Son exequibles las disposiciones del laudo de fecha 21 de septiembre de 1964, proferido en el presente juicio por el Tribunal Especial de Arbitramento convocado por el Ministerio del Trabajo mediante la Resolución número 0949 de julio del presente año. Por tanto, se homologa el laudo en todas sus disposiciones.

Segundo. Copia de esta providencia y del fallo arbitral se remitirán al Ministerio del Trabajo, para su custodia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez, con salvamento de voto.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor José Joaquín Rodríguez.

El laudo en el presente asunto fue pronunciado el 21 de septiembre de 1964. En cuanto a los aumentos de salarios que decreta, dispone que comience a regir desde el 1º de julio del mismo año. La sentencia de la Corte declara exequible la resolución en tal sentido, reiterando la tesis sostenida por ella en sentencia del 21 de abril del corriente año, decisoria del recurso de homologación contra el fallo arbitral que resolvió el conflicto colectivo entre la Cooperativa Industrial Lechera de Colombia (Ciledco) y su sindicato de trabajadores.

Sobre el punto no comparto el criterio que informa el fallo de la Sala. Cuando recibió la doctrina contenida en la providencia del 21 de abril, disentí las razones en que se funda. Las que en esa oportunidad expuse servirán, por consiguiente, como fundamento del presente salvamento de voto. Del que elaboré entonces, conviene repetir los siguientes apartes:

"No compartimos la opinión de la Sala porque en nuestro concepto, vulnera claras normas de derecho positivo. En efecto: dispone el artículo 479-2 del Código Sustantivo del Trabajo, que denunciada oportunamente la convención colectiva, continúa ésta en vigor hasta que se firme la que debe reemplazarla. Todo el complejo de las relaciones económicas gobernadas por la convención y sus repercusiones en el campo jurídico, caen bajo el imperio del precepto. No es, pues, el caso de apelar a la doctrina recibida por la jurisprudencia, de acuerdo con la cual, en las cuestiones de intereses simples el árbitro está facultado para decidir en equidad, y, en consecuencia, puede retrotraer los efectos de la decisión a época anterior a la que marca la disposición, aunque se la denomine simplemente retrospectiva, como lo afirma el fallo, y no retroactiva. Debe observarse que la norma no es simplemente dispositiva en forma tal que permita una resolución contraria a su contenido, sino imperativa y, por ende, de rigurosa observancia. Por obra del precepto, que manda regir la convención denunciada conforme al régimen en ella establecido, las obligaciones nacidas durante su vigencia dieron lugar a situaciones que el artículo 16 de la obra citada considera definidas y consumadas. Si el fallo arbitral las aumenta, pierden esa cualidad, convirtiéndose en provisionales. La seguridad jurídica, que es el pensamiento en que se inspira la previsión legal mencionada, se desquicia. Su consecuencia es la lesión de derechos adquiridos, que a una amparan la regla legal que se comenta y el artículo 30 de la Constitución Nacional. Una valla infranqueable a decisiones de tal naturaleza impone el artículo 458 del Código del ramo, pues según su texto el laudo no puede resolver el conflicto en oposición a mandatos del constituyente o del legislador. Si el artículo 479-2 resulta inconveniente, ello no autoriza para desconocerlo, ya que no es misión de la justicia arbitral, como no lo sería de la jurisdicción estatal, la enmienda de la ley, atribución exclusiva de quien tiene el encargo de expedirla, según conocidos principios de derecho público, sancionados por la Carta Política".

El fallo de ahora agrega al del 21 de abril nuevas consideraciones en pro de la tesis allí sostenida, sin duda de especial importancia jurídica. Destaco de ellas las siguientes: durante el vago período que se extiende entre el vencimiento del plazo de la convención o laudo oportunamente denunciados y la expedición del acto que deba reemplazarlos, sería excesivo hablar de "derechos adquiridos" o de "situación consolidada". En virtud de la denuncia, "quien la formula advierte a la contraparte que sólo se conforma con las normas preexistentes hasta el último día del plazo señalado; ni un día más allá: por eso pide su cambio. No puede haber sorpresa vitanda por ninguna modificación que afecte ese lapso. La denuncia no hacía sino anunciarla o exigirla. Y si, por tratarse de conflictos de intereses y no jurídicos, el laudo arbitral llega a invadir, total o parcialmente, el status económico provisorio, tampoco resultaría

apropiado hablar de que se afecte el 'derecho adquirido' a no pagar ni un centavo más de lo que estuvo previsto que se pagara durante el plazo señalado por la convención o el laudo denunciados. El arbitrador, en este evento, no podrá obedecer sino a los dictados de la equidad; apreciar las necesidades de los trabajadores y la capacidad financiera de los empresarios; tomar en cuenta el grado de responsabilidad de cada una de las partes en la prolongación injustificada de la negociación colectiva o de los trámites del arbitramento; estudiar el petitum sindical, y decidir razonablemente sobre la fecha inicial de las nuevas condiciones de trabajo, sin afectar desde luego el verdadero plazo, fijo o presunto, de la convención o laudo que fuera objeto de la oportuna denuncia".

El anterior razonamiento solo toma en cuenta el interés de la asociación sindical; en virtud del acto jurídico que gobernaba sus condiciones de trabajo con la empresa, su voluntad es la que deje de regir desde esa fecha en adelante, a efecto de que el que lo sustituya fije el nuevo régimen económico, respecto del cual el laudo puede situar su vigencia dentro del período provisorio, posterior en todo caso al vencimiento del plazo fijo o presunto del acto jurídico que fenece, y desde luego, aumentar las prestaciones extralegales que juzgue equitativas, ya que, como lo dice la sentencia, no puede pretender la empresa no pagar un centavo más de lo que venía pagando conforme a la convención o laudo anterior. Pero ocurre que si la convención o laudo lo denuncia la empresa, también pretende ésta que las obligaciones económicas no sigan rigiendo sino que en su reemplazo se adopten otras menos gravosas. Es el aspecto que no contempla el nuevo soporte de la doctrina que se analiza. Se ve claro entonces, que la modificación del régimen imperante, si el fallo arbitral coloca su vigencia en fecha anterior a su expedición y aumenta las cargas de la empresa, lesiona el derecho que ésta había adquirido, conforme a la ley, al mantenimiento de las condiciones de trabajo gobernadas por el acto denunciado, que aquélla ordena conservar hasta que el nuevo estatuto se expida y se notifique a las partes.

Por todo lo expuesto, estimo que la decisión arbitral, en cuanto dispone que los aumentos de salarios rijan desde fecha anterior a su expedición, es retroactivo, y por tanto, contrario a los mandatos que antes se citaron de la Constitución y de la ley.

Bogotá, diciembre 16 de 1964.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Extractos de jurisprudencia a cargo del Relator de entonces doctor Luis Ignacio Segura.

CONTESTACION DE LA DEMANDA Y RELEVO DE PRUEBA. — CONFESION. LEGITIMACION EN CAUSA, PRESUPUESTOS PROCESALES Y FALLO INHIBITORIO

1. En Colombia no rige como regla general que la simple aceptación de un hecho de la demanda implique la exoneración de su prueba. — Debe tenerse en cuenta que la prueba de confesión debe llenar determinados requisitos. — Cómo se prueba la venta de un bien raíz. — Falta de la legitimación en causa. — 2. La legitimación para obrar no es un presupuesto procesal. — Su falta de comprobación no debe conducir a la inhibitoria del Juez sino a la absolución del demandado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Bogotá, octubre 5 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

El apoderado judicial que constituyó la señorita Lorenza del Carmen Gómez Sánchez, vecina de Montería, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de dicha ciudad al Departamento de Córdoba, impetrando los siguientes pronunciamientos:

"a) Que el Departamento de Córdoba ha incumplido sus obligaciones legales y contractuales de arrendatario del material de balasto y piedra a que se refiere el hecho primero de la demanda.

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare igualmente cancelado el contrato de arrendamiento celebrado entre el Departamento de Córdoba como arrendatario y el señor Jacinto Vargas V. a que se refiere el mismo hecho primero.

"c) Que el Departamento de Córdoba debe pagar a la señorita Lorenza del Carmen Gómez Sánchez, por concepto de perjuicios, la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000) en que se estiman los causados por lucro cesante y daño emergente.

"d) Que el Departamento de Córdoba está obligado a entregar arrendado dentro de los dos días siguientes a la ejecutoria de la sentencia".

Como fundamentos de hecho expuso los siguientes:

"1º Por medio de documento privado firmado en esta ciudad el 6 de septiembre de 1956, el señor Jacinto Vargas, propietario en ese entonces de la finca conocida con el nombre de 'Villa Flores' prometió dar en arrendamiento, por el término de diez años, al Departamento de Córdoba, el material de balasto y piedra que se encontrara en el punto llamado Cerro Grande, y dentro de un área de superficie total del cerro dicho, área que está comprendida dentro de los siguientes linderos especiales: 'Por un lado, terreno del Bello Petro (hoy Mendoza y Gómez Ltda.); por otro lado, terreno de Manuel Encinales; y por los otros lados con terreno del mismo dueño.

"Este lote forma parte de uno de mayor extensión, a que se refieren los títulos de propiedad,

o sea que lo prometido en arrendamiento era apenas una parte de la finca.

"2º Se estipuló que 'el presente contrato requiere para su completa validez de la aprobación del Consejo de Gobierno del Departamento de Córdoba y de la revisión del Tribunal Contencioso Administrativo y será elevado a escritura pública de acuerdo con la ley, previo el lleno de todas las demás formalidades legales.

"3º Ni se elevó el contrato a escritura pública, ni se sometió a la revisión del Tribunal Contencioso Administrativo, lo que no sólo estaba estipulado contractualmente sino que es un mandato legal de estricto cumplimiento para que tenga validez, por disponerlo así los artículos 259 y 260 del Código Contencioso Administrativo.

"4º Aun cuando estas informalidades serían motivo suficiente para la invalidación del contrato, su cumplimiento en cuanto a algunas de las estipulaciones que contiene la promesa (no debe llamarse de otra manera porque faltó la aprobación del Contencioso y la escritura) se realizó: Jacinto Vargas, contratista, entregó el lote para que lo explotara el Departamento desde el 6 de septiembre de 1956 y efectivamente dicha entidad ha venido explotando los materiales de construcción que allí existen (piedra y balasto).

"5º El Departamento se ha dedicado en forma despiadada a acabar con estos materiales, y no sólo los ha utilizado en su propio beneficio en sus obras, sino que se ha dedicado a brindarle dichos materiales o a permitir su explotación o beneficio a otras entidades o personas.

"6º La intención de los contratantes fue la de que el arrendador permitiera al Departamento la explotación por 10 años de la cantera, no su extinción o agotamiento total, y con miras a que de allí pudiera beneficiarse el Departamento con los materiales que necesitaba para sus obras, a la medida que los fuera necesitando, pero no podía entenderse que quedaba facultado para regalar, vender o permitir que otras entidades o personas se beneficiaran con dichos materiales con su autorización o consentimiento expreso o tácito, como lo ha hecho.

"El artículo 1618 del Código Civil es claro sobre el particular cuando dice que 'conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras'.

"7º El Departamento ha violado la cláusula primera de que trata el contrato-promesa, porque no se ha limitado a explotar el material de balasto y piedra sino a permitir que otros exploten y se beneficien de él.

"8º También ha violado la cláusula cuarta, porque debido a la desconsideración y abuso que ha imperado en la explotación, lo que es muy común y usual cuando se trata de entidades de derecho público por el temor y respeto reverencial que infunden, el resto de la finca, casi en su totalidad, ha dejado de prestar el servicio a que estaba destinada, o sea a pasto de ganados, porque el Departamento no ha puesto los cercos adecuados para dejar completamente libre de embarazos y perjuicios la zona que no quedó comprendida en el contrato-promesa de arrendamiento.

"9º El material que ha sido extraído por personas o entidades diferentes al Departamento de Córdoba, vale varios miles de pesos, y por tanto, por no haberse explotado para los fines a que 'la cosa es naturalmente destinada' 'o que deban presumirse de las circunstancias del contrato' se han causado perjuicios a la parte actora, de conformidad con los artículos 1996, 1997, 1999 y otros del Código Civil que dan pie legal para que por la justicia se decida la terminación del contrato y la correspondiente indemnización de perjuicios.

"10. El señor Jacinto Vargas V., contratista y anterior dueño, por medio de la escritura número 182 del 29 de abril de 1960 de la Notaría Segunda de Montería, vendió a la señorita Lorenza del Carmen Gómez Sánchez la finca 'Villa Flores', y expresamente se hizo constar que le cedía los derechos derivados del contrato de arrendamiento pactado mediante documento privado, y por tanto no sólo por esto, sino por ministerio de la ley, quedó subrogada en todo, para todos los efectos legales".

En cuanto al derecho dijo: "Me fundo en los artículos 1602, 1603, 1606, 1618, 1996, 1997, 1999, 2005 y demás pertinentes del Código Civil, y en los artículos 205, 737 y demás pertinentes del Código Judicial".

El Tribunal puso fin a la primera instancia en sentencia de 15 de mayo del cursante año, en la cual se declaró inhibido "para fallar en el fondo el presente negocio, por falta del presupuesto procesal de legitimación para obrar en este proceso de la parte demandante", y condenó en costas a ésta.

Estimó el Tribunal que la demandante, persona distinta de la que celebró el contrato, no ha acreditado su afirmación de que compró el terreno al arrendador Ventura Vargas mediante escritura pública en la que expresamente se hubiera dicho que este último cedía los derechos derivados del contrato celebrado con el Departamento.

"Por ninguna parte en los autos se encuentra demostrado que la Srita. Lorenza del Carmen G. Sánchez sea la dueña del inmueble contratado por el Departamento con el señor Jacinto Vargas. Y no se puede tener como cierto el hecho décimo por razón de haberlo relacionado el demandante citando el número de una escritura sin haber acompañado una copia, debidamente legalizada, de ese instrumento público. No estando demostrado en el expediente como se ha dicho ya, que la señorita Lorenza del Carmen Gómez Sánchez, sea la dueña del inmueble arrendado al Departamento, carece la demanda de un requisito esencial, que los autores y la jurisprudencia denominan, de la legitimación ad procesum. Este fenómeno de la falta de legitimación para obrar es uno de los presupuestos procesales indispensables para que se produzca un pronunciamiento sobre el fondo del negocio.

"Así lo tiene establecido esta Sala en su sentencia de treinta y uno de enero del presente año, y la Corte Suprema de Justicia en muchas sentencias, entre ellas la de la Sala de Casación Civil, fechada el diez y seis de agosto de mil novecientos cuarenta y ocho, en la que estableció la diferencia que hay entre presupuestos procesales y la falta de legitimación en causa: 'De estos fenómenos llamados y configurados según se deja visto, es necesario distinguir otros que no se refieren a la existencia del proceso sino a la del derecho de acción en el demandante; se conocen como condiciones de la acción y miran no a que sobrevenga un fallo que solucione la relación procesal sino una decisión favorable a la súplica de la demanda; no es posible discriminar y sistematizar las condiciones de la acción como se hace con los presupuestos procesales porque mientras éstos reflejan en el fenómeno público y general llamado proceso, aquéllos inciden en el funcionamiento de cada derecho subjetivo de cada acción condicionado por las circunstancias individuales de quien lo ejerce y del fin con el cual lo hace; las condiciones de cada acción defieren como los sujetos de cada una, y como las situaciones singulares que cada acción contiene o revela; no obstante en esta multiplicidad hay un fenómeno constante que siempre recoge una buena suma de condiciones de la acción llamada interés jurídico o, en un sentido procesal más exacto, legitimación para obrar; ésta no es susceptible de confundirse con presupuesto procesal alguno porque sin ella el proceso puede constituirse aunque sin éxito para el actor, ni con la personería sustantiva la cual reside en los particulares que se dejaron vistos ya; la falta de los presupuestos procesales apareja, por regla general, nulidad; la de legitimación en causa el insuceso de la gestión actora' ".

Apelada la sentencia por el señor apoderado de la demandante, vino el negocio a esta corporación, donde ha sufrido los trámites de ley. Dicho apoderado insiste en que está creditada la legitimación en causa activa de su patrocinada, así como todos los fundamentos de hecho, por lo que pide la revocatoria de la providencia apelada y la consiguiente condena del Departamento.

Por su parte, el apoderado que ante esta Sala constituyó este último, alega que, como lo anota el Tribunal, "el derecho para accionar no está legalmente demostrado", por no haberse traído la escritura pública por la que la demandante dice haber comprado el terreno al contratista Vargas; que la prueba testimonial traída al proceso carece de todo valor probatorio; que no se ha pedido la resolución del contrato, sino su cancelación; que examinadas las cláusulas del contrato, resulta "que no se trata de uno de arrendamiento, sino de un clásico usufructo", por cuanto es de la esencia del arrendamiento que la cosa pueda usarse sin consumirse; que el usufructo ha debido constituirse por escritura pública, por lo que al faltar ésta "el contrato sobre que versa la litis es absolutamente nulo por falta de esa solemnidad, y con apoyo o invocación en él, no puede demandarse el cumplimiento de obligaciones contractuales ni la condena al pago de perjuicios de igual naturaleza". Por todo lo cual pide que se confirme la sentencia del Tribunal.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Al libelo, fue acompañada copia autenticada por el Secretario de Obras Públicas del Departamento de Córdoba del documento contentivo del contrato a que hace referencia la demanda, celebrado entre el entonces Secretario de Obras Públicas, a nombre del Departamento, y el señor Jacinto Vargas V., y por el cual éste permitía a aquél que "explote el material de balasto y piedra que se encuentra en su finca denominada 'Villa Flores', por el término de diez años, a cambio del pago de la suma de $ 7.000 por parte de la entidad departamental. De la prueba documental allegada por el apoderado del Departamento resulta que dicho Secretario de Obras Públicas fue autorizado por el Gobernador para la celebración del contrato; que éste fue aprobado posteriormente por el Consejo de Gobierno y luego revisado y encontrado ajustado a la ley por el Tribunal Contencioso Administrativo, formalidades estas dos últimas expresamente previstas en el contrato.

2. No es necesario entrar a precisar la naturaleza del contrato celebrado entre el señor Jacinto Vargas y el Departamento de Córdoba. Para los fines de esta providencia es suficiente anotar que entre tales personas se celebró un acuerdo válido de voluntades respecto a determinadas prestaciones, esto es, un contrato, y que la demandante Lorenza del Carmen Gómez fue extraña a ese acuerdo. Ha alegado su apoderado que ella se subrogó en los derechos contractuales de Vargas, en virtud de la compra que de la finca objeto del pacto hizo a éste, y de que en la correspondiente escritura se dejó establecido que aquél le cedía tales derechos. Al respecto basta observar que no se ha traído la prueba de la celebración de esa compraventa. Sostiene el apoderado de la demandante que el hecho décimo de la demanda, en que se afirma la realización de tal contrato, fue aceptado por el apoderado del Departamento, y esto es cierto. Sin embargo, no por ello quedaba relevada la parte demandante de establecer el hecho. En Colombia no rige como regla general que la simple aceptación de un hecho de la demanda implique la exoneración de su prueba. Es verdad que según el artículo 225 del Código Judicial, "el demandado, al contestar la demanda, debe expresar cuáles hechos admite como ciertos y cuáles rechaza o niega", pero también lo es que el artículo 593 del Código Judicial terminantemente prescribe que "toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas". No existe, pues, la figura del relevo de prueba, y por consiguiente la aceptación como cierto de un hecho de la demanda, a que invita el citado artículo 225 del Código Judicial, tan sólo tiene relevancia probatoria en cuanto constituya una confesión, que, desde luego, es uno de los medios de prueba a que alude el artículo 593. Sin perjuicio, naturalmente, de ciertos efectos procesales distintos, como el contemplado por el artículo 214 del Código Judicial.

Ahora bien, la prueba de confesión debe llenar determinados requisitos, entre los que figura el de que "la ley no exija para el caso otro medio de prueba" (Art. 605 del C. J.) y bien sabido es que la venta de un bien raíz no puede establecerse sino mediante la presentación de la escritura pública en que ella conste, con la correspondiente nota de su debido registro (Arts. 1857, 2652 del C. C.).

Lo anterior es suficiente para concluir que la aceptación que el apoderado del Departamento de Córdoba hizo del hecho décimo de los fundamentos de la demanda, no podía comportar una confesión y que, por tanto, no aparece establecido el fundamento que dio la actora a su afirmación de haberse sustituido en los derechos contractuales del señor Jacinto Vargas, lo que basta para aceptar la conclusión del Tribunal de no estar comprobada la legitimación en causa de la demandante.

4. Debe rectificarse, con todo, la decisión del Tribunal, de haberse inhibido de fallar sobre el fondo, alegando falta del presupuesto procesal de legitimación para obrar. Si en algunas ocasiones la Corte ha considerado a la "legitimatio ad causam" como un presupuesto procesal, su jurisprudencia más sostenida, y en todo caso la más reciente, no lo ha estimado así. En la propia sentencia transcrita en parte por el Tribunal, leída con todo detenimiento, no se la considera como presupuesto procesal "...ésta (la legitimación para obrar) no es susceptible de confundirse con presupuesto procesal alguno", dice explícitamente.

En los más connotados procesalistas la exclusión de la "legitimatio ad causan" de los presupuestos procesales, y su configuración como un presupuesto material o requisito o condición de la acción, es constante.

No siendo, pues, un presupuesto procesal la legitimación en causa, su no comprobación conduce necesariamente a una sentencia absolutoria. Debería, por consiguiente, reformarse en este sentido la sentencia apelada. Sin embargo, como el Departamento no apeló, no podrá hacerse tal modificación, ya que conduciría a una "reformatio in pejus".

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confírmase la sentencia apelada. Condénase a las costas de la instancia a la parte vencida.

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

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

Jorge García Merlano, Secretario.

NOTIFICACIONES PERSONALES Y NOTIFICACIONES POR ESTADO. EL GOBERNADOR REPRESENTANTE DEL DEPARTAMENTO. SE ADMITE UN RECURSO DE HECHO

1. Qué criterio debe aplicarse para cuando se trata de establecer la extensión de las normas sobre notificaciones personales. — Esta clase de notificaciones son excepcionales y no la regla general. — No hay norma expresa que disponga hacerle personalmente al demandante la notificación de la providencia que deniega la admisión de la demanda, ni al acreedor ejecutante la del auto que rehusa el mandamiento de pago. — 2. Necesidad de notificar al Gobernador respectivo la demanda en que es parte un Departamento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Bogotá, octubre 8 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

Solicita el ejecutante la reposición del auto proferido por esta Sala el veintisiete de agosto del presente año, en el cual se rehusa el recurso de hecho interpuesto por ella contra la providencia en que el Tribunal *a quo* deniega el mandamiento de pago contra el Departamento del Tolima.

Para fundamentar el recurso, dicha parte se extiende en consideraciones sobre la naturaleza de la relación procesal, y la posición de las partes en el proceso, para concluir que mientras la demanda no ha sido admitida no existe relación procesal que hubiera hecho tránsito de la potencia al acto, por lo que no pueden verificarse las notificaciones edictales ni por anotación en estados, ya que de lo contrario se vulneraría la igualdad procesal de las partes. Manifiesta, además, que la providencia cuya reposición se pide analiza las normas de los artículos 307, 309, 311, 320 y 448 del Código Judicial, pero omite el examen de los artículos 981 y 985 *ibídem* que en concepto del recurrente están "para el caso ventilado, transidos de particularísimo predicado".

Entiende la Sala que la forma como deben hacerse las notificaciones depende, más que de la naturaleza compleja de la relación procesal, del principio universal de derecho según el cual nadie puede ser condenado sin haber sido oído, o sea, en el derecho de defensa que garantizan la Constitución y las leyes. Si la posición de las partes en el proceso debe ser tenida en cuenta para el efecto de la forma de las notificaciones, ello se debe a que en él hay siempre una parte activa y otra pasiva, una que invoca contra otra la actuación de la ley ante el Organo Jurisdiccional, siendo obvio que el interés que en la causa tiene quien asume *motu proprio* la actividad de demandante, y que lo obliga cuando menos a ser diligente observador de las incidencias del proceso, hace innecesaria la notificación personal tratándose de llevar a su conocimiento, salvo casos de excepción, las resoluciones que se adoptan en él. No ocurre lo mismo con el demandado, a quien debe citársele a comparecer en un juicio que él ignora que ha sido incoado, por lo cual la notificación del auto que le confiere el traslado de la demanda debe hacérsele en forma personal según el artículo 312. Este criterio, fundado en el motivo que justifica la norma (*ratio legis*) es el pertinente para establecer la extensión que deba darse a las que ordenan hacer notificaciones personales, no el relativo a la naturaleza de una relación que si algo tiene que ver con el problema de las notificaciones es para relievar precisamente lo que se deja expuesto.

Como se insinuó antes, las notificaciones personales constituyen excepción y por ello las normas que las establecen son de interpretación restrictiva lo que aparece confirmado si se observa que el Código Judicial regula la materia que a ellas se refiere por el método de la enunciación taxativa, mientras que reserva el de la regla general para las que deben hacerse por estados. En efecto, cuantas veces el legislador

entiende que la notificación debe ser personal, así lo indica expresa o implícitamente, como lo atestiguan los artículos 238, 259, 265, 289, 299, 322, 323, 363, 370 (Nums. 2º y 4º), 380, 438, 455, 477, 496, 614, 627, 640, 731, 910, 937, 999, 1085, 1103, 1155, 1189 y 1224 del mencionado Código, que cuando no ordenan explícitamente que la notificación debe ser personal lo dejan inferir mediante locuciones como *se citará, se intimará, se emplazará* u otras de igual valor que implican *llamamiento* a comparecer u obrar, sin perjuicio de que la citación, intimación o emplazamiento puedan hacerse de manera edictal o en otra forma cuando fuere imposible practicarlas personalmente; en cambio, el artículo 310 consagra la regla general de que las notificaciones de los autos interlocutorios y de sustanciación se hacen por anotación en estados cuando no esté prevista la notificación personal. Y como no hay norma expresa que disponga hacerle al demandante de esta última manera la de la providencia que deniega la admisión de la demanda, ni, más concretamente, al acreedor ejecutante la del auto que rehusa el mandamiento de pago, *a fortiori* debe seguirse la regla general que dispone la notificación por estados cuando la personal no ha sido expresamente prevista.

El recurrente cita, para sustentar el concepto de que la notificación ha debido ser personal en este caso, las disposiciones de los artículos 981 y 985 del Código Judicial, aquella sólo encaminada a definir el juicio ejecutivo, esto es, a establecer que tal juicio existe desde que se notifica al deudor el mandamiento de pago hasta que éste se hace al acreedor o se ejecutaría la sentencia que manda cesar la ejecución, y ésta, en la parte que probablemente le parece pertinente al ejecutante, a ordenar que si denegado el mandamiento ejecutivo se interpone apelación "el Juez, una vez concedida, remite el proceso al Superior, previa notificación al ejecutante y al demandado". De suerte que la primera de las disposiciones mencionadas es del todo extraña a la materia de las notificaciones; y cuanto a la segunda, se limita a ordenar que el auto que *concede la apelación* de la providencia que deniega el mandamiento de pago —que no es el caso de autos— debe notificarse tanto al ejecutante como al demandado, pero sin decir cómo. Es claro que la notificación al demandado debe hacerse en este caso en forma personal en virtud de lo preceptuado en el ordinal 1º *in fine* del artículo 312 del Código Judicial, conforme al cual así debe procederse con la que tiene por objeto hacer saber al *demandado* la primera providencia que se dicte en *todo asunto judicial;* pero de ello no se sigue que sea necesario obrar de igual modo respecto al demandante o al ejecutante, por los motivos que, ya expuestos, muestran hasta qué punto coinciden en este caso la exégesis de las disposiciones relativas a la materia que se examina con la interpretación que se apoya, más que en los textos mismos, en su razón de ser y sus implicaciones.

Mas se observa, por otra parte, merced a un nuevo examen de la actuación cumplida en el Tribunal, que el auto que deniega el mandamiento ejecutivo, o sea, el de veinticinco de junio, que es el apelado, no ha sido aún notificado al Gobernador del Departamento, que a tenor del ordinal 3º del artículo 194 de la Constitución es el representante de dicha entidad en toda clase de "negocios administrativos y judiciales", sino al fiscal de aquella corporación que no tiene su personería, desde luego que la Carta la ha confiado al primero de los mencionados funcionarios; lo que quiere decir que ciertamente el recurso contra aquella providencia no fue interpuesto fuera de término, porque éste no comienza a correr sino una vez hecha la notificación a todos los interesados, y en el presente caso el Departamento no ha sido notificado.

Y como, además, el recurso aparece fundamentado dentro del término prescrito en el artículo 514 del Código Judicial, y la Corte es competente para conocer de él, procede la revocatoria de la providencia cuya reposición se ha solicitado.

En consecuencia, se resuelve:

Repónese el auto dictado por esta Sala el veintisiete de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro, y consiguientemente, se admite el recurso de hecho provocado por el ejecutante y concédese la apelación interpuesta por él contra el auto del Tribunal *a quo* de fecha veinticinco de junio del año en curso.

Solicítese al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el envío del expediente a la Corte para que se surta la apelación, previa notificación personal de esta providencia al Gobernador del Departamento ejecutado, para lo cual se comisiona al mismo Tribunal con diez días de término más el de la distancia.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

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

Jorge García Merlano, Secretario.

JUICIO ORDINARIO CONTRA LA NACION SOBRE LA NULIDAD O LA RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE RURAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Bogotá, octubre 9 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

Por medio de apoderado, Baldomera Parra viuda de Jiménez demandó a la Nación con el fin de que, previa la tramitación del correspondiente juicio ordinario, en la sentencia definitiva se hicieran las declaraciones que se copian textualmente:

"*Primero.* Que se declare la nulidad absoluta del contrato consignado en la escritura solemne distinguida con el número 1370, calendada el veinticinco de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, extendida ante el señor Notario 6º del Circuito de Bogotá, solemnizatoria del contrato de compraventa del fundo rural matriculado 'Salento', descrito y comarcado en ella, y en el hecho 1º de este libelo demandador, ajustado entre la demandante, como tradente vendedora, y la parte demandada, en condición de adquirente compradora, y, por esa declaración, las cosas vuelvan al estado, inmediatamente anterior a la solemnización del referido contrato, por motivos de estar herido de ilicitud.

"*Segundo.* Que, como consecuencia del antecedente pronunciamiento, la Nación demandada, está obligada a restituir el inmueble descrito y demarcado en dicha escritura pública, y en el hecho 1º de este escrito de demanda, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia, o dentro del término que acuerde el fallo, purificado de todo gravamen que le hubiere impuesto, en igual estado al que estaba, si no hubiérase celebrado el pacto, o pagar el complemento del precio comercial de la precisada finca rústica.

"*Tercero.* Que, como consecuencia, la Nación está en la obligación de hacer, a la demandante, dentro del plazo que la honorable Sala determine, las restituciones mutuas que son de su cargo, previstas por la ley, especialmente los frutos naturales y civiles, no sólo aquéllos que hubiere percibido la oponente, sino todos los que la actora hubiere podido percibir, teniendo el fundo en su poder, administrado con mediana inteligencia y actividad, según imperio de los artículos 961 a 963 del Código Civil, en relación con los artículos 1746 a 1748 del Código Civil y pertinentes desde la celebración del contrato de promesa o desde su solemnización; o desde la ejecutoria de la 'solución de equidad', luminosamente producida por el honorable Tribunal 3º de Conciliación y Equidad del Departamento del Tolima, integrado por los Magistrados, doctores José Aldo Buenaventura A. y Pedro J. Ospina Iriarte, o desde la contestación de esta demanda, según calificación que corresponde hacer a la honorable Sala, y yo demando, como poseedora de mala fe, o de buena, como persona jurídica, en la cuantía o monto, demostrados dentro del presente juicio, o mediante articulación regulada por el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

"*Cuarto.* Que, la demandada, como consecuencia de los anteriores pronunciamientos, en todo caso, no siendo condenada a completar el precio, sino a la nulidad del pacto, está obligada a pagar a mi comitente el valor de los perjuicios causados por los deterioros del fundo, tales como su total abandono, enmalezamiento de todos los potreros, destrucción de los pastos artificiales que tenía, destrucción parcial de la casa de habitación, cercas, corrales, desmejora de partes del terreno por cultivos de algodón, fumigaciones, extirpación de fauna, flora, etc., deterioros, los cuales estimo en cien mil pesos, o en el monto que fijen peritos en este juicio, o dentro de la articulación pertinente.

"*Quinto.* Que, como efecto, se ordene la cancelación de la inscripción a favor de la Nación demandada, realizada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Melgar, de fecha 7 de junio de 1954, en el Libro 1º, Tomo XXXII, partida Nº 327, folios 120 —s.e.u.o.— y de la matrícula, practicada al Tomo III co-

rrespondiente al Municipio de Melgar, número 8, página 132, o las partidas y fechas que correspondan, y librar las comunicaciones de rigor al señor Notario 6º de Bogotá y al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Melgar, para las cancelaciones de escritura número 1370, inscripciones en el Libro 1º y en el Libro de Matrículas del Municipio de Melgar.

"Subsidiariamente, con respeto, parezco a pedir estos pronunciamientos:

"*Primero.* Que sea decretada la nulidad relativa, o la rescisión del contrato de compraventa, consignado en el instrumento público marcado con el número 1370, extendido en la Notaría 6ª del Circuito de Bogotá, el 25 de mayo de 1954, otorgado por la demandante, respecto a la finca rústica matriculado 'Salento', descrito y demarcado en el hecho 1º de esta demanda, y en la citada escritura, y se disponga que las cosas deben tornar al estado inmediatamente anterior a la celebración solemne del contrato.

"Que, como consecuencia del antecedente pronunciamiento, se hagan los impetrados, bajo los numerales: segundo, tercero, cuarto y quinto, en lo pertinente, contenidos en el petitorio principal, como consecuenciales.

"En caso de que no sean hechos los pronunciamientos señalados principales, ni los subsidiarios, precedentes, demando, en segundo subsidio, los que paso a precisar:

"*Primero.* Que se declare rescindida la compraventa recogida en la escritura pública número 1370, fecha 25 de mayo de 1954, corrida en la Notaría 6ª del Circuito Notarial de Bogotá, concerniente a la finca rural 'Salento', cuyo dominio transfirió la demandante a la demandada, por descripción y lindes corrientes en el título citado, y en el hecho 1º de la expositiva de esta demanda, por causa de menosprecio comercial, o de lesión enorme, y que las cosas retornen al estado anterior a la solemnización del contrato de promesa, como si jamás hubiera existido.

"Que, la demandada Nación, como consecuencia del pronunciamiento primero, sea condenada, en lo pertinente, de conformidad con los pedimentos señalados: segundo a quinto, inclusos, de la petitoria principal.

"En caso de ser decretados los pronunciamientos anteriores, en tercer subsidio, comedidamente demando los siguientes:

"*Primero.* Que la Nación sea condenada a pagar, a la demandante, o a quien represente sus legítimos derechos, el valor complementario comercial del fundo, dentro del plazo que se le señale, fijado en este juicio, mediante justiprecio de peritos, o dentro de la pertinente articulación, juntamente con el valor de los perjuicios en la propia forma fijados, y las consecuenciales, si no pagare en el plazo que sea acordado por la sentencia.

"En el caso de no hacerse ninguno de los anteriores pronunciamientos, en postrer subsidio, pido que la Nación sea condenada a pagar a la demandante, o a quien represente sus legítimos derechos, la cantidad de ciento cincuenta y tres mil pesos ($ 153.000), dentro del plazo que disponga la sentencia, de conformidad con la 'solución de equidad', proferida por el honorable Tribunal 3º de Conciliación y Equidad del Departamento del Tolima, y si no lo hiciere, la finca 'Salento' sea restituida a la demandante, purificada de todo gravamen, juntamente, con el valor de los perjuicios, justipreciados por peritos como consecuencia.

"Mi comitente, en todo caso pertinente, está dispuesta a restituir el valor recibido como precio con sus intereses, a la rata legal, a la Nación demandada, pero sólo cuando le haya hecho la restitución del fundo y satisfecho el monto de las prestaciones recíprocas o mutuas, en efectivo, al caso correspondiente". (Fs. 73 vto. a 75, C. Nº 1º).

En 26 largos apartes, el apoderado de la actora hizo la relación de los hechos invocados como fundamento de las súplicas transcritas, que se intenta resumir en esta forma:

En el primero, advierte que la demandante adquirió el predio Salento mediante la adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de su marido, inmueble ubicado en el Municipio de Melgar y comprendido por las lindes allí descritas.

En los hechos 2º, 3º y 4º narra las industrias establecidas en la dicha finca por la propietaria; se refiere a la fertilidad de sus tierras y a que su mandante, en los años de 1953 y 1954 la estimaba en la suma de quinientos mil pesos.

Según los hechos 5º, 6º, 7º y 8º, una vez que el Gobierno de aquellos años resolvió la creación del "Centro de Capacitación Militar de Melgar" llamado "Fuerte de Tolemaida", se dedicó a adquirir las tierras necesarias para la realización de tal proyecto, para lo cual "...actuó directamente el general jefe supremo sobre los propietarios, usando de amenazas explícitas, manifiestas, ostensibles y actos violentos: encarcelando dueños renuentes a negociar; personalmente pidiendo e imponiendo rebajas enormes...", actos de los cuales no escapó la actora, tanto más efectivos en ella dada su avanzada edad, su ignorancia, etc., etc., y así "estos contratos se ajus-

taron, en particular el recogido por la escritura pública número 1370 de 25 de mayo de 1954, Notaría 6ª de Bogotá, sin el requisito esencial del consentimiento, libre de vicios...''.

En el 9º hace consideraciones de derecho.

Según el hecho 10 la finca, en poder de la Nación, dejó de ser productiva, y en el 11 afirma que la finca rural Salento con 460 o 420 fanegadas fue entregada a la Nación, que es su actual poseedora material e inscrita.

En los apartes marcados con los números 12 y 13 hace alusión a la expedición de la Ley 201 de 1959 y de los Decretos 0001 y 0002 de 1960. Este último creó los Tribunales de Conciliación y Equidad para los departamentos declarados en estado de sitio, como el tercero con sede en El Guamo que se consideró competente para conocer del correspondiente juicio contra la Nación.

En los dos hechos siguientes, dice el apoderado literalmente:

''14. Produjo, por fin, la solución de equidad, disponente de que, la Nación tenía facultad de elegir entre la restitución de la finca, a la demandante, reintegrando ésta el precio de ciento veinte mil pesos ($ 120.000), o perseverar en el derecho de dominio y posesión del propio fundo rural, pero completando el precio, en monto de ciento cincuenta y tres mil pesos ($ 153.000) de más. No obstante, haber estimado el experticio producido en el juicio, el valor de la finca, en 1954, al ser enajenada, en $ 497.000.

''15. La Nación se abstuvo de aceptar la solución de equidad presentada por el honorable Tribunal, no obstante el favor que le dispensaba, a la Nación, declarada en providencia firme, beneficiaria de la violencia, cuanto el contrato solemnizado con doña Baldomera Parra viuda de Jiménez''. (Fs. 67 a 68 ib.).

En los hechos 16 y 17 hace consideraciones de derecho en relación con la expedición del Decreto número 0005 de 1960.

En los apartes 18 y 19 se refiere a los documentos presentados con la demanda, como las copias de las resoluciones del Tribunal de Conciliación, y anuncia las que serán objeto de posterior solicitud.

En los distinguidos con los números 20, 21 y 23 reitera los actos de violencia de que fue objeto la demandante, según el decir de su apoderado.

En el aparte 24 alude a las copias del concepto pericial rendido ante el Tribunal de Conciliación de El Guamo, que sirvió de fundamento para la llamada ''solución de equidad''.

En el 25 dice: ''Con fundamento en el Decreto-ley número 002 de 1960, el honorable Tribunal 3º de Conciliación y Equidad del Tolima decretó el embargo y secuestro de la finca 'Salento', con citación y audiencia del Ministerio Público, decreto que, ejecutoriado, se registró en el Libro de Embargos de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Melgar, a 28 de noviembre de 1960, antes de publicarse el Decreto número 005 de 1960, que recibió publicación solamente el 5 de diciembre subsiguiente en el Diario Oficial número 30396...'' (Fs. 69 vto. ib.).

En el último hecho hace consideraciones de carácter jurídico respecto a lo dispuesto por la Ley 201 de 1959.

En varias páginas hace consideraciones de derecho, pero lo sustancial parece hallarse en este párrafo que se copia textualmente:

''Varias de las normas precisadas por el Decreto legislativo número 002 de 1960, rigen para la administración de justicia ordinaria, incuestionablemente, con arreglo a la Ley 201 de 1959, por lo cual invoco aplicabilidad, como fundamento suplementario de la presente acción. Sirven de piso firme, a la actual contienda, los artículos 6, 63, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 748, 749 y siguientes del Código Civil, 1944, 1502, 1503, 1504, 1508, 1514, 1519, 1602, 1523, 1740, 1741, 1746, 1748, 1946 a 1951 del mismo cuerpo de ley, y los ordenamientos de la Ley 57 de 1887, y de la Ley 201 de 1959, los Decretos legislativos 001 y 002 de 1960, y restantes disposiciones legales pertinentes, subrogatorias, modificativas, adicionales, análogas, afines, que fueren aplicables'' (Fs. 70 vto. ib.).

El Procurador 1º Delegado en lo Civil, en representación de la Nación, contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas y, en cuanto a los hechos, respecto de algunos manifestó que no le constaban, otros los negó y advirtió al dar respuesta al decimotercero: ''...niego la competencia del Tribunal de Conciliación y Equidad del Tolima para conocer de la demanda contra la Nación''.

Con el fin de resolver el presente litigio se hacen las siguientes consideraciones, comenzando por precisar hasta donde sea posible el verdadero alcance de las acciones ejercitadas por el apoderado de la parte actora.

En las primeras cinco peticiones, se ejercita la acción de nulidad del contrato de compraventa contenido en la escritura número 1370 de 25 de mayo de 1954, pasada ante el Notario 6º del Circuito de Bogotá, con las súplicas consecuenciales respecto a la restitución del fundo y al pago de las prestaciones mutuas.

En la primera petición subsidiaria solicita la declaración de nulidad relativa del mencionado

contrato, con las consecuencias señaladas antes sobre restitución de la finca Salento y las prestaciones a que hubiere lugar.

En la segunda subsidiaria se refiere la parte actora a la rescisión del contrato de compraventa del inmueble Salento por lesión enorme, con las declaraciones o condenas consecuenciales.

En la tercera se demanda que se condene a la Nación a pagar el precio complementario o el valor comercial del inmueble objeto del contrato de compraventa.

Por fin como última petición subsidiaria impetra que se condene a la Nación a pagar a la actora la cantidad de $ 153.000 de conformidad con la "solución de equidad" del Tribunal 3º de Conciliación y Equidad del Departamento del Tolima.

En cuanto atañe a las acciones de nulidad absoluta, relativa y de lesión enorme, con las consecuenciales de completar el justo precio, no han sido objeto de prueba en el juicio, pues solo se recibieron dos declaraciones, que pasan a examinarse.

Vicente Conde, administrador de la finca Salento hasta el mes de mayo de 1954, manifiesta que el valor de ella sería el de $ 150.000, como también alude a la exigencia hecha por el General Berrío a Baldomera Parra viuda de Jiménez para que vendiera dicho inmueble; pero su testimonio, en primer término, no es apto para demostrar el valor real del predio y luego, aun cuando lo fuera, el fijado por el testigo apenas tiene una diferencia de treinta mil pesos con el que la Nación le pagó a la propietaria, y así, pues, no demuestra la pretendida lesión enorme; ni menos la insinuación hecha por el citado militar puede demostrar la violencia ejercida sobre la vendedora.

El otro testimonio rendido por Arnulfo Ulloa, además de las deficiencias anotadas al anterior, resulta sospechoso, según el artículo 670 del Código Judicial, una vez que el declarante es yerno de la demandante.

Como las demás pruebas pedidas no se practicaron, resulta que las acciones de nulidad absoluta y relativa, como la de lesión enorme, no están probadas, y no existe forma de adelantar el estudio ordenado en el artículo 593 del Código Judicial.

Respecto de la última súplica, para que se declare en este fallo que la Nación debe pagar a la actora, la cantidad de $ 153.000, con la demanda, además de la copia de la diligencia de inspección ocular y del dictamen pericial, se acompañó las de las providencias dictadas por el Tribunal de Conciliación, lá última de las cuales de fecha 29 de septiembre de 1960, dice así en su parte resolutiva:

"*Primero*. La Nación debe completar a la señora Baldomera Parra viuda de Jiménez, por concepto de reajuste del precio de la finca denominada 'Salento', a que alude la escritura pública número 1370 de 25 de mayo de 1954, la cantidad de ciento cincuenta y tres mil pesos ($ 153.000) moneda corriente, dentro del término de quince días, contados a partir de la notificación de esta providencia, de tal suerte que el fundo resulte enajenado por la suma de doscientos setenta y tres mil pesos ($ 273.000).

"*Segundo*. Subsidiariamente, la Nación podrá optar por devolver en venta el predio Salento que recoge la escritura antes citada, a la reclamante señora Baldomera Parra viuda de Jiménez, o a quien sus derechos represente, por igual valor al adquirido, caso en el cual deberá así expresarlo ante este despacho la demandada dentro del término de quince días a partir de la notificación de esta providencia". (Fs. 61 ib.).

Para medir el alcance y la fuerza obligatoria de la anterior resolución o acto del Tribunal de Conciliación, conviene transcribir los siguientes conceptos de la parte motiva:

"... Es por ello, que el Tribunal no presentó como fórmula de equidad la diferencia del precio anotado por los testigos y el perito, y el que figura en la escritura de compraventa, porque no se trata específicamente de imponer la obligación de pagar la diferencia que resulte, sino que con base en ella, se presente la fórmula más equitativa para las partes.

"4º Recalca el Tribunal que la fórmula de equidad, que contiene la providencia recurrida, en ningún caso produce juzgamiento, ni siquiera es el fiel resultado de una acción judicial con todo su acervo probatorio, simple y llanamente se trata de procurar —no obligar— el restablecimiento del derecho conculcado por un acto violento, y consideramos que, para llegar a esa meta no obliga al sometimiento literal de la prueba...". (Fs. 60 vto. ib.).

Estos conceptos están en un todo de acuerdo con los fundamentos o con la verdadera finalidad del Decreto legislativo número 002 de febrero de 1960, como pasa a verse en las siguientes transcripciones:

En el tercer considerando del dicho Decreto, se lee:

"Que..., es necesario solucionar situaciones de hecho y restablecer derechos vulnerados por actos de violencia respecto a bienes raíces, en territorios ubicados en los departamentos donde aún permanece turbado el orden público".

Con el fin dicho, en el artículo primero, se creó los Tribunales de Conciliación y Equidad en los departamentos en donde continuaba turbado el orden público, que se encargaron, de acuerdo con el artículo 2º, de resolver las peticiones de los presuntos damnificados por los actos de violencia; y así, dice el artículo 3º, "cuando el Tribunal encuentre justa la petición del interesado hará citar al detentador del inmueble, o a quien se haya beneficiado del negocio a menos precio, y le instará para que restablezca en su legítimo derecho al ofendido".

Pero ¿qué sucede si quien se ha aprovechado de la violencia no accede a las insinuaciones hechas por el Tribunal?

En el artículo 6º se dispuso: "Si el detentador se mostrare renuente a la solución propuesta, el Tribunal podrá decretar el embargo del inmueble, poniendo en posesión de él, si fuere posible, a quien demuestre tener mejor derecho, y en su defecto, a la persona que designe el Tribunal en calidad de secuestre.

"El embargo a que se refiere este artículo se ordenará registrar de oficio por el respectivo Tribunal en la correspondiente oficina de registro, y sólo será levantado por la justicia ordinaria cuando el pleito sea dirimido definitivamente".

De estos antecedentes legales se deducen las siguientes conclusiones:

a) Los Tribunales fueron creados para solucionar, primordialmente, situaciones de *hecho;* y en este caso, la Nación no ha ocupado de hecho la hacienda Salento, sino en virtud de un contrato traslaticio de dominio, contra el cual, en este proceso, no se ha demostrado que se halle viciado de nulidad o que se hubiese incurrido en lesión enorme, ni siquiera que se hubiere negociado a menos precio.

b) La solución de equidad, según el propio concepto del Tribunal atrás transcrito, no tenía el carácter de obligatorio para la Nación; y como en este juicio no se ha probado ninguna de las acciones ejercitadas, no puede condenarse al Estado a pagar la cantidad de $ 153.000, según lo previsto en la citada resolución del Tribunal de Conciliación.

c) Además de las razones de fondo antes expuestas, resulta del todo evidente que el Tribunal de Conciliación no tenía competencia para conocer de un litigio contra la Nación, con ocasión de un contrato, en fuerza de lo dispuesto en el artículo 40 del Código Judicial que la atribuye en forma privativa a la Sala de Negocios Generales en esta clase de juicios, en forma general y absoluta y, en consecuencia, para establecer una excepción al respecto se necesita de una disposición expresa de la misma ley.

d) Como las dos partes, tanto la actora como la demandada, han solicitado un pronunciamiento en cuanto a la vigencia del embargo, registro de la demanda, se ordenará cancelarlos con fundamento en lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 6º del Decreto 0002 de 1960 ya que se ha recurrido a la justicia ordinaria para resolver el litigio en forma definitiva e inapelable.

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 las pretensiones formuladas por la actora Baldomera Parra viuda de Jiménez en relación con el inmueble Salento, ubicado en el Municipio de Melgar; y, en consecuencia, ordena al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del citado distrito proceder a cancelar el embargo decretado por el Tribunal Tercero de Conciliación y Equidad, como lo propio debe hacer con la inscripción de la demanda o demandas, si alguna estuviere aún vigente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y previas las formalidades de rigor, archívese el expediente.

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

Jorge García M., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA NACION POR LA DESTRUCCION DE UN CAMION PARTICULAR A CAUSA DE UN DERRUMBE. — CRITERIO PARA DETERMINAR EL MONTO DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Bogotá, octubre 30 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

El apoderado judicial que constituyeron Carlos y Jorge Becaría, vecinos de Barbosa (Santander) presentó demanda ordinaria contra la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil impetrando las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que la Nación colombiana está en la obligación de indemnizar a los señores Carlos y Jorge Becaría, los daños y perjuicios de toda índole, por daño emergente y lucro cesante, que les fueron ocasionados a los demandantes con la destrucción y pérdida de un carro-tanque de propiedad de los actores, cargado de gasolina, que fue destruido e incendiado en un derrumbe en el sitio de la 'Peña de los Micos', en la carretera del Carare, jurisdicción del Municipio de Vélez, el día veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), derrumbe ocasionado por culpa de los empleados al servicio de la Nación, al explotar inadecuada e inconsultamente las rocas que formaban las bases de un gran arco de piedra que se formó en aquel sitio en un anterior derrumbe o deslizamiento.

"*Segunda.* Que en virtud de la declaración anterior, la Nación colombiana debe pagar a los demandantes Carlos y Jorge Becaría, como indemnización de daños y perjuicios materiales por concepto de daño emergente y lucro cesante, las sumas que se fijen mediante peritos dentro del juicio como valor del carro tanque y la gasolina destruidos y de los rendimientos líquidos que hubiera producido el vehículo durante el tiempo en que hubiera podido prestar servicio, o las sumas que se prueben en el curso del debate correspondiente por estos conceptos o las que se señalen con posterioridad al fallo mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

"*Tercera.* Que todas las sumas indicadas deben pagarse a los mismos demandantes, Carlos y Jorge Becaría, o a quienes sus derechos representen, dentro de los treinta días subsiguientes a la ejecutoria de la sentencia que sobre este juicio recaiga, por aplicación analógica del artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo".

Respecto a fundamentos de derecho aparece dicho: "Apoyo esta demanda y las acciones en ella ejercitadas, en las siguientes disposiciones: a) Constitución Nacional: artículos 16 y concordantes; b) Código Civil: artículos 2341 a 2360 y concordantes; c) Código de Procedimiento Civil: artículos 76, 176, 734 a 754 y concordantes".

Al descorrer el traslado el señor Fiscal del Tribunal se opuso a las pretensiones de los demandantes y alegó en forma expresa la excepción de caso fortuito.

El Tribunal puso fin a la primera instancia en sentencia de 16 de abril de 1963, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"Declárase que el Estado colombiano es civilmente responsable de los daños materiales ocasionados a los demandantes por el derrumbe ocurrido el 25 de septiembre de 1958 en la carretera del Carare, en el sitio de la Peña de los Micos, derrumbe que destruyó el carro-tanque marca Ford, modelo 1951, motor Nº F8-IHM-31183, placas Nº 28441, de propiedad de los mismos demandantes".

"En consecuencia, se condena al Estado o Nación colombiana a pagar a los demandantes Jorge y Carlos Becaría el valor de los perjuicios que éstos sufrieron en su patrimonio por la pérdida del vehículo y que se liquidarán de conformidad con lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial".

Apelada por el señor Fiscal, vino el negocio a esta corporación, donde ha sufrido los trámites de ley.

En su alegato de fondo el apoderado que los demandantes constituyeron para esta instancia pide la confirmación de la sentencia apelada. El señor Procurador Delegado en lo Civil no presentó alegato, si bien pidió algunas pruebas durante el término correspondiente.

Es indudable que se ha instaurado una acción de responsabilidad civil extracontractual contra el Estado, a quien se imputa un proceder negligente que dio lugar a un derrumbe en la carretera del Carare, en el paraje de "Peña de los Micos", el cual derrumbe produjo la destrucción del camión de los demandantes y la pérdida de la gasolina que transportaba. Concretamente se alega en el libelo que las rocas de la "Peña de los Micos", después de construida la carretera, e inmediatamente antes de ocurrir el accidente que motiva la acción, fueron objeto de una explotación como cantera suministradora de triturado para el mantenimiento de la misma vía, pero hecha en forma negligente y anticientífica, comoquiera que dejó sin base de sustentación un arco rocoso que allí existía y que quedó a la vista a raíz de los anteriores derrumbes. Además se dice que, existiendo la posibilidad de que se repitieran los derrumbes, ninguna medida se tomó para evitarlos, o siquiera para informar al público de dicha posibilidad. El apoyo jurídico de la acción incoada estaría en el artículo 2341 del Código Civil, que no distingue entre personas naturales y morales, o bien en el 16 de la Carta, que señala al Estado el deber de realizar sus cometidos en forma que no perjudique injustamente a los asociados.

Para resolver se considera:

1. En la inspección ocular extrajuicio, practicada por el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Vélez, con asistencia del señor Personero Municipal, se hicieron las siguientes comprobaciones:

"*Primero.* En el sitio llamado la 'Peña de los Micos', sobre la carretera del Carare, en jurisdicción del Municipio de Vélez, se encuentra un inmenso derrumbe, que tapó la banca de la carretera y dejó al descubierto una inmensa capa rocosa caliza formada por dos tapas superpuestas, la superior de las cuales está a una distancia aproximada de treinta y cinco a cuarenta metros de la carretera.

"*Segundo.* En uno de los extremos del derrumbe, hay una gran mole de piedra que presenta grietas de gran magnitud, que hacen temer un nuevo derrumbamiento de la piedra y la tierra.

"*Tercero.* Por las señales que se encuentran, tanto en la carretera como en la parte superior y en la falda que prolonga el derrumbe hacia abajo, se advierte que el movimiento de piedra y tierras es reciente, y en la actualidad se encuentran varios buldoczer trabajando en la tarea de mover la tierra y piedras que cubren la banca de la carretera.

"*Cuarto.* A unos sesenta metros abajo de la carretera se advierten los rastros de un carro-tanque que se dice era el de propiedad del señor Carlos Becaría Rincón, habiendo los peritos anotado el número del motor: el carro-tanque se encuentra destruido y en partes cubierto por piedra del derrumbe.

"*Quinto.* En los extremos del derrumbe, en las partes descubiertas, se advierten señales de una explotación intensiva de la piedra de la peña, y claramente se advierten las huellas de los taladros que sirvieron para hacer explotar la roca, y en uno de los extremos se encuentra un compresor de los que se emplean para hacer las perforaciones en que se introduce la dinamita, y en otro extremo se encuentra un compresor y una trituradora de piedra con su carretera para que las volquetas reciban por debajo el material triturado.

"*Sexto.* Los compresores y la trituradora se encuentran cerca de las bases del arco rocoso, y se aprecia claramente que dichas bases del arco se quebraron o rompieron con la explotación de la piedra para el trabajo de la trituradora, y por consiguiente el arco superior quedó sin base firme de sustentación sobre la carretera.

"*Séptimo.* La banca de la carretera está construida por la mitad de la falda, la cual tiene una fuerte inclinación.

"*Octavo.* En los extremos del derrumbe no se advierten señales, ni antiguas ni recientes, que adviertan a los pasajeros el peligro que presenta el inmenso arco de roca sin sustento".

Tal diligencia se llevó a cabo sin citación de representante de la Nación, pero quienes intervinieron en ella como Personero Municipal y Secretario del Juzgado y uno de los peritos actuarios declararon bajo juramento durante el juicio sobre lo esencial de los hechos que en ella se observaron y que se dejan transcritos.

2. Misael Pineda F. 52, C. Vo. 2). Efraín Sánchez (F. 72), Jesús Téllez Restrepo (F. 75), Rafael Cadena (F. 76), Julio Cadena Pardo (F. 77), Heliodoro Benedicto Fontecha (F. 79), Noé Galeano Matéus (F. 80) y otros testigos hábiles deponen sobre el hecho de que personal de

las carreteras nacionales había estado explotando como canteras, usando taladros, compresores y dinamita, los estratos calizos de la "Peña de los Micos" durante el año de 1958 y antes, afectando las bases del talud rocoso superior, que por su conformación peculiar ha sido llamado "arco rocoso". Igualmente deponen sobre el haber ocurrido derrumbes en la "Peña de los Micos" en épocas anteriores, hasta 1934 y 1938.

3. Sobre tales hechos depone de manera especial Nicolás Rivera, ingeniero que trabajó como ayudante en la carretera. Dice: "...por ahí en el año treinta y seis o treinta y siete, en el mencionado sitio hubo otro derrumbe grande el cual quedó sobre la banca de la vía el que se sacó de allí para dar paso nuevamente... y, aclaro, que cuando yo entré a trabajar en esa época en esa carretera, la banca de la vía en el sitio 'Peña de los Micos' estaba buena y así quedó cuando fui trasladado a otra zona de las carreteras nacionales... Aclaro aquí que, cuando se presentó el derrumbe que yo hice sacar de la banca de la vía allá en el sitio 'Peña de los Micos', se formó un arco natural en dicha peña en que aparentemente alejaba el peligro de nuevos derrumbes en ese sector de la citada vía y tal vez por ese hecho yo dije, no recuerdo bien por hacer tanto tiempo, que no explotando más rocas ahí, el mencionado arco podía sostenerse, pero si es verdad que dije esto, no se trataba de un concepto técnico, puesto que el derrumbe en el pie de la banca medía por lo menos ciento cincuenta metros de longitud y no se habían hecho estudios precisos sobre el citado arco para saber o conocer las condiciones de seguridad absoluta, ni tampoco sobre la clase de materiales sobre que reposaban las estratificaciones de la roca, pues parecía que éstas al recibir las infiltraciones formaban una superficie jabonosa susceptible por ello a los derrumbes; tanto esto es así, que ahora he tenido conocimiento de que en el mencionado sector de la carretera de 'El Carare' se presentaron dos o tres derrumbes más después del derrumbe a que me he venido refiriendo en esta declaración. Y estando yo nuevamente trabajando como ingeniero del Ministerio de Obras Públicas en las carreteras nacionales zona Barbosa-Puerto Olaya, durante estos dos últimos años, en el sitio de la 'Peña de los Micos' se han presentado dos nuevos derrumbes". (F. 63, Nº 2).

4. Los mismos declarantes indicados en el punto 2, hablan de que a raíz del primer derrumbe una comisión de ingenieros del Ministerio de Obras Públicas estuvo estudiando la posibilidad de hacer una variante en la carretera, con el fin de eliminar su paso por la "Peña de los Micos".

Sobre el particular, y a petición del señor Fiscal del Tribunal, depone especialmente Francisco Rodríguez Cuervo, ingeniero que tuvo a su cargo la dirección y conservación de la carretera. Dice: "Es (sic) la carretera del Carare, en el sector Vélez Landázuri, existe el punto denominado la Peña de los Micos donde en el año de 1935 siendo yo ayudante de la zona de carretera de Barbosa y Jefe el ingeniero Daniel Segundo Hernández (Q. P. D.) se presentó un deslizamiento de fuertes proporciones y que para resolver si era necesario y económico hacer una variante o sacar el derrumbe citado se solicitó la visita del Consejo Nacional de Vías de Comunicación... Se hizo un estudio de variante por el costillar opuesto al derrumbe pero en el mismo cerro y este estudio se sometió al concepto de los señores miembros del Consejo, quienes fueron de opinión de que se fuera sacando el derrumbe y prescindieron de la variante por considerar que el terreno presentaba las mismas características del que se había utilizado para la construcción anterior... Dada la configuración de los estratos rocosos que se presentaban en capas superpuestas, su inclinación bastante fuerte, el sitio lluvioso que hace que se disuelvan las capas arcillosas que lo sostienen, con frecuencia se presentan deslizamientos más o menos grandes... Está en realidad mal apropiado el nombre de *arco matemático* pues lo que se formó allí fue un arco deformado pero que servía para sustentar los estratos que habían quedado en la parte superior del cerro..." (F. 17, C. Nº 3).

5. Los peritos que intervinieron en la inspección ocular practicada en la primera instancia dictaminaron:

"De acuerdo con lo que se observó directamente en el sitio del derrumbe, se establece que la continuidad de los estratos calcáreos fue interrumpida por la construcción de la banca, y al ejecutar tal operación se dejó sin base sólida y efectiva, a las formaciones de la parte superior del talud. Deducimos que no se hicieron obras de defensa quizá debido a los altos costos que ellas implicaban y que los ingenieros encontraron más económico eliminar el estrato rocoso". (C. Nº 2, F. 104).

"...Podemos afirmar que la continuidad del estrato rocoso fue rota por la hechura de la banca y no hay vestigios de obras de defensa. A más de esto, las infiltraciones fueron una de las causas de los deslizamientos ocurridos y lo seguirán siendo de los que puedan presentarse en el futuro".

6. De la inspección ocular extrajuicio, o mejor de las declaraciones de tres de las personas que tomaron parte oficialmente en ella y de varios otros testimonios resulta evidenciado que el derrumbe ocurrido en la "Peña de los Micos" el 25 de septiembre de 1958 destruyó un camión-tanque transportador de gasolina que, según la misma prueba testimonial y una pluralidad de documentos oficiales que existen en los autos, era de propiedad de los demandantes.

7. Vista la situación probatoria que arroja el proceso, para la Sala resulta claro que la Nación en su proceder respecto al sector de la "Peña de los Micos", propenso de manera especial a los derrumbes, incurrió en imprudencia y negligencia, o sea, que al respecto se configura una culpa imputable al servicio de carreteras, y que ella fue la causa del derrumbe del 25 de septiembre de 1958, el cual produjo la destrucción del camión de los demandantes.

8. Procedió, pues, bien el Tribunal al declarar responsable a la Nación de los daños sufridos por los demandantes con la destrucción de su camión-tanque. También procedió correctamente al condenar en abstracto al pago de los correspondientes perjuicios, dada la ausencia de pruebas sobre valor del vehículo y la gasolina.

Pero debe la Sala modificar la base indicada por el Tribunal para calcular el lucro cesante, que lo hizo consistir en las sumas de dinero que dejaron de ganar los demandantes por la pérdida del vehículo. En realidad el lucro cesante de la obligación que nació a cargo de la Nación, de pagar el valor que tenía el carro-tanque el día del derrumbe y la gasolina que conducía no puede consistir sino en los intereses legales de la suma correspondiente desde ese día hasta cuando el pago se efectúe. Para poner de manifiesto que la decisión del Tribunal conduciría a una indemnización excesiva bastan las siguientes elementales consideraciones: siendo el carro-tanque un instrumento de trabajo para sus dueños, que les venía produciendo determinadas utilidades netas y que se las habría seguido produciendo hasta el día en que, por su natural deterioro, quedaría inservible, es claro que una justa y cabal indemnización podría ser el pago de las utilidades netas que habrían tenido durante todo ese período de servicio útil del vehículo. Por consiguiente si tales utilidades se suman al valor del camión el día del siniestro obviamente se estaría haciendo una indemnización harto desproporcionada.

De otra parte, resulta mucho más fácil calcular el valor de un vehículo en determinado momento y reconocer intereses desde ese entonces sobre la correspondiente suma, que determinar las utilidades netas de un vehículo durante todo el período posterior de su progresivo desgaste y consiguiente acrecentamiento de los costos de mantenimiento.

Es claro que deberán tenerse en cuenta las condiciones en que se encontraba el camión el día del accidente. Para el cómputo del valor de la gasolina deberá considerarse la cantidad que se pruebe que conducía cuando ocurrió el derrumbe en relación con su capacidad.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Modifíquese la sentencia apelada, cuya parte resolutiva quedará así:

Declárase que la Nación es civilmente responsable de los daños materiales ocasionados a los demandantes por el derrumbe ocurrido el 25 de septiembre de 1958 en la carretera del Carare, en el sitio de la Peña de los Micos, derrumbe que destruyó el carro-tanque marca Ford, modelo 1951, motor Nº F8-IHM-31183, placas Nº 28441, de propiedad de los mismos demandantes.

En consecuencia se condena a la Nación a pagar a los demandantes Carlos y Jorge Becaría el valor que tenían el carro-tanque de su propiedad antes aludido el día 25 de septiembre de 1958 y la gasolina que conducía, más los intereses legales de la correspondiente suma desde ese día hasta cuando se realice el pago. Se dará aplicación al artículo 553 del Código Judicial.

Sin costas.

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

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, con salvamento de voto, *Luis Carlos Zambrano.*

Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado, doctor Carlos Peláez Trujillo.

De acuerdo con la Sala en la forma como desata la litis, o sea, en la parte resolutiva del fallo, no lo estoy, sin embargo, en lo que concierne a la regla legislada aplicable al caso concreto, pues entiendo que no es la del artículo 2341 del Código Civil sino la exceptiva del 2356.

La primera de estas disposiciones supone, como regla general, la demostración objetiva de que el daño es el resultado de la culpa del demandado; se refiere al caso de la *culpa probada* en que la relación de causa a efecto entre la falta y el perjuicio debe establecerse en el juicio. La segunda, por vía de excepción, permite una condena por inferencia; consagra la *culpa presumida* cuando por la naturaleza de la actividad y las circunstancias del caso del vínculo de causalidad no es susceptible de esclarecimiento objetivo, no obstante lo cual el daño puede atribuirse al demandado dentro de un razonable cálculo de probabilidades humanas. Esta presunción da lugar, como es obvio, a la inversión de la carga de la prueba, pues que favorece a la víctima arrojando el *onus probandi* sobre el contradictor. Así lo viene enseñando la Corte a partir de la sentencia de casación civil de 14 de marzo de 1938 (G. J., XLVI, 216 ss.). En este fallo dijo la Corte, recogiendo la interpretación postulada por el expositor chileno Arturo Alessandri Rodríguez (estudio sobre "una nueva interpretación del artículo 2339 del Código Civil chileno", publicado en *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Dalloz*), que el artículo 2356 del Código Civil consagra una "presunción de responsabilidad" (otros dicen de *peligrosidad*), que se infiere de los términos mismos en que está expresada la norma, pues según ésta sólo se exige que el daño *pueda imputarse* a culpa de una persona para que deba ser considerada como "base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer".

En este proceso se ha comprobado que a consecuencia de la construcción de la banca de la carretera del Carare se produjeron rupturas en los estratos rocosos y calcáreos de la Peña de los Micos; que estas rupturas aumentaron con las explosiones de dinamita encaminadas a excavar la cantera; que la interrupción en la continuidad de aquellos estratos facilitó en alto grado las infiltraciones de aguas lluvias, y que tales infiltraciones, lo mismo que las voladuras de las masas inferiores, no podían menos que causar desprendimientos como el acaecido el 25 de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho; que el servicio público venía socavando desde mil novecientos cincuenta la Peña de los Micos, y que en el mes de septiembre que acaba de mencionarse todavía se hallaba empeñado en esa tarea. Quiere esto decir que existe un haz de circunstancias que hace *presumir* que el deslizamiento que causó la muerte al señor Hernando Vargas García se debió a las excavaciones realizadas en las bases o soportes de la peña, pues —lo mismo que las rupturas naturales de la roca y que las provocadas con la construcción de la banca— producían un desequilibrio en las fuerzas que componen el sistema estratigráfico, con la obvia consecuencia de provocar deslizamientos en un plano susceptible de erosión; mas en forma alguna producen la certeza de que el desprendimiento no hubiera tenido lugar de no intervenir la actividad administrativa a que se atribuye el suceso. Es claro que si esta actividad venía de tiempo atrás socavando la base de la peña, y consiguientemente aumentando la posibilidad de derrumbes, a ella *puede atribuirse* el ocurrido el veinticinco de septiembre dentro de un razonable cálculo de probabilidades; pero tampoco es imposible que pudiera haberse debido a otra causa, y que aun sin la intervención de la conducta culposa del servicio hubiera tenido lugar, como un fenómeno determinado, por ejemplo, por causas naturales. En suma, que si bien está considerar acreditado el nexo entre la actividad del servicio y el daño en virtud de la presunción, no desvirtuada en forma alguna, del artículo 2356 del Código Civil, parece formada la subsunción del caso en una regla que, como la del artículo 2341, supone que no hay ningún equívoco respecto de la relación de causalidad.

Fecha ut supra.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA NACION POR LOS DAÑOS PERSONALES CAUSADOS POR UN DERRUMBE. — INDEMNIZACION A LOS PADRES POR LA MUERTE DEL HIJO. — PROBABILIDAD OBJETIVA DEL DAÑO FUTURO

Condiciones para que el perjuicio sea resarcible. — Examen del caso en que los padres pierden con la muerte del hijo un beneficio mensual, no proveniente de obligación alimentaria. — Cuando se da la probabilidad objetiva, en su más alto grado, de obtener un provecho, su frustración será motivo de resarcimiento aunque no se tenga un título jurídico que lo garantice.

Ninguna observación tiene que hacer la Sala al criterio de que el daño que a los padres causa la muerte del hijo no se presume mientras no se cumplan las condiciones que los artículos 419 y 420 del Código Civil prevén para que nazca el derecho de exigir alimentos, por lo cual el que se alegue por la simple frustración de esa eventualidad, sin establecer la capacidad económica del deudor y la destitución del acreedor, no pasa de ser hipotético. Para que el perjuicio sea resarcible no basta que pueda llegar a producirse, sino que es indispensable la certeza de que así ocurrirá, y no es este el caso del padre que no necesitando del auxilio económico del hijo tampoco lo recibe. No sufre él lesión de un derecho ni interés patrimonial que estuviera disfrutando, pues su adquisición se subordina a eventualidades que aún no se han cumplido.

Pero no es esa la situación que configura este proceso. Aquí, los padres percibían del hijo un beneficio mensual, y no porque no proviniera de una obligación alimentaria es menos cierta la cesación de un lucro que su muerte les causa. La protección de la ley no ha de circunscribirse, sin faltar a la equidad, a los casos de lesión de derechos que las instituciones aseguran con acciones judiciales (jurídicamente protegidos), sino que debe comprender también aquéllos en que hay menoscabo de un interés legítimo, como es el del padre que recibe del hijo una pensión periódica para el mejoramiento de sus condiciones de vida, aunque no constituya una carga obligatoria; se trata de un caso en que el daño, si bien ajeno a la existencia de un vínculo de obligación alimentaria civil, afecta sin embargo a los medios de vida de quien lo sufre, en forma que poco difiere de como afectaría a los del acreedor alimentario. De vieja data la jurisprudencia alemana, y más recientemente la francesa, siguiendo una avanzada corriente doctrinal, han llegado a declarar que hay lugar a resarcimiento aun por la pérdida de una probabilidad, cuando ésta es cierta, entendiendo por cierta la que conforme a las circunstancias del caso concreto presenta un mínimo de posibilidades de frustración. Es suficiente que de las condiciones particulares del hecho y del curso normal de las cosas resulte la probabilidad objetiva de obtener un provecho, para que su frustración sea motivo de resarcimiento aunque no se tenga un título jurídico que lo garantice. Esa probabilidad objetiva permite dar el daño por cierto, cuando se presenta en el más alto grado, ya que su existencia es algo tan real que al desaparecer o perderse no puede menos de ocasionar un detrimento de carácter patrimonial.

Conforme al orden natural los hijos acuden en auxilio de sus padres no solamente en caso de destitución, sino también, teniendo capacidad económica suficiente, para proporcionarles mayor bienestar del que con sus propios recursos pueden ellos procurarse. Es esta una exteriorización de la personalidad afectiva del hombre, que entre personas ligadas por los más cercanos vínculos de consanguinidad se manifiesta en inclinaciones generosas y altruístas, mayormente si se trata de las relaciones entre padres e hijos. Y si a ello se agrega que el hijo, capacitado económicamente, obra conforme a tales inclinaciones, y consiguientemente concurre al mayor

bienestar de sus padres o a mejorar su nivel de vida, nada hay que induzca a suponer que así no continuará comportándose, sino que por el contrario, su conducta en cuanto tiene arraigo en la naturaleza misma está poniendo en evidencia que habrá de perseverar en ella. Una de las notas características de las inclinaciones naturales es la reiteración de los actos o de las impulsiones que a ellas obedecen. Se trata en este caso, así pues, de una probabilidad objetiva en su más alto grado, que permite la presunción que en modo de proceder semejante ha visto la Corte, cuando ha dicho que en estos casos cabe presumir el daño futuro, pues con ello no se hace sino deducir de las leyes más generales y constantes de la naturaleza humana cuál habría sido la conducta del hijo frente a las obligaciones que tiene con sus padres. (Gaceta Judicial, LV, 770, 771).

Estas razones obligan a la Sala a reformar la sentencia que se revisa para reconocer en favor de cada uno de los padres de la víctima del insuceso una indemnización equivalente al cincuenta por ciento de la suma que conjuntamente recibían de su hijo como contribución a los gastos de su hogar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala de Negocios Generales

Bogotá, octubre 30 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

El veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho transitaba don Hernando Vargas García por la carretera del Carare, entre Puerto Olaya y Barbosa, en dirección a esta última localidad, en un carrotanque que él mismo conducía, cuando al llegar al lugar denominado Peña de los Micos, donde existe un arco natural cuyas bases o patas se apoyan al pie de la banca de la carretera, una gran masa de materiales pétreos y rocosos desprendida de la parte superior de la peña lo arrolló, sepultándolo, sin que fuera posible hallar siquiera su cadáver no obstante la minuciosa y penosa búsqueda llevada a cabo por sus parientes y por personal al servicio de las carreteras nacionales. Estos hechos se encuentran suficientemente establecidos en los autos con los testimonios de Miguel Roberto Barrera, Luis Eduardo Barrera y Heliodoro Fontecha, que presenciaron el siniestro y cooperaron en el intento de rescate, y de otras personas que tuvieron conocimiento de ellos.

Resulta de las respectivas actas de matrimonio y nacimiento, que obran en el expediente, que don Hernando Vargas García era casado con la señora Gloria Becaría de Vargas, e hijo legítimo de los señores Segundo Vargas y Clelia García de Vargas, quienes, por razón de los hechos que se dejan expuestos, demandaron en su propio nombre, y por medio de apoderado, a la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, a tenor de las peticiones siguientes:

"*Primera.* Que la Nación colombiana está en la obligación de indemnizar a las señoras Gloria Becaría viuda de Vargas y Clelia García de Vargas, y al señor Segundo Vargas, los daños y perjuicios materiales y morales de toda índole que les fueron ocasionados a los demandantes con la muerte trágica del esposo de la primera e hijo legítimo de los dos últimos, señor Hernando Vargas García, acaecida en el sitio de la Peña de los Micos, en la carretera del Carare, jurisdicción del Municipio de Vélez, en un derrumbe el día veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), derrumbe ocasionado por culpa de los empleados al servicio de la Nación, dependientes del Ministerio de Obras Públicas, al explotar inadecuada, inconsulta e inconvenientemente las rocas que formaban las bases o 'patas' de un gran arco de piedra que se formó en aquel sitio en un anterior derrumbe o deslizamiento.

"*Segunda.* Que en virtud de la declaración anterior, la Nación colombiana debe pagar a los demandantes Gloria Becaría viuda de Vargas, Clelia García de Vargas y Segundo Vargas, como indemnización de daños y perjuicios materiales y en la proporción que se determine en la sentencia, la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000) moneda legal, o la cantidad que se fije mediante peritos dentro del juicio o se pruebe en el curso del debate correspondiente o la que se señale con posterioridad al fallo mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

"*Tercera.* Que la Nación colombiana debe pagar a los mismos demandantes, Gloria Becaría viuda de Vargas, Clelia García de Vargas y Segundo Vargas, como indemnización por los perjuicios morales que les fueron ocasionados con la muerte trágica del señor Hernando Vargas García, la suma de veinte mil pesos ($ 20.000) a cada uno, o al menos la de dos mil pesos ($ 2.000) individual.

"*Cuarta.* Que todas las sumas indicadas deben pagarse a los demandantes Gloria Becaría viuda

de Vargas, Clelia García de Vargas y Segundo Vargas, o a quienes sus derechos representen, dentro de los treinta días subsiguientes a la ejecutoria de la sentencia que sobre este juicio recaiga, por aplicación analógica del artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo''.

Los hechos en que la parte actora apoya las anteriores pretensiones son los que a continuación se transcriben:

''1º En el año de mil novecientos treinta se iniciaron los trabajos de la carretera del Carare en el sector Vélez-Puerto Olaya, trabajos realizados por cuenta de la Nación, comoquiera que dicha carretera está incluida en el Plan de Vías Nacionales, y tanto la construcción como la conservación han estado a cargo o por cuenta del Ministerio de Obras Públicas.

''2º Estando adelantándose la construcción de la citada carretera del Carare bajo la dirección de los ingenieros dependientes del Ministerio de Obras Públicas, siendo ingeniero de la zona de carreteras de Barbosa el doctor Hernández (q.e.p.d.) y ayudante el doctor Francisco Rodríguez Cuervo, sobrevino un derrumbe de grandes proporciones en el sitio de la 'Peña de los Micos', hoy jurisdicción del Municipio de Vélez, y como los ingenieros observaran que la carretera en ese punto estaba construida sobre una peña formada por grandes lozas superpuestas de bastante inclinación, el Consejo Nacional de Vías envió a dos de sus miembros, los doctores Cabrera y Escallón, a estudiar la construcción de una variante, pero se llegó a la conclusión de que los estratos por el lado opuesto del cerro presentaban las mismas características de calidad del terreno y formación geológica del citado derrumbe, no siendo por tanto aconsejable la construcción de una variante por el lado opuesto del cerro, y entonces se optó por sacar el derrumbe en 'Los Micos' hasta que se formara con el terraplén y lo extraído banca suficiente para el paso de los vehículos, abandonándose la idea de la variante por detrás del cerro.

''3º Posteriormente a ese primer derrumbe, se presentó otro de grandes proporciones que se llevó al fondo del abismo grandes cantidades de piedra y tierra, y en esa ocasión se formó en la roca un *arco natural*, de los que los geólogos e ingenieros llaman 'matemáticos', cuyas bases, 'patas' o soportes descansaban sobre la banca de la carretera, y entonces los ingenieros encargados de la conservación de la carretera conceptuaron, y así lo expusieron a los vecinos y al público en general, que mientras no se socavaran o 'despataran' las 'bases' o 'patas' del 'arco matemático' o 'natural', no habría peligro para los pasajeros, vehículos y animales que transitaran por la carretera en el mencionado sector de la 'Peña de los Micos'.

''4º Años después, cuando se ordenó la ampliación de la carretera del Carare, a fin de que por ella pasaran las maquinarias pesadas para la Siderúrgica de Paz de Río, la Compañía 'Nathan and Moore', encargada de la ampliación en el sector 'Palo Blanco-Cimitarra', le ordenó a su ingeniero la extracción o explotación de las canteras en la 'Peña de los Micos', para sacar de ahí la piedra necesaria para el afirmado de la carretera y la construcción de algunas obras, pero dicho ingeniero, que antes había sido ayudante del ingeniero jefe de la zona de Barbosa cuando el primer derrumbe, conceptuó que no debían explotarse las canteras de 'Los Micos', porque se podría provocar un derrumbe de grandes proporciones, y categóricamente se opuso ante sus superiores, y entonces el ingeniero jefe Mister Ford aceptó tales razones, y se ordenó explotar otra cantera más abajo de la 'Peña de los Micos', en una roca más baja y más difícil para la explotación pero que no presentaba los peligros de derrumbe de la 'Peña de los Micos', y hasta se construyó una variante para el montaje de las trituradoras. Es decir: el ingeniero que recibió la orden de explotar las canteras de la 'Peña de los Micos' se opuso a dicha explotación, dando como razón que si se socavaban o debilitaban las *patas* o *bases* del *arco natural* o *matemático*, éste se derrumbaría, llevándose al fondo del abismo la banca de la carretera y las grandes masas y losas de piedra de la tántas veces citada 'Peña de los Micos'.

''5º Con posterioridad a mil novecientos cincuenta; y cuando ya los trabajos no corrían a cargo de la Nathan and Moore, sino que toda la conservación estaba bajo la dirección inmediata de los ingenieros de la zona, dependientes del Ministerio de Obras Públicas, se empezó la explotación de las canteras en la mencionada 'Peña de los Micos', con el empleo de compresores, taladros y dinamita, explotación que se hacía tanto en las *bases* o *patas* del arco, como en el centro de la 'Peña de los Micos', en el propio lugar donde años antes habían ocurrido los derrumbes de que se ha hablado. Esa explotación dio origen a que los vecinos y los choferes y dueños de vehículos automotores reclamaran ante los ingenieros y empleados de la carretera al servicio de la Nación. Era tan palpable y evidente y fácilmente previsible el peligro que para todos representaba aquella explotación con dinamita, compresores y taladros en las *bases* o *patas* del

arco matemático de que tánto se ha hablado, que el señor Heliodoro Fontecha se dirigió al Ministerio de Obras Públicas reclamando contra tal explotación, y por algún tiempo se suspendieron los trabajos de explotación de esa cantera.

"6º Desacatando las indicaciones y previsiones de los técnicos y de los ingenieros, que desde mucho antes de 1950 habían señalado el peligro de la explotación de la cantera en las bases del arco que se había formado por los anteriores derrumbes, y desatendiendo los reclamos de los vecinos y de los choferes y dueños de vehículos automotores, quienes preveína (sic) el grave riesgo de un deslizamiento de las capas superiores de la Peña, se reanudaron con posterioridad a 1950, y en gran escala en 1957 y 1958, los trabajos de explotación de las canteras en las *bases* o *patas* del *arco* tántas veces citado, y la explotación con dinamita y taladros se extendió a todo lo largo de las losas o pizarras de la 'Peña de los Micos', minando y debilitando así las *bases* del *arco* de que se habla, sin que se tomaran medidas de precaución para evitar el deslizamiento de las grandes masas de piedra de la parte superior a la banca de la carretera y que se sostenían sobre las 'patas del arco matemático' que se había formado en un anterior derrumbe. Fueron tan grandes el descuido y la imprevisión de los empleados, agentes o dependientes del Gobierno Nacional encargados de la explotación de la cantera, que ni siquiera se pusieron a las entradas del antiguo derrumbe y en donde se estaban efectuando los trabajos de explotación de la cantera con dinamita, taldros (sic) y compresores, *carteles* o *avisos* indicadores del riesgo o pleigro (sic) que se corría en esa zona de la Peña que estaba siendo explotada: nada había allí que indicara la existencia del peligro, ni por los empleados, ingenieros, sobrestantes y obreros de la zona de carreteras de Barbosa (de la cual dependían los trabajos) se tomaron medidas para prevenir el deslizamiento de las grandes moles rocosas de la parte superior de la carretera y que estaban sostenidas por las *bases* o *patas* del arco matemático formado años atrás al ocurrir el gran derrumbe que puso al descubierto las losas o pizarras de la 'Peña de los Micos'.

"7º El día veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho, don Hernando Vargas García transitaba por la carretera del Carare, en dirección de Puerto Olaya a Barbosa, manejando un carrotanque lleno de gasolina, y al entrar al punto de la 'Peña de los Micos' encontró que a la salida hacia Vélez estaban unos obreros cargando una volqueta de la zona con piedra de la explotada en las bases del *arco*, y adelantó su marcha despacio, y cuando había recorrido un buen trecho por sobre la banca en la propia 'Peña de los Micos', se vino un inmenso y aterrador derrumbe, deslizándose las grandes moles rocosas de las lajas o pizarras de la parte superior. Don Hernando alcanzó a sacar la cabeza (tal vez para averiguar el origen del ruido), y en esos momentos, una enorme piedra golpeó la parte delantera del carrotanque, y éste, con el conductor Vargas García y dos pasajeros, desaparecieron bajo la inmensa mole de piedra desprendida de los estratos contiguos y superiores a la banca de la carretera. El carrotanque se incendió como a unos sesenta metros abajo de la antigua banca de la carretera, y a pesar de los laboriosos esfuerzos de los amigos y familiares del señor Vargas García y los de los pasajeros, y de los realizados por los trabajadores y las autoridades, su cadáver no pudo ser rescatado. El cadáver del señor Vargas García y los de los dos pasajeros, desaparecieron bajo la inmensa mole del alud o deslizamiento de la gran cantidad de rocas de la 'Peña de los Micos', deslizamiento ocurrido por la imprevisión de los funcionarios, empleados y obreros al servicio de la Nación, por la explotación desacertada e inconsulta y contraria a la técnica y a los consejos de los anteriores ingenieros encargados de la zona, explotación hecha con taladros, compresores y dinamita, a todo lo largo de la 'Peña de los Micos', y especialmente en las 'bases' o 'patas' del 'arco' tántas veces citado en esta demanda.

"8º Don Hernando Vargas García era hijo legítimo de don Segundo Vargas y doña Clelia García, y había contraído matrimonio con doña Gloria Becaría, y con su trabajo sostenía decorosamente su propio hogar y contribuía con generosidad, largueza y permanencia al sostenimiento de sus padres, a quienes pasaba mensualmente sumas de consideración. Don Hernando transportaba gasolina y derivados del petróleo en un carrotanque de propiedad de don Carlos Becaría, de Barrancabermeja y Puerto Berrío, a Vélez, Barbosa y Bogotá, y compraba maderas en el Carare para despachar y vender a los depósitos de Bogotá, derivando de esas actividades y operaciones utilidades mensuales superiores a mil quinientos pesos ($ 1.500).

"9º Con la muerte trágica de don Hernando Vargas García, su esposa y sus padres han sufrido graves y cuantiosos perjuicios, tanto de orden material como de orden espiritual o de afección, pues se vieron privados de la ayuda económica permanente de aquél, y su muerte les ha acarreado dolores y sufrimientos de consideración.

"10. Don Hernando Vargas García murió muy joven, gozaba de excelente salud, y dada su laboriosidad y teniendo en cuenta su juicio y dedicación al trabajo, habría amasado una considerable fortuna con el transcurso de los años, y en todo caso, su muerte privó a su esposa y a sus padres de la generosa y permanente ayuda para el sostenimiento de sus hogares. Por lo menos, cuarenta años más habría vivido produciendo para sí y para su esposa y sus padres.

"11. El Juzgado 1º Civil del Circuito de Vélez declaró abierto el juicio de sucesión de don Hernando Vargas García, y reconoció interesados en el juicio y como herederos del causante, a su esposa Gloria Becaría viuda de Vargas y a sus padres, don Segundo Vargas y doña Clelia García de Vargas, directos perjudicados con la lamentable muerte de don Hernando Vargas, y

"12. En la inspección ocular practicada por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Vélez, con intervención de peritos y con citación y audiencia del señor Personero Municipal de Vélez, el diez y siete de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho, se constataron, el derrumbe de gran magnitud, el carrotanque destruido e incendiado, un buldozer de la zona destruido, y las señales de la explotación antitécnica de la cantera en la 'Peña de los Micos'; e igualmente se advirtió que no había señales indicadoras del peligro".

En derecho, los demandantes invocan las disposiciones del Título XXXIV, Libro 4º, del Código Civil.

Admitida la demanda, de ella se dio traslado al señor Fiscal del Tribunal, quien la contestó oponiéndose a la acción incoada, y en lo que concierne a los hechos, negando el 1º, el 2º, el 3º, el 4º, el 5º y el 6º; aceptando la posibilidad de la muerte trágica del señor Vargas García, pero a causa de un hecho fortuito, en relación con el 7º; manifestando no estar demostrado el 8º; admitiendo "dentro del orden natural y humano" el 9º y el 10 y la posible existencia de la diligencia de inspección ocular, respecto del 12, así como la probable exactitud del 11.

En la oportunidad debida ambas partes solicitaron e hicieron practicar las que aparecen en los correspondientes cuadernos del expediente, de las cuales la Sala habrá de referirse más adelante a las que considera pertinentes a los fines de este fallo.

Citadas las partes para sentencia, la primera instancia concluyó con la de diez y seis de abril de mil novecientos sesenta y tres, en la cual el Tribunal de primer grado resuelve:

"*Primero.* Declarar que la Nación colombiana es civilmente responsable de la muerte del señor Hernando Vargas García que tuvo ocurrencia, el día veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho, al producirse un derrumbe en el sitio denominado 'Peña de los Micos', sobre la carretera del Carare, jurisdicción del Municipio de Vélez.

"*Segundo.* Condénase a la Nación colombiana a pagar a la demandante Gloria Becaría viuda de Vargas, los perjuicios de orden material que sufrió por causa de la muerte de su esposo legítimo Hernando Vargas García, perjuicios que se determinarán conforme a las estipulaciones contenidas en el artículo 553 del Código Judicial y teniendo en cuenta las bases señaladas en la parte motiva de esta providencia.

"*Tercero.* Condénase a la Nación colombiana a pagar, a los demandantes Gloria Becaría viuda de Vargas y Clelia García de Vargas y Segundo Vargas, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000), a cada uno, a título de satisfacción por los perjuicios morales subjetivos que sufrieron en razón de la muerte trágica de Hernando Vargas García, esposo legítimo de la primera e hijo legítimo de los segundos.

"*Cuarto.* Niéganse las demás súplicas de la demanda.

"Sin costas".

Contra este fallo interpusieron ambas partes el recurso de apelación que se procede a decidir, agotado como se encuentra el trámite de segunda instancia.

Refieren testigos presenciales, uno, Heliodoro Fontecha, por residir en el sitio denominado Peña de los Micos, otros, por haber sido trabajadores en la carretera y transitar frecuentemente por ella, como Miguel Roberto Barrera, Luis Eduardo Barrera, Rafael Cadena y José de Jesús Téllez Restrepo, y los más por transitar constantemente por el lugar donde acaeció el accidente, como Carlos Nicolás Fontecha, Néstor Carrillo, Demetrio Valbuena Cifuentes, Jorge Cepeda, Julio Cadena, Efraín Sánchez, Noé Galeano, Héctor Ruiz Arce y Carlos Saúl Téllez Restrepo, que aproximadamente en el año de mil novecientos treinta y cinco ocurrió un gran derrumbe en la Peña de los Micos, al que sucedió otro mayor algunos años después, como consecuencia de los cuales se formó un gran arco de piedra que quedó sostenido por bases o patas que descansaban sobre la banca de la carretera; que como obreros de servicio en la carretera, dependientes del Ministerio de Obras Públicas, comenzaran a extraer materiales mediante el empleo de dinamita, compresores y taladros, lo que hacían en las mismas bases o soportes del arco, varios de los declarantes y otras personas, alar-

mados por el peligro que tal actividad implicaba, solicitaron que fuera suspendida, lo que transitoriamente obtuvieron: Heliodoro Fontecha, en declaración que corrobara el abogado Jovino Serrano que redactó el memorial, manifiesta que en ese sentido se dirigió al Ministerio de Obras Públicas por temor a que un deslizamiento provocado por las excavaciones causara daños a su casa de habitación, y José de Jesús Téllez Restrepo informa que habló del asunto con uno de los ingenieros, Nicolás Rivera; que, a pesar de haber sido suspendidos por un tiempo los trabajos de explotación de la cantera, fueron reanudados más tarde, y que en el mes de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en que tuvo lugar el deslizamiento que causó la muerte del señor Vargas García, esos trabajos continuaban. Efraín Sánchez, José de Jesús Téllez Restrepo, Julio Cadena Pardo, Noé Galeano y Saúl Téllez Restrepo afirman haber visto que en ese aciago mes de septiembre la explotación de la cantera se hizo más intensa, y que, para realizarla, los obreros al servicio del Ministerio de Obras Públicas empleaban dinamita, especialmente en las bases del arco, con el fin de extraer materiales destinados a la conservación de la vía. Rafael Cadena, por ejemplo, quien dice haber trabajado en su construcción y transitarla con frecuencia, y cuya declaración es de particular interés, informa "por haberlo visto y presenciado, que con motivo de la explotación de la cantera de la Peña de los Micos, lo cual hacían los obreros dependientes del Ministerio de Obras Públicas con compresores, taladros y dinamita, se le quitó la base de la parte que queda a la salida de la Peña de los Micos, afectando las bases, patas o soportes que sostenían el arco que había quedado formado en el segundo derrumbe"; y Carlos Nicolás Fontecha manifiesta también que "la explotación de la cantera de la Peña de los Micos se hizo en toda la extensión, habiendo despatado el gran arco de piedra que había quedado en el segundo derrumbe y eso lo hacían los obreros de la carretera y algunos particulares que venían del Jordán a llevar piedra".

El señor Procurador Delegado en lo Civil hace la crítica de la prueba anterior en los siguientes términos:

"Los testigos no deben contarse, sino pesarse. Si se contabilizan las declaraciones recibidas en este proceso, en relación con los hechos ocurridos el veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho, se encontrarán unas cincuenta en total. Pero si se las somete a las reglas de la crítica racional se verá cómo quedan reducidas en su verdadero valor probatorio. La identidad formal de las declaraciones, la igualdad de frases para expresar un mismo hecho es signo de preparación. Y eso se observa en la mayoría de los testimonios traídos a este expediente (...). Con esa clase de testimonios resulta inaceptable dar por demostrado que la Nación, por intermedio de sus dependientes, hubiera explotado con taladros, compresores y dinamita el inmenso arco de piedra, ocasionando con ello el derrumbe del veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho".

Es exacto que existe cierta identidad formal en algunas de las respuestas, mas no en todas las declaraciones recibidas sino en algunas de ellas. En varias son notorias no sólo las diferencias formales o expresivas, como se observa en los párrafos que se dejan transcritos de las de Rafael Cadena y Carlos Nicolás Fontecha, sino también la referencia a datos o circunstancias que en otras se omite o se manifiesta no conocer. José de Jesús Téllez Restrepo alude, verbigracia, a alguna conversación que tuvo con el ingeniero Nicolás Rivera sobre la posibilidad de un derrumbe del arco, lo que implícitamente está corroborado en el siguiente aparte de la declaración de ese ingeniero: "Cuando vino sobre la banca de la carretera el gran derrumbe de que di razón en mi anterior respuesta, en la Peña de los Micos se formó un arco natural que aparentemente alejaba el peligro de nuevos derrumbes en ese sector de la citada vía, y tal vez por ese solo hecho yo dije, claro está, no recuerdo bien por hacer tantos años, que no explotando más rocas ahí, el cuestionado arco podía sostenerse". Heliodoro Fontecha explica que "en cuanto al peligro que ofrecía la referida explotación de piedra, en el punto de que he venido hablando, todos los vecinos de aquel lugar lo veíamos porque era natural que si se le quitaban las bases al arco, las rocas de la parte superior quedaban sin sustento", para en seguida referirse al peligro en que en su opinión se encontraba la casa donde residía y a un memorial que para evitarlo había enviado al Ministerio de Obras Públicas, en el cual solicitaba la suspensión de las excavaciones en la roca. Efraín Sánchez y otros manifiestan que "tanto los choferes como el público en general viendo el peligro que había en ese derrumbe pidieron a los ingenieros que se tomaran medidas adecuadas para evitar ese peligro y se dijo que mientras no se quitaran las bases o soportes de ese arco no había peligro alguno". Y así no escaso número de testigos, que afirman pormenores que otros dicen ignorar y viceversa (como los concernientes a la extensión de zona rocosa que fue objeto de

excavaciones, a la declaración atribuida al ingeniero Nicolás Rivera sobre el peligro que podía ofrecer el arco natural y la forma de evitarlo, a las épocas en que se efectuaron aquellas excavaciones, etc.), con lo cual se pone de resalto la espontaneidad con que los testigos deponen y la exactitud con que procuran hacerlo.

Pero es que, además, no son los testimonios mencionados los únicos elementos probatorios que obran en los autos, sino que ellos concuerdan con otros de particular eficacia cuyo análisis se omite en el concepto del señor Procurador: Expone el ingeniero Francisco Rodríguez Cuervo, ayudante en la zona de Barbosa en mil novecientos treinta y cinco, según lo informa, que en ese año se presentó un derrumbe de grandes proporciones en la Peña de los Micos, que el Consejo Nacional de Vías ordenó extraer "sin tocar la pata de la roca para no desquiciar más estratos"; que a causa de sucesivos derrumbes se formó más tarde "una especie de arco natural que sustentaba los estratos de la parte superior", y que "es lógico que ese arco no se debía atacar por las bases para así evitar futuros deslizamientos y esa orden fue dada por todos los ingenieros que estuvimos en esa ocasión"; y agrega: "Como ingeniero que fui de la compañía Nathan and Moore en el año de mil novecientos cincuenta y uno, precisamente en el sector comprendido de Paloblanco a Cimitarra, mister Ford me ordenó explotar la roca de los Micos para extraer la piedra necesaria para el afirmado de la vía, orden a la cual me opuse con razones técnicas que expliqué a mister Ford, pues podrían provocar derrumbes fuertes. Mister Ford aceptando mis razones me ordenó efectivamente explotar otra cantera situada más o menos a quinientos metros abajo de la Peña de los Micos, y donde no presentaba peligro alguno".

Pocos días después del siniestro en que perdió la vida el señor Vargas García el Juez Segundo Civil del Circuito de Vélez practicó una diligencia de inspección ocular extrajuicio en el lugar del suceso, y por haber intervenido en ella en calidad de Personero Municipal, de Secretario del Juzgado y de perito, respectivamente, los señores Roberto Sarmiento, Ismael Enrique Espinosa y Jorge Téllez Pradilla tuvieron oportunidad de observar ciertos hechos, que exponen así: Roberto Sarmiento, que "en las extremidades del derrumbe existían huecos que se estaban haciendo para la explotación de la roca con dinamita (...)" y que "en el citado sitio de la Peña de los Micos se había hecho una gran explotación de la roca, la cual era reciente"; Ismael Enrique Espinosa, que el mismo personal observó "la existencia de huellas recientes de explotación de piedra en el referido lugar"; y Jorge Téllez Pradilla, que durante la diligencia estableció que en las extremidades del derrumbe había huellas indicativas de que la roca fue explotada con taladros, en gran escala. Este último agrega: "Además, me consta de una manera directa por haberlo visto en varias ocasiones que pasé por ese lugar, antes de sucederse el derrumbe, que la roca a que nos venimos refiriendo la explotaban con taladros, abriendo huecos con compresores en la parte baja, es decir, a inmediaciones del ángulo que forma la banca de la carretera".

El veintidós de septiembre de mil novecientos sesenta y uno el Tribunal de primer grado practicó una inspección ocular, con intervención de peritos, en el lugar del siniestro. Durante ella se recibieron los testimonios de los obreros de la carretera, Miguel Roberto y Luis Eduardo Barrera, que trabajaban en ella el día del deslizamiento. El primero dijo: "Como trabajador de la zona de carreteras me consta que de mil novecientos cincuenta y cuatro para acá se ha venido explotando la Peña de los Micos pero no con compresores sino con varillas de pulso y dinamita, en la época de la explotación de la piedra de la Compañía Fachini en el año de mil novecientos cincuenta y tres o cincuenta y cuatro, no recuerdo bien, por cuenta del Ministerio de Obras Públicas (...). La piedra la empleaban para el sostenimiento de la carretera y para hacer un muro abajo de Landázuri. No me consta que las rocas de la Peña de los Micos se explotaran durante el año de mil novecientos cincuenta y ocho bajo la dirección inmediata de los ingenieros e inspectores de la zona de carreteras de Barbosa. En el mes de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho sacamos balasto de este punto de la Peña de los Micos para llevarlo en volquetas de la zona al sostenimiento de la misma carretera. Balasto es piedra delgada que sobra de la que se rajonea. A la salida de la Peña de los Micos, unos treinta metros adelante de la casa de Heliodoro Fontecha, en el año de mil novecientos cincuenta y ocho existía una trituradora pequeña. Esa (sic) trituradora llevaban rejón de la cantera de los Micos". Y el segundo expuso: "Me consta por ser obrero de la zona de carreteras que desde mil novecientos cincuenta para acá se ha venido explotando esta Peña de los Micos con varillas de pulso y con taladro y martillos hasta el año de mil novecientos cincuenta y cuatro; desde ese año en adelante ya le metieron compresor por la zona de carreteras de Chiquinquirá dependiente de la Nación, compresor que duró unos dos meses y luego lo reti-

raron. La piedra la destinaban para afirmar la banca de esta misma carretera, y también en mil novecientos cincuenta y ocho para la construcción de un muro en Lanzázuri".

Los peritos que asistieron a esta diligencia, por su parte, tras expresar que existen rastros de explotación de materiales pétreos, como la presencia en el lugar del siniestro de una máquina trituradora Pionner Engeenering y de un camino carreteable que conduce a la máquina, y de conceptuar que la ejecución de la banca produjo la ruptura del estrato rocoso sin que haya vestigios de obras de defensa, y que "las infiltraciones fueron una de las causas de los deslizamientos ocurridos", dictaminan: "Evidentemente al hacer voladuras con explosivos en las zonas inferiores de los estratos rocosos, planos e inclinados, apoyados en otros sensibles a los cambios de humedad, es consecuencial que se apresure el deslizamiento de las masas superiores al romperse el equilibrio de las fuerzas que componen el sistema".

Como bien puede apreciarse, todos los testigos que han venido siendo mencionados deponen con cabal conocimiento de los hechos, unos por residir a inmediaciones del lugar donde ocurrieron, otros por haberlos visto acaecer como trabajadores de la carretera en el sector de la Peña de los Micos o por haber cooperado en su realización en la expresada calidad, los más por haberlos observado de tránsito por la carretera, como conductores profesionales de vehículos el mayor número, y aun algunos por haber intervenido en ellos como ingenieros de la vía. Exponen todos minuciosamente las circunstancias en que sucedieron y en que tuvieron conocimiento de ellos, y concuerdan en sus exposiciones no solamente entre sí sino también con los testimonios del Personero Municipal, el Secretario del Juzgado de Circuito y el perito que concurrieron al reconocimiento judicial para futura memoria, y con el dictamen de los expertos que participaron en el practicado por el Tribunal *a quo*. No hay, pues, motivo para dudar de su veracidad, pese a la semejanza formal que ciertas respuestas presentan en algunas declaraciones, mayormente cuanto que bastarían las de los ingenieros Rivera y Rodríguez, las de Sarmiento, Espinosa y Téllez, y el dictamen emitido en la peritación judicial, para convencer al juzgador de la existencia del arco natural cuyas bases no debían ser excavadas por prudencia, y de la ejecución de excavaciones que, realizadas sin precaución, terminaron socavándolas.

Expresa el dictamen técnico de los ingenieros que actuaron como peritos en el juicio: "La continuidad de los estratos calcáreos fue interrumpida por la construcción de la banca, y al ejecutar tal operación se dejó sin base sólida y efectiva a las formaciones de la parte superior del talud", sin que se hubieran ejecutado "obras de defensa quizá debido a los altos costos que ellas implicaban y a que los ingenieros encontraron más económico eliminar el estrato rocoso (...). Las infiltraciones fueron una de las causas de los deslizamientos ocurridos (...). Al hacer voladuras con explosivos en las zonas inferiores de estratos rocosos, planos e inclinados, apoyados en otros sensibles a los cambios de humedad, es consecuencial que se apresure el deslizamiento de las masas superiores al romperse el equilibrio de las fuerzas que componen el sistema". Es decir, que si la construcción de la banca produjo la ruptura de los estratos calcáreos, facilitando en mayor grado las infiltraciones que causan los desprendimientos en virtud de los cambios de humedad, por la falta de obras de defensa, las voladuras de las masas inferiores con materias explosivas apresuraron el proceso de deslizamiento de las superiores, lo que es obvio porque esas voladuras no podían menos de contribuir a debilitar más aún la cohesión de los estratos, por la ruptura del "equilibrio de las fuerzas que componen el sistema", creando un terreno todavía más susceptible a las infiltraciones, y por tanto, a los deslizamientos. De lo cual se infiere que las explosiones fueron causa determinante de las infiltraciones, y consecuencialmente, de los deslizamientos, sobre todo en lo que frisa con la oportunidad en que ellos ocurrieron. Y si contra el concepto de ingenieros y pese a las advertencias y reclamos de vecinos y transeúntes se venían ejecutando tales voladuras, que así provocaban los derrumbes, desde tiempo atrás, y se realizaban en los mismos días en que aconteció el accidente, sin tomar medidas especiales de prevención, esa conducta del Estado lo hace responsable, por imprudente, de los daños que con ella pudiera causar, a tenor, según la Sala, de lo prescrito en el artículo 2341 del Código Civil, si bien respecto de la regla aplicable al caso el Magistrado ponente se aparta del concepto de la mayoría por las razones consignadas en el salvamento de voto en lo relativo a ese punto concreto de la parte motiva, en el fallo, de esta misma fecha, de Carlos Becaría contra la Nación.

El Ministerio Público ha alegado en este juicio el acaecimiento de un caso fortuito, y aducido para comprobarlo un informe de la Junta de Licitaciones, Contratos y Precios Unitarios del Ministerio de Obras Públicas, en que se transcriben conceptos tomados de las siguientes piezas:

a) De un informe rendido al Ministerio el 6 de abril de 1961 por el ingeniero jefe de la zona de Chiquinquirá y por su ayudante, en que tales funcionarios expresan que "en el sitio denominado los Micos de la carretera Barbosa-Puerto Olaya, existía desde hace mucho tiempo un deslizamiento natural, motivo por el cual siempre se procuró mantener en tal sector una cuadrilla de obreros y una volqueta para el retiro del material de piedra que debido al escurrimiento iba cayendo sobre la banca de la carretera", y que "debido a la estructura rocosa, a la forma del sistema estratigráfico y sobre todo a las imprevisibles filtraciones de aguas lluvias, se produjo un derrumbe de grandes proporciones que obstruyó completamente la vía en una longitud de cien metros"; y

b) Del informe rendido al mismo Ministerio por el geólogo José Gregorio Neira, en julio de 1961, sobre la formación de la Peña de los Micos, en el cual, tras varias consideraciones sobre la naturaleza del sistema estratigráfico de aquella y la forma como en ese sistema obran las infiltraciones y las consecuencias que producen, se expresa: "En síntesis, a) La acción destructora de la meteorización de los mantos calizos y de los lechos arenisco-pizarrosos que constituyen la formación cretácica del cerro de los Micos es la causa natural determinante de los derrumbes en la falda del citado cerro; b) Tales derrumbes habrían sucedido naturalmente aun en el caso de no haber pasado la carretera por dicho sitio; c) Las profundas depresiones que forman las dos hoyadas de Carare muestran igualmente erosiones muy activas desde milenios inmemorables en el anticlinal de la serranía que pasa por los Micos".

Se trata, pues, de transcripciones de un informe no ratificado, y de conceptos muy generales sobre la formación geológica de la Peña de los Micos y la sucesión de deslizamientos ocasionados por las infiltraciones, que en forma alguna excluyen la posibilidad de una causa concurrente en el acaecido el veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho. Por el contrario, el conocimiento de esa formación y de los peligros que debido a ella ofrecía la acción de la humedad, descartan en el evento la condición de imprevisto y hacen más notorio el error de una conducta que, no sólo omitió medidas encaminadas a prevenir los daños que pudieran causar los deslizamientos, sino que los precipitó con excavaciones en las bases de la Peña, no obstante la falta de esas medidas de precaución. A lo cual debe agregarse que los referidos informes carecen de los requisitos que la ley exige en la prueba para estimarla como fidedigna, y consiguientemente oponible a las conclusiones, en cuanto a las consecuencias de socavar la Peña de los Micos, de una peritación practicada con todas las formalidades de que se ha creído necesario rodear el concepto de expertos para que haga fe en juicio, y en lo que toca con el comportamiento mismo del Estado, a testimonios que por haber sido recibidos en las condiciones que prevén las leyes sobre la materia deben reputarse fehacientes.

Establecida la imputabilidad del hecho causal a una falta del servicio público, es la oportunidad de examinar si el daño porque los actores demandan realmente existe.

Los testigos Avelino Gamboa, Rafael Cadena, Elías Betancourt, Vidal Acosta Gómez, Manuel de J. Zafra, Ilva Alzugarate de García y Lisandro García Ulloa deponen sobre la situación económica de Hernando Vargas García y la forma como atendía a sus deberes de esposo y de hijo, con conocimiento de causa, pues lo que exponen lo saben, los cinco primeros por haberlo presenciado con ocasión del trato social que mantenían con los esposos Vargas-Becaría, y los dos últimos por haber tenido con aquél negocios de compraventa de maderas. De sus declaraciones, apreciadas en conjunto, resulta que Vargas compraba maderas en la región del Carare y las vendía en Bogotá, si bien frecuentemente lo hacía al depósito El Roble, de propiedad de Lisandro García Ulloa, negocio del cual derivaba una utilidad mensual no inferior a un mil quinientos pesos, y que ascendía a veces a un mil ochocientos, según lo atestiguan el mismo García Ulloa y su esposa Ilva Alzugarate de García; que además ejercía la actividad de chofer, y que el día de su muerte tenía a su cargo un carrotanque de propiedad de su cuñado Carlos Becaría, sin que se sepa el salario que devengaba por tal concepto; que cumplía estrictamente con sus deberes de esposo, en la población de Barbosa, donde residía con su mujer, a quien proporcionaba lo necesario a una vida de comodidad y holgura; que asimismo contribuía periódicamente al sostenimiento de sus padres, a quienes suministraba trescientos pesos mensuales, según lo afirman, entre otros, Avelino Gamboa y Elías Betancourt, que dicen haber presenciado varias veces la entrega o el giro que de esa suma hacía el hijo a su padre Segundo Vargas.

El daño patrimonial sufrido por la señora de Vargas no ofrece duda alguna, por cuanto a la muerte de su marido se vio privada de un apoyo económico a que era acreedora por ley natural y por ley civil.

Respecto del causado a los padres, expone el Tribunal *a quo*, fundado en jurisprudencia de esta Corte y partiendo de la base de que en el juicio no se ha demostrado la destitución económica de ellos: "Es humano que los hijos que están en capacidad de prestar apoyo a sus padres procedan gustosos a darles la ayuda económica que necesitan. Pero eso es en realidad eventual. Para que tome el sentido de algo obligatorio que se debe cumplir precisa acreditar no apenas el carácter abstracto de acreedor sino que se carece de lo necesario para la subsistencia". Ninguna observación tiene que hacer la Sala al criterio de que el daño que a los padres causa la muerte del hijo no se presume mientras no se cumplan las condiciones que los artículos 419 y 420 del Código Civil prevén para que nazca el derecho de exigir alimentos, por lo cual el que se alegue por la simple frustración de esa eventualidad, sin establecer la capacidad económica del deudor y la destitución del acreedor, no pasa de ser hipotético. Para que el perjuicio sea resarcible no basta que pueda llegar a producirse, sino que es indispensable la certeza de que así ocurrirá, y no es éste el caso del padre que no necesitando el auxilio económico del hijo tampoco lo recibe. No sufre él lesión de un derecho ni interés patrimonial que estuviera disfrutando, que su adquisición se subordina a eventualidades que aún no se han cumplido.

Pero no es esa la situación que configura este proceso. Aquí, los padres percibían del hijo un beneficio mensual, y no porque no proviniera de una obligación alimentaria es menos cierta la cesación de un lucro que su muerte les causa. La protección de la ley no ha de circunscribirse, sin faltar a la equidad, a los casos de lesión de derechos que las instituciones aseguran con acciones judiciales (jurídicamente protegidos), sino que debe comprender también aquéllos en que hay menoscabo de un interés legítimo, como es el del padre que recibe del hijo una pensión periódica para el mejoramiento de sus condiciones de vida, aunque no constituya una carga obligatoria; se trata de un caso en que el daño, si bien ajeno a la existencia de un vínculo de obligación alimentaria civil, afecta sin embargo a los medios de vida de quien lo sufre, en forma que poco difiere de como afectaría a los del acreedor alimentario. De vieja data la jurisprudencia alemana, y más recientemente la francesa, siguiendo una avanzada corriente doctrinal, han llegado a declarar que hay lugar a resarcimiento aun por la pérdida de una probabilidad, cuando ésta es cierta, entendiendo por cierta la que conforme a las circunstancias del caso concreto presenta un mínimo de posibilidades de frustración. Es suficiente que de las condiciones particulares del hecho y del curso normal de las cosas resulte la *probabilidad objetiva* de obtener un provecho, para que su frustración sea motivo de resarcimiento aunque no se tenga un título jurídico que lo garantice. Esa probabilidad objetiva permite dar el daño por cierto, cuando se presenta en el más alto grado, ya que su existencia es algo tan real que al desaparecer o perderse no puede menos de ocasionar un detrimento de carácter patrimonial.

Conforme al orden natural los hijos acuden en auxilio de sus padres no solamente en caso de destitución, sino también, teniendo capacidad económica suficiente, para proporcionarles mayor bienestar del que con sus propios recursos pueden ellos procurarse. Es ésta una exteriorización de la personalidad afectiva propia del hombre, que entre personas ligadas por los más cercanos vínculos de consaguinidad se manifiesta en inclinaciones generosas y altruístas, mayormente si se trata de las relaciones entre padres e hijos. Y si a ello se agrega que el hijo, capacitado económicamente, obra conforme a tales inclinaciones, y consiguientemente concurre al mayor bienestar de sus padres o a mejorar su nivel de vida, nada hay que induzca a suponer que así no continuará comportándose, sino que, por el contrario, su conducta en cuanto tiene arraigo en la naturaleza misma está poniendo en evidencia que habrá de perseverar en ella. Una de las notas características de las inclinaciones naturales es la reiteración de los actos o de las impulsiones que a ellas obedecen. Se trata en este caso, así pues, de una probabilidad objetiva en su más alto grado, que permite la presunción que en modo de proceder semejante ha visto la Corte, cuando ha dicho que en estos casos cabe presumir el daño futuro, pues con ello no se hace sino deducir de las leyes más generales y constantes de la naturaleza humana cuál habría sido la conducta del hijo frente a las obligaciones que tiene para con sus padres (G. J., LV, 770, 771).

Estas razones obligan a la Sala a reformar la sentencia que se revisa para reconocer en favor de cada uno de los padres de Vargas García una indemnización equivalente al cincuenta por ciento de la suma que conjuntamente recibían de él como contribución a los gastos de su hogar.

No habiendo sido allegados a los autos los datos necesarios para una condenación en concreto, pues, entre otros, se echa menos el relativo a la edad de los demandantes Segundo Vargas y Clelia García de Vargas, la cuantía

del daño material debido a éstos se liquidará conforme a lo prescrito en el artículo 553 del Código Judicial, sobre la base de un lucro cesante de ciento cincuenta pesos moneda legal para cada uno, y en la misma forma y por el mismo procedimiento que para calcular el que corresponde a la señora Gloria Becaría de Vargas se señala en la sentencia de primer grado; siendo de advertir que para hacer la estimación de este último, además de la suma que se compruebe o calcule que el señor Vargas García gastaba mensualmente en expensas personales, deberá deducirse de su ingreso mensual la que destinaba a contribuir a los gastos de la casa de sus padres.

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, confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el diez y seis de abril de mil novecientos sesenta y tres, si bien con la siguiente reforma aditiva: Condénase también a la Nación colombiana a pagar a los demandantes Segundo Vargas y Clelia García de Vargas los daños patrimoniales que recibieron con la muerte de su hijo Hernando Vargas García en el siniestro a que se refieren los autos, indemnización que se liquidará por la vía indicada en el artículo 553 del Código Judicial sobre la base señalada en la parte motiva *in fine* de este fallo y en la forma que allí mismo se establece.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Obras Públicas, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Jorge García Merlano, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DIRECTA

Indemnización por daños. — El perjuicio debe acreditarse en el plenario.

1. Comparte la Sala la tesis del Tribunal, de que la responsabilidad de la Nación, en casos como el de autos, es una responsabilidad primaria o directa, así como su profesión de fe en la teoría de las faltas o culpas del servicio, si bien debe observar que, tal como la ha formulado la Corte, nada se opone a que exista una responsabilidad solidaria entre el funcionario causante inmediato del daño y la administración, ni a que ésta pueda repetir contra aquél el importe del daño. Aquí cabe recordar lo expuesto en sentencia de 30 de junio de 1962, proferida en el juicio seguido por Aníbal Gómez y otros contra la Nación, y en la de casación de la misma fecha, dictada en el juicio seguido por Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá.

2. Está bien que quien se hizo parte civil en un proceso penal no pueda luego, desconociendo la condena que al pago de perjuicios se hizo en aquél, instaurar una acción civil con la misma finalidad indemnizatoria. Pero es cosa distinta que quien obtuvo tal condena en el proceso penal pueda demandar luego ante los Jueces civiles a un tercero a quien considera responsable de los daños que la conducta del delincuente le hubiere inferido.

3. Como bien es sabido, lo que puede dejarse para ser regulado mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial es la fijación en suma líquida de dinero del importe de la indemnización debida por los perjuicios causados al demandante y sobre cuyo pago se haya decidido en la sentencia. Pero el acaecimiento del perjuicio, su producción real, como extremo básico que es de la acción, debe quedar plenamente acreditado en el plenario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Bogotá, noviembre 5 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Ramiro Araújo Grau).

El apoderado que constituyeron Edilma Rozo de Martínez y Otilio Martínez Téllez, de este vecindario, presentó demanda contra la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, impetrando las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.* Que la Nación colombiana es civil y directamente responsable por descuito, imprevisión, falta de cuidado y vigilancia en la escogencia y nombramiento del señor Hernando Moreno Garibello, al designarlo empleado del Ministerio de Guerra y destinarlo al desempeño de conductor de vehículos o chofer del mismo Ministerio y que, por consiguiente, es responsable civil y directamente la propia Nación colombiana del accidente de tránsito causado por ella, por conducto de su empleado o funcionario Hernando Moreno Garibello, en la noche del 21 de agosto de 1949, como a eso de las 12 y 20 minutos de la noche, cuando viajando el citado empleado o funcionario de la Nación en ejercicio de las facultades de conductor o chofer que le había encomendado el Ministerio de Guerra, conduciendo el camión de placas Nº 0601 Minguerra, de propiedad de la Nación colombiana y correspondiente al Ministerio de Guerra, en recorrido de norte a sur, por la carrera 13 de Bogotá, por el lado izquierdo de su vía, a gran velocidad y en estado de embriaguez de primer grado, atropelló violentamente al taxi o automóvil de servicio público de placas número 11290 de Bogotá, de propiedad de la señora Edilma Rozo de Martínez, afiliado a la Empresa de Transportes 'Tax Bogotá, S. A.', conducido por el chofer Otilio Martínez Téllez, cuando éste viajaba en sentido contrario, en recorrido de sur a norte, por la misma carrera 13 de Bogotá, por el lado derecho de su vía, a moderada velocidad, choque o atropello que tuvo lugar en dicha carrera 13 de Bogotá, cerca al cruzamiento de esta carrera 13 con la calle 28, frente a la fábrica de Bavaria, en la fecha y hora indicadas, debido a que el chofer o conductor de la Nación, Hernando Moreno Garibello, lanzó el camión que conducía,

placas número 0601 de Minguerra, de propiedad de la Nación colombiana y correspondiente al Ministerio de Guerra, contra el taxi o automóvil de servicio público placas número 11290 de Bogotá, que conducía Otilio Martínez Téllez, taxi que ya estaba detenido en su marcha y estacionado, precisamente para evitar el accidente y con el golpe y colisión tan fuerte del camión contra el taxi produjo la destrucción completa de éste y causó graves heridas, contusiones y golpes en varias partes del cuerpo al chofer o conductor Otilio Martínez Téllez que lo dejaron en una situación de suma gravedad y en estado de inconsciencia.

"*Segunda.* Que la Nación colombiana es civil y directamente responsable por descuido, falta de previsión, falta de cuidado en la escogencia y elección del señor Hernando Moreno Garibello al nombrarlo empleado del Ministerio de Guerra y destinarlo a chofer o conductor de vehículos del mismo Ministerio y que, por consiguiente, es responsable civil y directamente la Nación colombiana de la destrucción total del taxi o automóvil de servicio público de placas número 11290 de Bogotá, de propiedad de la señora Edilma Rozo de Martínez, afiliado a la empresa de transportes 'Tax Bogotá, S. A.', cuando al ir manejado por el conductor Otilio Martínez Téllez, por la carrera 13 de Bogotá, en recorrido de sur a norte, por el lado derecho de su vía, y a una velocidad moderada, fue violentamente atropellado por el camión placas número 0601 de propiedad de la Nación colombiana, perteneciente al Ministerio de Guerra, manejado por el conductor o chofer del dicho Ministerio, Hernando Moreno Garibello, en ejercicio de sus funciones oficiales, en estado de embriaguez de primer grado, en recorrido de norte a sur, por la misma carrera 13 de Bogotá, a gran velocidad y por el lado izquierdo de su vía, lanzándose violentamente sobre el mencionado taxi, cuando éste ya estaba detenido en su marcha a fin de evitar el siniestro, y al atropellarlo y golpearlo fuertemente lo destruyó por completo, accidente ocurrido en la precitada carrera 13 de Bogotá, cerca al cruzamiento de esta carrera con la calle 28, en las horas de la noche del 21 de agosto de 1949 como a eso de las 12 y 20 minutos de esa noche.

"*Tercera.* Que la Nación colombiana es civil y directamente responsable por descuido, imprevisión, falta de cuidado y vigilancia en la escogencia y elección del señor Hernando Moreno Garibello al nombrarlo empleado del Ministerio de Guerra y destinarlo al desempeño de conductor de vehículos o chofer del mismo Ministerio de Guerra y que, por consiguiente, la Nación colombiana es civil y directamente responsable de las heridas, contusiones y golpes que sufrió el señor Otilio Martínez Téllez en el accidente de tránsito ocurrido en la noche del 21 de agosto de 1949, como a eso de las 12 y 20 minutos de aquella noche, cuando iba conduciendo el taxi o automóvil de servicio público de placas número 11290 de Bogotá, de propiedad de la señora Edilma Rozo de Martínez, afiliado a la empresa de transportes 'Tax Bogotá, S. A.', por la carrera 13 de Bogotá, por el lado derecho de la vía, a poca velocidad y cuando ya había detenido su marcha para evitar el accidente, al ser atropellado este vehículo por el camión de placas 0601 de Minguerra, de propiedad de la Nación colombiana, correspondiente al Ministerio de Guerra, manejado por el chofer o conductor del mismo Ministerio, Hernando Moreno Garibello, en ejercicio de funciones oficiales, en recorrido de norte a sur, a gran velocidad, por el lado izquierdo de su vía, en estado de embriaguez de primer grado, al lanzar violentamente al camión ya referido sobre el taxi o automóvil de servicio público dicho, destruyéndolo completamente y causando heridas graves al señor Otilio Martínez Téllez en la cabeza, en la frente, en los órganos de la vista, en los muslos, en las rodillas, en el pecho y en varias otras partes del cuerpo, contusiones y heridas graves que lo incapacitaron por bastante tiempo y le dejaron, como consecuencia, desfiguración facial permanente y defectos funcionales de locomoción también permanentes.

"*Cuarta.* Que en virtud de las responsabilidades civiles y directas de la Nación colombiana a que se refieren las peticiones anteriores, la propia Nación colombiana está obligada a pagar a la señora Edilma Rozo de Martínez los perjuicios de toda índole que ella sufrió con la destrucción completa del taxi o automóvil público de su propiedad, ocurrida en el siniestro de tránsito que tuvo lugar en las horas de la noche del 21 de agosto de 1949, como a eso de las 12 y 20 minutos de aquella noche, siniestro ocurrido en la carrera 13 de Bogotá, cerca al cruzamiento de esta carrera con la calle 28, frente a la fábrica de Bavaria, cuando el empleado o funcionario público de la Nación colombiana destinado a conductor o chofer al servicio del Ministerio de Guerra, Hernando Moreno Garibello, en ejercicio de sus funciones oficiales, hacía recorrido de norte a sur, por la indicada carrera 13 de Bogotá, conduciendo el camión de placas número 0601 de Minguerra, de propiedad de la Nación colombiana y correspondiente al Ministerio de Guerra, a gran velocidad, por el lazo izquierdo de su vía y en estado de embriaguez de primer grado, lanzó violentamente tal camión contra el

taxi o automóvil del servicio público de placas número 11290 de Bogotá, de propiedad de la señora Edilma Rozo de Martínez, cuando ya dicho automóvil había detenido la marcha y estaba estacionado para evitar el accidente, causándole la destrucción completa, perjuicios que deben corresponder y equivaler al daño emergente y al lucro cesante sufridos por la dueña del taxi o automóvil del servicio público destruido en el siniestro, y que, por lo tanto, se condene a la Nación colombiana a restituir a la señora Edilma Rozo de Martínez, en el mismo buen estado que tenía el día del accidente, el taxi o automóvil del servicio público destruido por consecuencia del siniestro, vehículo que tuvo las siguientes especificaciones: Marca Mercury, modelo 1941, motor número 99 A-328426, de color negro, tipo sedán, con capacidad para cinco puestos, con placas anteriores número 3795 de Bogotá, reemplazadas luego por las que tenía el día del accidente, número 11290 de Bogotá, más los perjuicios correspondientes al lucro cesante, a razón de dos mil pesos ($ 2.000) mensuales líquidos, o la cantidad mensual que se fije por peritos en forma legal, a contar del 21 de agosto de 1949, fecha del accidente de tránsito o siniestro que ocasionó la destrucción completa del taxi o automóvil de servicio público dicho, hasta cuando el pago se verifique, o hasta cuando por medio de peritos nombrados en forma legal, se determine la fecha hasta la cual el mencionado taxi o automóvil hubiera estado o estuviera en condiciones de seguir prestando el servicio a que se destinaba el día en que fue destruido por el accidente de tránsito a que me refiero.

"Parágrafo. Que si el automóvil o taxi de servicio público de que trata esta petición no fuere restituido por la Nación colombiana a su propietaria la señora Edilma Rozo de Martínez, en la forma pedida, se condene a la Nación demandada a pagar a la señora Edilma Rozo de Martínez, como justo valor o precio del taxi o automóvil de servicio público, la cantidad de treinta y dos mil pesos ($ 32.000) moneda corriente, o la cantidad que se fije por peritos nombrados en forma legal.

"*Quinta.* Que en virtud de las responsabilidades civiles y directas a que se refieren las tres primeras peticiones de este libelo, la Nación colombiana está obligada a pagar al señor Otilio Martínez Téllez, por valor de los perjuicios materiales de toda índole que sufrió por motivo de las heridas que recibió, golpes y contusiones de que fue víctima, por la incapacidad a que estuvo sometido, por los sueldos o ganancias comerciales dejados de devengar o percibir, por los gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos y por las consecuencias permanentes e irreparables que le quedaron, todo por motivo del siniestro de que tratan las anteriores peticiones, en la forma, detalles y circunstancias narrados en las anteriores peticiones y en los hechos del libelo, la cantidad de ochenta mil pesos ($ 80.000) moneda corriente, o la cantidad de dinero que se fije por peritos nombrados en forma legal.

"*Sexta.* Que la Nación colombiana está obligada a pagar a los señores Otilio Martínez Téllez y Edilma Rozo de Martínez, casados entre sí, y de las demás condiciones civiles anotadas, el valor de los perjuicios morales sufridos por ellos con motivo del accidente de tránsito a que se refieren las anteriores peticiones, que destruyó completamente el taxi o automóvil de servicio público ya mencionado, de propiedad de la señora Edilma Rozo de Martínez y causó heridas graves, golpes y contusiones en varias partes del cuerpo al señor Otilio Martínez Téllez dejándolo en estado de inconsciencia y en peligro de muerte, obligándolo a una larga hospitalización, a tratamientos médicos y quirúrgicos delicados y costosos, y habiéndole quedado como consecuencia defectos funcionales permanentes e irreparables, liquidándolos según jurisprudencia".

Fundamentó tales peticiones en 39 afirmaciones de hechos, que el Tribunal sintetizó, con todo acierto, de la manera siguiente:

"1º Edilma Rozo de Martínez era propietaria del taxi o vehículo de servicio público marca Mercury, modelo 1941, distinguido con las placas número 11290 de Bogotá y afiliado a la empresa de transportes 'Tax Bogotá, S. A.'.

"2º En la noche del 21 de agosto de 1949 viajaban rumbo al norte por la carrera 13 de esta ciudad el taxi mencionado, conducido por Otilio Martínez Téllez y llevando como pasajeros a los señores Alvaro Rico Espinel y Otto Bautista, cuando al llegar a la calle 28 fue atropellado violentamente por el camión de placas 0601 de Minguerra que venía en dirección contraria, conducido por Hernando Moreno Garibello, funcionario de la Nación al servicio del Ministerio de Guerra, y quien se hallaba en estado de embriaguez.

"3º Al divisar el camión del Ministerio de Guerra que a gran velocidad venía en dirección opuesta, quitándole la vía, el conductor del taxi detuvo su vehículo para evitar el accidente, no obstante lo cual el camión se precipitó sobre aquél destruyéndolo completamente.

"4º El conductor del taxi, Otilio Téllez, y los pasajeros que en él viajaban, fueron auxiliados

por varias personas, las cuales los sacaron del vehículo gravemente heridos y en estado de inconsciencia.

"5º El chofer Martínez Téllez fue llevado inicialmente al Hospital de La Hortúa e internado luego en la Clínica Santa Fe, donde se le hicieron los tratamientos médicos adecuados, habiendo sufrido una incapacidad definitiva de 25 días y quedando con una desfiguración de carácter permanente en el párpado superior ojo izquierdo.

"6º Tanto Otilio Martínez Téllez como Edilma Rozo de Martínez sufrieron intensamente con ocasión del accidente en cuestión: el primero al 'apreciar la gravedad de su estado de salud, el peligro en que se encontraba su vida, la pérdida o destrucción del automóvil que manejado por él proporcionaba a su hogar lo necesario para su sostenimiento', y al 'considerar que su muerte dejaba en el desamparo a su esposa con quien recientemente había contraído matrimonio y a su hija de pocos días de nacida'; y la segunda 'al tener presente a su esposo legítimo en estado de suma gravedad y en peligro de muerte y al considerar que el único bien patrimonial de que disponían para el sostenimiento y el de su pequeña hija en caso de muerte de su esposo había sido destruido completamente.

"7º En el proceso penal que se adelantó con ocasión del accidente mencionado se dictó auto de proceder contra Hernando Moreno Garibello, el cual fue confirmado por el Tribunal. En dicho proceso se constituyeron parte civil los aquí demandantes Otilio Martínez Téllez y Edilma Rozo de Martínez, quienes obtuvieron que el Juzgado Octavo Penal de este Circuito, en providencia que fue confirmada por el Tribunal, condenara en abstracto al procesado Moreno Garibello a indemnizar los daños y perjuicios causados con la infracción.

"8º 'El siniestro a que se refieren los hechos anteriores —dice textualmente el actor— se debió principalmente a la gran velocidad con que era manejado el camión de propiedad de la Nación colombiana al servicio del Ministerio de Guerra; al estado de embriaguez de primer grado comprobado del chofer o conductor Hernando Moreno Garibello, y al hecho de viajar a esa velocidad el camión por la izquierda de la vía, quitando la vía al taxi o automóvil que viajaba en sentido contrario'.

"Y agrega, bajo los numerales 35 y 37, los dos hechos que se transcriben a continuación:

"35. El Estado obra por medio de sus agentes, funcionarios o empleados y cuando obra así, es el Estado mismo el que desarrolla su actividad y el hecho oficial del agente, funcionario o empleado, es por lo tanto, hecho del Estado, y la responsabilidad de la persona de derecho público queda comprometida por los perjuicios que llegue a causar a terceros por medio de sus agentes, funcionarios o empleados.

"37. En casos como el presente nace una acción doble en pro del damnificado contra la Nación colombiana por el hecho culposo que cometió por conducto de su agente, funcionario o empleado y contra éste por el hecho que cometió, o sea que existen dos deudores *in solidum* y por lo tanto la víctima puede elegir el codeudor contra quien va a reclamar el pago o la reparación de los perjuicios sufridos".

En cuanto a fundamentos de derecho dijo: "En derecho me fundo en lo dispuesto por los artículos 63, 1494, 1613, 1614, 2347, inciso 1º y 2349 del Código Civil y concordantes y pertinentes; y en los artículos 76, 176, 734 y siguientes, 737 y siguientes, 755 y siguientes y concordantes del Código Judicial, y demás disposiciones pertinentes y concordantes".

Al contestar la demanda el señor Fiscal del Tribunal se opuso a los pronunciamientos en ella impetrados, y en su alegato de fondo alegó la excepción de cosa juzgada, derivada del hecho de haber sido condenado Moreno Garibello en el proceso penal a pagar los perjuicios que causó con su infracción, también la de prescripción de la acción, con base en el artículo 2358 del Código Civil.

El Tribunal puso fin a la primera instancia en sentencia de 4 de febrero del cursante año, y cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"*Primero.* Declárase que la Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales que por faltas del servicio sufrieron los demandantes Edilma Rozo de Martínez y Otilio Martínez Téllez, con motivo del accidente de tránsito ocurrido el 21 de agosto de 1949 en la carrera 13 con calle 28 de esta ciudad, cuando el camión de placas 0601 de Minguerra, conducido por Hernando Moreno Garibello, atropelló, destruyéndolo, el taxi de propiedad de Edilma Rozo de Martínez, distinguido con las placas 11290 de Bogotá.

"*Segundo.* Condénase, en consecuencia, a la Nación colombiana a pagarle a Edilma Rozo de Martínez el valor del taxi o automóvil de servicio público de su propiedad, marca Mercury, modelo 1941, placas 11290 de Bogotá, destruido en el accidente mencionado, junto con los intereses legales de la cantidad que mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial se establezca que la Nación adeuda por

ese concepto, teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

"*Tercero.* Condénase, asimismo, a la Nación colombiana a pagarle a Otilio Martínez Téllez el valor de los gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos que hubo de hacer con motivo del accidente de que fue víctima, así como el lucro cesante proveniente de este mismo hecho, los cuales se fijarán mediante el procedimiento señalado en el citado artículo 553 del Código Judicial y teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

"*Cuarto.* Condénase a la Nación colombiana a pagarle a Otilio Martínez Téllez la cantidad de un mil quinientos pesos ($ 1.500) moneda corriente y a Edilma Rozo de Martínez la cantidad de un mil pesos ($ 1.000) moneda corriente, por concepto de perjuicios morales no objetivados.

"*Quinto.* Niéganse las demás peticiones de la demanda, de cuyos cargos se absuelve a la Nación".

Después de exponer algunas de las teorías sostenidas por la Corte y la doctrina extranjera en materia de responsabilidad extracontractual de la administración y de tomar partido por la de la "falta o culpa del servicio", y de expresar que, aunque en el libelo se habla expresamente de responsabilidad indirecta del Estado, es lo cierto que en tanto en las súplicas como en los fundamentos de hecho aparecen imputadas a la Nación faltas del servicio, pasa a examinar el acervo probatorio, para concluir que se encuentra comprobada dicha culpa, así como el daño por ella causado a los demandantes.

Sintetizando sus consideraciones sobre la culpa dice:

"Del examen cuidadoso de los elementos de prueba de que se ha hecho mérito se llega ciertamente a la conclusión de que el accidente de que dan cuenta los autos ocurrió por culpa de Hernando Moreno Garibello, empleado de la Nación, al conducir un vehículo oficial, el camión con placas 0601 de Minguerra, en estado de embriaguez, a excesiva velocidad y en contravía, en forma tal que la colisión con el taxi tenía que producirse fatalmente. Aunque en este proceso no se demostró que el accidente se hubiera producido con ocasión del servicio, como sí se acreditó en el proceso penal al probarse que regresaba Moreno Garibello de llevar un superior suyo a su casa, el solo hecho de que un vehículo oficial esté conducido por un empleado de la Nación en estado de embriaguez, está revelando claramente el mal funcionamiento de un servicio público a cargo de la Nación como es el del Ejército o Fuerzas Militares, pues es obvio que el error de conducta en que incurrió Moreno Garibello al conducir el camión del Ministerio de Guerra en las condiciones anotadas jamás puede presentarse en un servicio público bien organizado. Es precisamente esa falta del servicio la que compromete la responsabilidad de la Nación en el presente caso".

Apelado dicho proveído por una y otra parte, vino el negocio a esta corporación, donde ha sufrido los trámites de rigor.

En su vista, el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil dice que "no puede ponerse en duda, en este juicio civil, la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal, ni la responsabilidad del condenado Hernando Moreno Garibello", teniendo en cuenta las copias de las sentencias producidas en el proceso penal que se le siguió a éste, y lo dispuesto en el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal. Pero alega que se está en presencia, no de una falta del servicio, sino de una falta personal, del expresado Moreno Garibello, que no tiene por qué comprometer la responsabilidad de la Nación.

Por su parte, el señor apoderado de los demandantes pide la confirmación de la sentencia apelada en cuanto a lo principal, pero manifiesta inconformidad en lo que respecta a la manera como hizo la condena al pago de los perjuicios, sobre lo cual impetra una modificación favorable a sus patrocinados.

Para resolver se considera:

1. Comparte la Sala la tesis del Tribunal, de que la responsabilidad de la Nación, en casos como el de autos, es una responsabilidad primaria o directa, así como su profesión de fe en la teoría de las faltas o culpas del servicio, si bien debe observar que, tal como la ha formulado la Corte, nada se opone a que exista una responsabilidad solidaria entre el funcionario causante inmediato del daño y la administración, ni a que ésta pueda repetir contra aquél el importe del daño.

2. En sentencia de 30 de junio de 1962, proferida en el juicio seguido por Aníbal Gómez y otros contra la Nación, aún no publicada en la Gaceta, expresó la Sala:

"...12. Pues que el Estado es persona moral, conviene hacer notar, en primer término, que no obstante el criterio que hasta ahora ha venido primando en la jurisprudencia de la Corte, no es la teoría organicista la más adecuada a la índole y organización de las personas jurídicas de derecho público y privado, en cuanto en ciertos casos las hace indirectamente responsables de los actos de sus dependientes conforme al prin-

cipio que recogen los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. El primer inciso del artículo 2347 consagra el precepto de que toda persona es responsable del hecho de aquéllos que estuvieren 'a su cuidado', es decir, que supone como fundamento de la responsabilidad indirecta la existencia de un deber específico de *custodia* que no se da en las personas morales respecto de sus agentes. En seguida ilustra el contenido de la norma con varios ejemplos, en todos los cuales se observa la expresa exigencia de aquel deber específico, si no es que éste fluye de la misma situación jurídica en que se hallan el autor del daño y quien por él debe responder: así, el padre, o en su defecto, la madre tienen respecto de sus hijos menores de edad obligaciones concretas de vigilancia y atención que emanan de la patria potestad, y cuyo incumplimiento se hace difícilmente excusable cuando éstos habitan con aquellos en la misma casa; las mismas obligaciones corresponden al tutor o curador respecto del pupilo, en virtud de la guarda que les ha sido discernida; el deber del marido de cuidar de su mujer es un corolario de los derechos que le confiere la potestad marital; los directores de colegios y escuelas son responsables del hecho de sus discípulos 'mientras están bajo su cuidado', a tenor del texto de la disposición; y los empresarios y artesanos del de sus dependientes o aprendices, 'en el mismo caso', o sea, que para establecer la responsabilidad de tales artesanos y empresarios la ley prevé que los aprendices o los dependientes causen el daño encontrándose a *su cuidado o bajo su custodia*. Y lo mismo ocurre en el caso del artículo 2349, puesto que la relación que se crea entre el amo y el doméstico es de tal naturaleza que supone por parte de aquél una permanente y estricta vigilancia de los actos de éste. No basta, pues, la simple relación de dependencia o subordinación en sentido lato, para que nazca aquella responsabilidad, sino que además se requiere que el autor del hecho perjudicial se halle *al cuidado* de quien es llamado a responder por él. La noción de *custodia* aparece así como el común denominador de todos los casos que caen bajo el régimen de las disposiciones comentadas, pues que así resulta tanto del principio general como de los casos concretos que muestran cómo debe ser desarrollado ese principio; tal noción es elemento de la responsabilidad llamada indirecta (locución impropia, pues este atributo no es predicable de la responsabilidad sino de la relación de causalidad), y de ninguna manera puede afirmarse que los dependientes estén al cuidado o bajo la custodia de la persona jurídica, aunque entre ellos exista un vínculo de subordinación.

"Por otra parte, la responsabilidad indirecta que reconocen los artículos 2347 y 2349 supone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas *in eligendo* o *in vigilando*, o sea, la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como autor del *eventus damni* con la *in eligendo* o *in vigilando* que se atribuye al patrono, en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquélla obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La responsabilidad en que puede incurrir es, por lo tanto, la que a toda persona con capacidad de obrar por sí misma corresponde por sus propias acciones.

"13. Ahora, concretándose al caso particular del Estado, cuyos cometidos esenciales se satisfacen al través de los servicios públicos, parece lo indicado señalar otras razones que concurren, con las que se acaban de exponer, a desplazar su responsabilidad del ámbito del artículo 2347 para situarla en el del 2341.

"Cuando el deber jurídico de reparar procede no de un hecho ceñido a la actividad y objetivos del servicio cumplido conforme al reglamento respectivo, sino de un error de conducta consumado por razón de aquella actividad, la responsabilidad se configura como subjetiva y cae en el ámbito de la ley civil en atención a que sus reglas son aplicables en los casos de responsabilidad subjetiva de las personas morales, entre las cuales se cuentan el Estado y sus organismos secundarios y descentralizados. Mas, esa responsabilidad, emergente de una culpa de funcionario o agente de la administración, desborda, sin embargo, el ámbito obligacional de aquél para comprometer también al Estado —salvo que el hecho sea personal, como cuando se ejecuta en provecho exclusivo del agente o por su cuenta—, y no ya solamente en virtud del vínculo que liga al servicio con el autor material del daño, sino porque aquél absorbe en cierto modo la culpa del funcionario en cuanto la actividad administrativa se traduce siempre en actos de sus agentes o empleados, sin que sea dable separar la una de los otros; de modo que la falta de éstos trasciende a aquella actividad generando fallas o deficiencias en la organización y funcionamiento del servicio. Y en efecto, el daño producido en tales condiciones denuncia un mal funcionamiento de la administración pública por falla o defecto en su organización o deficiente coordinación de sus órganos o agencias, debiendo recaer la culpa de esas fallas o deficiencias en quien según las cir-

cunstancias los organiza y dirige, esto es, en el Estado o en alguno de sus organismos secundarios o autónomos. La falta (o sea, la culpa) de la administración resulta así de la falta, conocida o anónima, de los encargados de mover la actividad del servicio, en atención a que la culpa de éstos determina errores o deficiencias en el mecanismo administrativo atribuibles a la organización general. Y es que dado el contenido fundamental de protección y garantía de los derechos de la persona humana que al Estado corresponde conforme a claras disposiciones de la Constitución, no es de concebir que los servicios públicos actúen en condiciones de lesionar aquellos derechos, cualquiera que sea la causa mediata del perjuicio, contraviniendo no sólo la ley del servicio sino el deber primario del Poder Público en lo que concierne a aquella protección. Nótese que ya desde 1896, en la sentencia de 22 de octubre, la Corte vio en ese cometido una razón de ser de la responsabilidad de la administración pública 'por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios'.

"14. De estas premisas se deduce que la responsabilidad extracontractual del Estado es por lo general directa y que carece de toda base, por lo tanto, la teoría que distingue entre órganos al través de los cuales se manifiesta la voluntad estatal y agentes que apenas ejecutan esa voluntad, para el efecto de discernir la responsabilidad directa de la indirecta según que la culpa pueda atribuirse a aquéllos o a éstos, con mira a aplicar por analogía el principio contenido en el artículo 2347.

"...16. Ahora bien: El Título XXXIV del Libro 4º del Código Civil organiza el sistema de la responsabilidad delictual y cuasidelictual mediante regulaciones concretas de casos particulares, a la vez que por el método de la regla general destinada a recoger los no comprendidos en los preceptos que reglamentan situaciones específicamente determinadas. Es así, que el artículo 2341, al consagrar el principio general de que quien causa daño a otro por su culpa debe repararlo, recoge también todos los casos de responsabilidad no comprendidos específicamente en otras disposiciones, teniendo por tanto el carácter de regla complementaria en cuanto prescribe el régimen general a que se sujetan los casos no previstos de manera concreta. De modo que si por las razones que se dejan expuestas debe entenderse que la responsabilidad del Estado no es asimilable a la especial que regulan los artículos 2347 y 2349, pero que en cuanto persona moral debe responder de las faltas del servicio conforme al Código Civil, su responsabilidad corresponde a la que por vía general o complementaria reglamenta el artículo 2341, sin que esta solución signifique disociar los elementos estructurales del sistema y romper su unidad para aplicarlo apenas parcialmente, con preterición de algunas de sus disposiciones, ya que la función de la regla complementaria es precisamente completar el sistema mediante la reglamentación de todas aquellas situaciones que no pueden ser ubicadas en el cuadro de los preceptos que regulan casos específicos; y sin perjuicio, por lo demás, de la acción que el Estado pueda tener contra el autor material para la reparación del daño que se le haya causado en su patrimonio, pues si bien él con la falta del servicio se hace responsable frente a la víctima, el agente también lo es frente a ésta y frente al Estado por su culpa conforme a las normas constitucionales y legales que consagran la responsabilidad de los funcionarios. El deber jurídico de resarcir al servicio los perjuicios que le causen sus agentes se halla claramente establecido en el artículo 20 de la Carta que hace a los funcionarios responsables por la infracción de la Constitución y de las leyes y por extralimitación de funciones u omisión en el ejercicio de éstas, sin que pueda entenderse que tal responsabilidad no se extiende a los daños de orden patrimonial que el Estado sufra por actos u omisiones de sus empleados".

3. La Sala de Casación Civil, el mismo 30 de junio de 1962, dijo en la sentencia que puso fin al juicio promovido por Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá:

"(...) 19. La responsabilidad de la Administración, conforme a la tesis de las 'fallas del servicio', quedó según la doctrina expresada, caracterizada en lo general, en los términos siguientes, sin perjuicio de las precisiones que este fallo le introduce más adelante".

"a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la 'falla del servicio', o culpa de la Administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

"(...) e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la Administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquélla;

"(...) h) La Corte ha sustentado esta doctrina en el artículo 2341 del Código Civil, base de la responsabilidad extracontractual directa.

"No se trata de responsabilidad 'objetiva', pues reposa en el factor *culpa*, cuya raíz se halla en la referida misión del Estado; ni tampoco de la teoría del 'riesgo creado', que es responsabilidad objetiva que algunos defienden para los casos de las actividades peligrosas. Respecto de éstas la jurisprudencia nacional tiene establecidas presunciones de culpa, expuestas a ser desvirtuadas mediante la demostración de uno de los hechos exceptivos que admite la doctrina".

4. La culpa de la Nación la encontró plenamente establecida el Tribunal con las declaraciones de Otilio Rico Bautista, Guillermo Carrillo y José María García, quienes en el correspondiente término de prueba se ratificaron en las declaraciones rendidas sobre el accidente provocado por Moreno Garibello, quien, conduciendo un pesado vehículo, oficial en estado de embriaguez y violando reglamentos de tránsito, chocó contra el taxi de la demandante Edilma de Martínez, inutilizándolo. Además figura la condenación que recayó contra Moreno Garibello en el aludido proceso penal que se le siguió con base en dicho accidente. Anota el señor Procurador Delegado, que tal condena habría sido suficiente para demostrar la actividad culposa del citado empleado público (calidad que resulta establecida con los documentos que corren a folios 61 y 62 del cuaderno Nº 1), a tenor del artículo 29 del Código de Procedimiento Penal. Respecto a este precepto ha dicho la Corte: "Es justificada la norma contenida en el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo cuando la controversia civil se suscita entre quienes fueron partes en el juicio penal, que cuando ocurre con personas extrañas a dicho proceso; pues así como los motivos de una disposición sirven para medir su alcance, de igual manera la necesidad de impedir sentencias contradictorias sirve para determinar el del artículo 29 citado...". (Sentencia de Sala Plena de 6 de diciembre de 1951, G. J., Tomo LXX, Nº 2107/8, pág. 736).

5. Por lo que hace a la alegación del señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, de que Moreno Garibello cometió una falta personal que no compromete la responsabilidad de la Nación, se observa: el que dicho empleado público hubiera estado conduciendo un vehículo oficial en estado de embriaguez no es el único elemento de hecho configurador de la culpa o falta de servicio atribuida a la Administración, pues ella resulta, en el pensamiento del Tribunal, de la circunstancia de que un chofer oficial haya podido conducir un vehículo del Ejército en dicho estado de embriaguez. Agrégase que no se trataba de un vehículo ordinario, sino de un camión de diez ruedas, o sea, de gran tamaño y peso, poseedor por consiguiente, de una especial peligrosidad, derivada de su mayor capacidad de daño en caso de choques. Realmente una buena organización de los servicios del Ministerio de Guerra es incompatible con toda posibilidad de que un vehículo de esa clase pueda ser utilizado en forma tal que su conductor pueda dedicarse a ingerir licor y a exponerse a violar los reglamentos del tránsito urbano, causando daños en personas y propiedades.

Por otra parte, es cierto que el profesor George Vedel, de la Universidad de París, uno de los más modernos expositores de Derecho Administrativo, presenta en su "Droit Administratif" la gravedad de la falta como criterio para reconocer la culpa personal, por oposición a la del servicio, junto con el de la intención, y que como ejemplo a aquélla cita el caso de conducir en estado de embriaguez, fallado por el Consejo de Estado francés; pero también es verdad que más adelante expone que la Administración puede responder también de los daños causados por faltas personales de sus funcionarios, cuando no están totalmente desvinculadas del servicio, según doctrina del Tribunal de Conflictos. De manera que dentro de este orden de ideas se tendría que Moreno Garibello, cuando por su culpa en la conducción del camión del Ejército, chocó contra el taxi de Edilma Rozo de Martínez, destruyéndolo y lesionando a su chofer Otilio Martínez Téllez, realizaba una actividad no totalmente desvinculada del servicio, comoquiera que el hecho de estar conduciendo un vehículo de las especiales características del que conducía hace suponer que estaba actuando en alguna forma en función oficial. En el proceso penal quedó establecido que regresaba de llevar a su casa a un funcionario del Ministerio de Guerra. Por otra parte no debe perderse de vista que la culpa de la Nación se ha hecho derivar de la deficiente organización del Ministerio de Guerra, según se indicó ha poco.

6. Con relación a las excepciones debe observarse que en puridad de verdad el señor Fiscal no alegó propiamente la excepción de cosa juzgada, como estimó el Tribunal, a lo menos en el sentido clásico de la expresión, sino algo un tanto diferente, a saber: que por haber ejercido los demandantes en el proceso penal la acción civil para el resarcimiento de los daños causados por el ilícito, no podían luego pedir la misma indemnización en un proceso civil, porque, a su juicio, lo impide el precepto del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal.

Ante todo debe anotarse que habiendo sido encausado y condenado Moreno Garibello exclusivamente por el delito de lesiones personales irrogadas a Otilio y otros, el anterior medio exceptivo sólo puede entenderse aducido respecto a este demandante y no con relación a Otilia de Martínez, cuya acción se fundamenta en la destrucción de un bien de su propiedad, el taxi contra el cual chocó el camión oficial conducido por el citado Moreno Garibello.

En todo caso, la aludida defensa debe ser rechazada, por las siguientes consideraciones:

Aunque no lo dice expresamente, no puede negarse que la obvia interpretación del citado artículo 25 del Código de Procedimiento Penal conduce a la tesis jurídica sostenida por el señor Fiscal. Sin embargo una sana interpretación de un precepto no puede hacerle decir cosa distinta de la que fluye de su natural sentido o que abiertamente conduzca a una solución contraria a la equidad natural. Está bien que quien se hizo parte civil en un proceso penal no pueda luego, desconociendo la condena que al pago de perjuicios se hizo en aquél, instaurar una acción civil con la misma finalidad indemnizatoria. Pero es cosa distinta que quien obtuvo tal condena en el proceso penal pueda demandar luego ante los Jueces civiles a un tercero a quien considera responsable de los daños que la conducta del delincuente le hubiere inferido. Otilio Martínez se hizo parte civil en el proceso penal que se le siguió a Moreno Garibello por las lesiones que irrogó a aquél y a dos personas más que viajaban en el taxi, y en tal proceso el último fue condenado a pagar los correspondientes perjuicios. Pero en el presente juicio civil la parte demandada no es Moreno Garibello, sino la Nación, cuya responsabilidad civil quedó comprometida por el hecho culposo del citado reo convicto. Encontrada responsable la Nación de los perjuicios causados por el proceder irregular de su empleado Moreno Garibello, quedó establecida una solidaridad entre uno y otra en relación con la indemnización de los daños, según la doctrina expuesta al principio. Ahora bien, de conformidad con el artículo 1572 del Código Civil, la demanda instaurada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte que hubiere sido satisfecha por el demandado. De consiguiente, si Otilio Martínez demandó a uno de los deudores solidarios en el proceso penal, pero no ha obtenido, según se logró comprobar con certificación del señor Juez 8º Penal del Circuito, expedida en virtud al auto para mejor proveer, el pago de suma alguna por ese concepto, es claro que quedó en libertad para obtener ese pago, mediante el presente juicio, del otro deudor solidario: La Nación.

7. En cuanto a la excepción de prescripción, es claro que, como anotó el Tribunal, resultando comprometida en forma directa o primaria la responsabilidad de la Nación, y no en forma indirecta, no puede tener aplicación en el presente caso el inciso segundo del artículo 2358 del Código Civil.

8. Procedió bien, pues, el Tribunal al declarar responsable a la Nación de los perjuicios sufridos por los demandantes.

9. En la sentencia, como se vio, se hace una condena "in génere" al pago de los perjuicios materiales, dejando la regulación de su importe para el incidente contemplado por el artículo 553 del Código Judicial.

10. Por lo que respecta a Edilma Rozo de Martínez decidió que debía pagársele por daño emergente, la suma correspondiente al valor que tenía el taxi el día del accidente, con deducción de los $ 500.00 que recibió del señor Gustavo Gómez como precio de la venta que le hizo de los despojos del vehículo, y por lucro cesante, los intereses legales de dicha suma.

Con relación a lo primero nada hay que objetar, y ninguna observación hizo el apoderado de los demandantes.

11. Por lo que hace al lucro cesante alega dicho apoderado que su indemnización "no puede ser otra que el valor del producido del automóvil del servicio público, regulado por peritos idóneos que indiquen, de manera cierta, cuál hubiera sido ese producido diario, por cada mes, y por cada anualidad, o bien el dinero necesario para el sostenimiento de un hogar de la clase social de los demandantes, compuesto del padre, la madre y una hija".

El Tribunal fundamentó su decisión sobre lucro cesante en las siguientes consideraciones: "...La demandante Rozo de Martínez lo hace consistir en la ganancia o utilidad que dejó de recibir a consecuencia de la destrucción de su vehículo. Acontece, sin ambargo, que como por razón de la destrucción total de dicho vehículo la obligación a cargo de la Nación era la de pagarle su valor, el lucro cesante no está representado por las ganancias que dejó de recibir la demandante, sino por los intereses legales de la cantidad que debió pagarle la Nación como daño emergente, de acuerdo con el principio que informa el artículo 1617 del Código Civil... Si la obligación de la entidad demandada era la

de pagar el valor del vehículo destruido, su incumplimiento produce los efectos previstos en la norma citada, o sea el pago de los intereses legales de la cantidad adeudada. En este sentido ha de resolverse la súplica sobre pago del lucro cesante".

A juicio de la Sala carece de razón el apoderado de los demandantes. En efecto: si la Nación hubiera querido cumplir con la obligación de indemnizar a la demandante tan pronto surgió tal obligación, o sea, inmediatamente de ocurrido el accidente, le habría entregado a aquélla, en ese momento, una suma de dinero equivalente al valor que el vehículo tenía al ser destrozado, con lo cual la deuda habría quedado saldada, en su totalidad. No se ve entonces por qué el demorado cumplimiento de esa obligación deba ser indemnizada en forma distinta a como se indemniza toda tardía prestación obligacional consistente en la entrega de dinero, o sea, con el reconocimiento de intereses.

Cabría también hacer la siguiente reflexión: siendo el taxi para su dueña un instrumento de trabajo que le producía determinadas utilidades netas diarias, y que se las habría seguido produciendo hasta cuando, por efecto del desgaste natural, quedara inservible, una justa y total indemnización consistiría entonces en el pago del monto de esas utilidades, desde el día del siniestro hasta cuando llegara la fecha normal de su inutilización. Esto es evidente. Por consiguiente si al valor del vehículo a la fecha de su destrucción se le suma el monto de las utilidades que en lo futuro habría percibido su propietaria, como pretende el apoderado de Edilma, es obvio que se estaría reconociendo una indemnización por demás desproporcionada.

De otra parte, resulta mucho más fácil calcular el valor de un vehículo en determinado momento, y reconocer intereses desde ese entonces sobre la correspondiente suma, que determinar las utilidades netas de un vehículo durante todo el período posterior de su progesivo desgaste y consiguiente acrecentamiento de los costos de mantenimiento.

En cuanto a la pretensión subsidiaria de que se pagara por lucro cesante el dinero suficiente para el mantenimiento de un hogar como el formado por los demandantes, no se alcanza a comprender su justificación, y para rechazarla basta anotar que el taxi era para los demandantes un medio de obtener ingresos, pero no el único de que pudieran disponer, y que dichos demandantes no quedaron imposibilitados para dedicarse a otras actividades económicas.

12. En cuanto a los perjuicios materiales sufridos por Otilio Martínez Téllez, el Tribunal condenó al pago del "valor de los gastos médicos, hospitalarios y farmacéuticos que hubo de hacer con motivo del accidente de que fue víctima así como el lucro cesante proveniente de este mismo hecho, los cuales se fijarán mediante el procedimiento señalado en el citado artículo 553 del Código Judicial y teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva de esta providencia".

El apoderado de Otilio pide que se modifique la base de 25 días que se señaló en la parte motiva de la sentencia para computar el lucro cesante, considerando que de hecho su patrocinado estuvo más tiempo incapacitado.

Sobre el particular se considera: como bien es sabido, lo que puede dejarse para ser regulado mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial es la fijación en suma líquida de dinero del importe de la indemnización debida por los perjuicios causados al demandante y sobre cuyo pago se haya decidido en la sentencia. Pero el acaecimiento del perjuicio, su producción real, como extremo básico que es de la acción, debe quedar plenamente acreditado en el plenario. En la primera instancia quedó probado, mediante certificado de los médicos legistas que atendieron a Otilio Martínez, que éste tuvo una incapacidad definitiva de 25 días, y por ello el Tribunal no pudo menos que reconocer ese hecho. Por otra parte esa incapacidad definitiva de 25 días fue afirmada por el demandante entre los fundamentos de la acción (hecho 18) con transcripción del correspondiente certificado, por lo que mal habría podido desconocer esa realidad procesal el juzgador sin violar el principio contenido en el artículo 593 del Código Judicial, que le impide apreciar hechos distintos de los expuestos como fundamentos de la demanda. En consecuencia no puede modificarse la base de 25 días de incapacidad señalada para el reconocimiento de los perjuicios recibidos por Otilio Martínez como lucro cesante.

13. En lo atinente a los perjuicios morales subjetivos, las condenas que hizo el Tribunal se basaron en que "no cabe la menor duda, dada la forma como se sucedieron los hechos, las heridas recibidas por Otilio, su hospitalización, la desfiguración facial que sufrió y la destrucción total de su único medio de subsistencia, tuvieron necesariamente que producir en los demandantes una gran aflicción, dados los vínculos afectivos y económicos que los ligaban, y como esa pena o aflicción es un hecho que emana de la misma naturaleza humana, su existencia se impone al sentenciado con caracteres de certidumbre". Sobre lo cual ninguna objeción hay que hacer.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confírmase la sentencia apelada.
Sin costas.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

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

Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PERDIDA DE MERCANCIAS DEPOSITADAS EN LA ADUANA

Reembolso y conversión de moneda extranjera.

La responsabilidad del Estado, por la pérdida de las mercancías depositadas en las bodegas de la Aduana, está expresamente consagrada en el artículo 2º del Decreto número 630 de 1942, que sustituyó al Art. 55 del Código de Aduanas.

La conversión de la moneda extranjera a la nacional se hará al tipo de cambio vigente en la fecha de la presentación del respectivo manifiesto de aduana o de la entrega de la mercancía a la Aduana Interior de Bogotá.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Bogotá, noviembre 26 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal, se procede a revisar la sentencia de fecha 11 de diciembre de 1963, según la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a la Nación "al pago en favor de la parte actora de las cantidades de $ 57.832.14 y $ 14.604.86 y los intereses legales de las mismas cantidades desde cuando se hicieron exigibles, o sea el 4 de julio de 1960 en que fueron recibidas las mercancías mencionadas, hasta cuando el pago se verifique". (Fs. 37, C. Nº 1º).

La sentencia citada se dictó en el juicio ordinario que, por medio de apoderado, adelantó la Aseguradora Mercantil S. A., contra la Nación, con fundamento en los siguientes hechos:

"a) Por medio de licencias de importación, que tienen los números 00443 y 022010 de 1960, las firmas comerciales 'Emilio Mettler y Cía.' y 'Ciba Colombiana S. A.', respectivamente importaron doscientos cincuenta relojes marca 'Omega' y dos cajas con tres mil frascos del producto farmacéutico 'Entobex'.

"b) Dichos productos o mercancías, fueron comprados a las casas fabricantes Omega-Louis-Brandt y Frère S. A. de Bienne y Ciba S. A. de Basilea, quienes las despacharon a los compradores en forma regular.

"c) Fue así como llegaron a esta ciudad de Bogotá (Aeropuerto Eldorado), el día 4 de junio de 1960 los primeros y el día 4 de julio del mismo año las segundas.

"d) En la misma fecha anterior, fueron aforadas por la Aduana Interior de Bogotá.

"f) Una vez aforadas y recibidas por la Aduana Interior, éste las guardó en sus dependencias que denominan 'Bodega Rejas', es decir, quedaron depositadas bajo su responsabilidad, en la forma acostumbrada legalmente.

"g) Al reclamar sus mercancías los propietarios, la Aduana Interior de Bogotá les manifestó que se habían perdido, o sea, que se las habían robado de allí.

"h) Toda la mercancía relacionada anteriormente, estaba amparada o asegurada contra robo por la empresa que yo represento en esta demanda.

"i) En tal virtud, mi mandante pagó el valor de ellas a las firmas propietarias.

"j) Esos pagos se efectuaron de la siguiente manera: a Emilio Mettler y Cía., por doscientos cincuenta relojes marca Omega, la suma de $ 57.832.14 (sic) según liquidación de siniestro y recibo del beneficiario. A Ciba Colombiana S. A., por dos cajas con tres mil frascos de Entobex $ 14.604.87, según liquidación de siniestro y recibo del beneficiario.

"k) Las sumas anteriores, no han sido cubiertas por la Nación a mi representado, no obstante de ser ella la directamente responsable de la pérdida". (Fs. 25 y 26, C. Nº 1º).

El Tribunal en la sentencia revisada, después de referirse a los presupuestos procesales, exceptuando el de acumulación de acciones, respecto del cual nada dijo, examinó las pruebas presentadas para encontrar probada la responsabilidad de la Nación en la pérdida de las mercancías, como también la cuantía del reembolso o reintegro que debe hacer a la sociedad aseguradora, demostrado con el documento o liquidación del siniestro emanado de la parte demandante, pues en el fallo se lee:

"Finalmente, con las actas del Departamento de Transporte de la 'Aseguradora Mercantil S. A.', Nos. 1-018/60, 1-020-A/60, 1-031/60, 0-085/60 y 0-150/60, queda probado que la sociedad actora, por robo en las bodegas de la Aduana Interior de Bogotá 'Eldorado' de las mencionadas mercancías despachadas por 'Omega-Louis y Frère S. A.' y 'Ciba S. A.', pagó a sus destinatarios-cedentes las cantidades de $ 57.832.14 y $ 14.604.84, o sean, las demandadas". (Fs. 36 a 36 vto. ib.).

Para revisar en el fondo la sentencia apelada por el Fiscal del Tribunal *a quo*, se deben examinar estas dos cuestiones: a) La pérdida de la mercancía importada por Emilio Mettler & Cía. y Ciba S. A.; b) La cuantía, valor o monto que la Nación debe reembolsar a la compañía aseguradora del siniestro.

Desde luego, con los certificados de rigor se ha demostrado la legal existencia de las sociedades que intervienen en este proceso: Emilio Mettler & Cía. y Ciba S. A., importadoras damnificadas, y Aseguradora Mercantil S. A., en su condición de cesionaria por haber pagado los siniestros a las compañías citadas (cuaderno Nº 3).

La responsabilidad del Estado, por la pérdida de las mercancías depositadas en las bodegas de la Aduana, está expresamente consagrada en el artículo 2º del Decreto número 630 de 1942, que sustituyó al artículo 55 del Código de Aduanas. En efecto, en la disposición vigente se lee: "...el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o el abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal de almacenaje".

El recibo de la mercancía por la Aduana Interna, como su pérdida, se han establecido con las siguientes certificaciones, respecto de cada una de las compañías damnificadas:

"Aduana Interior de Bogotá —Sección Almacenes— Bogotá, julio 28 de 1960. En cumplimiento al auto número 2681, el suscrito almacenista informa: que dos cajas correspondientes al manifiesto número 02865 para el señor Emilio Mettler el 15 de junio próximo pasado fueron perdidas por robo en la Bodega Reja de la Aduana. Estas piezas fueron aforadas el día 4 de julio último". (Fs. 12 vto., C. Nº 1º).

Respecto de la pérdida de las drogas exportadas por Ciba S. A., aparece esta certificación:

"Aduana Interior de Bogotá —Almacén General—. Bogotá, julio diez y seis de mil novecientos sesenta. En cumplimiento a lo ordenado en el auto número 115 del señor Subadministrador, el suscrito almacenista informa, que las dos cajas, marcadas con el número 08516-68907 a que se refiere el memorial de 'Ciba' el 14 de los corrientes, y el manifiesto adjunto número 03276 no han sido localizadas en las bodegas de la Aduana. El suscrito deja constancia de que estas cajas fueron recibidas el día 4 de julio de 1960, y que fueron colocadas según constancia en la guía adjunta, en el local conocido con el nombre de Reja". (Fs. 21 ib.).

Además, respecto de la importación de relojes con destino a Emilio Mettler & Cía., se hallan los siguientes documentos:

a) La factura comercial de Omega número 9484 de 20 de mayo de 1960, en la cual consta las distintas clases de relojes importados, por un valor total de US$ 5.723.39;

b) La guía para el transporte aéreo de los relojes de fecha 8 de julio de 1960, emitida por Intra-Mar Shipping Corp. (Colombia Ltda.);

c) El documento de embarque de la compañía Air France;

d) El manifiesto de importación número 02865 presentado el 15 de julio de 1960, en el cual, sin embargo, no aparece la conversión de la moneda extranjera a la nacional al tipo de cambio vigente en la dicha fecha.

Con los documentos examinados, en cuanto concierne a la firma importadora Emilio Mettler & Cía., quedan debidamente probados los extremos necesarios para decretar el reembolso en la cuantía que se fijará de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, como se dirá más adelante.

Respecto de las drogas exportadas por Ciba S. A., con destino a Ciba Colombiana S. A., aparecen los siguientes comprobantes:

a) La factura comercial de Ciba S. A. de Suiza número 03276 de 4 de julio de 1960, en la cual aparece el valor de las drogas fijado en la suma de US$ 1.650;

b) La guía de transporte que se halla refrendada por el Cónsul de Colombia en Berna el 29 de junio de 1960.

Aun cuando no se han presentado más documentos respecto de las drogas sustraídas, con la certificación del almacenista jefe, antes copiada, se demuestran los elementos necesarios para dar por probada la pérdida de aquéllas.

Respecto de la cuantía del reembolso, la sentencia apelada se fundó, únicamente, en la liquidación o liquidaciones practicadas por la compañía aseguradora, en las cuales se incluyeron gastos que no corresponde pagar a la Nación, como los hechos en forma voluntaria para dar con las mercancías sustraídas o perdidas, mediante avisos publicados en la prensa, pago de investigaciones particulares, etc.

Como por las razones expuestas la condena no puede hacerse por una cantidad precisa o líquida, se hará en abstracto para que se fije por el procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial con fundamento en las siguientes bases:

a) Se incluirá el valor de las mercancías importadas con fundamento en la factura comercial visada o refrendada por el Cónsul de Colombia en el país de origen;

b) Los fletes y demás gastos hechos para el transporte de la mercancía del país de origen a Bogotá, debidamente comprobados;

c) Los impuestos que se hubiesen *pagado* con base en la respectiva liquidación oficial.

La conversión de la moneda extranjera a la nacional se hará al tipo de cambio vigente en la fecha de la presentación del respectivo manifiesto de aduana o de la entrega de la mercancía a la Aduana Interior de Bogotá.

En mérito de 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, *reforma* la sentencia apelada por el Fiscal, para condenar a la Nación a pagar a la Aseguradora Mercantil S. A., los perjuicios ocasionados por la pérdida de las mercancías antes especificadas, en su calidad de cesionaria de Emilio Mettler & Cía. y Ciba Colombiana S. A., por el valor o cuantía que se determinará por el procedimiento previsto en el artículo 553 del Código Judicial y de conformidad con las bases fijadas en la parte motiva de este fallo.

La cuantía de la condena o liquidación no podrá exceder, en ninguno de los dos casos, de la señalada en la sentencia revisada.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las cancelaciones de rigor.

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

Jorge García Merlano, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

COMUNIDAD

Quiénes la representan tanto por activa como por pasiva. — Petróleos. — La propiedad del inmueble objeto de la oposición, como elemento indispensable para la prosperidad de la acción.

1. Como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos, los comuneros a título universal o singular, pueden comparecer en juicio en defensa de los intereses o derechos de la comunidad, a la cual, sin ser una persona jurídica, representan por activa como por pasiva, con las limitaciones que la doctrina indica, pues en el fondo, a través de la comunidad, se hacen valer los derechos que el causante transmite a sus herederos, conforme lo dice el artículo 1008 del Código Civil. Si el causante podía ejercitar la acción de oposición a la propuesta de contrato, también sus causahabientes o herederos pueden hacerlo, sin que pueda alegarse que falta el presupuesto procesal de "capacidad para ser parte", porque, se repite, si bien la comunidad universal o a título singular, no son personas, en tales juicios los verdaderos sujetos del derecho son los herederos del causante que lo suceden como personas físicas o naturales capaces de ser sujetos de derechos.

2. Uno de los elementos necesarios para la prosperidad de la acción de oposición se refiere a la propiedad actual del inmueble, objeto de la exclusión, para lo cual la parte demandante debe presentar los títulos necesarios para comprobar su derecho, en un lapso igual al de la prescripción extraordinaria y su actual vigencia conforme debe aparecer del respectivo certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Bogotá, noviembre 27 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

Alicia Gómez de Arbeláez y María Gladys Arbeláez de Bernate, por medio de sus apoderados y en representación de la sucesión ilíquida de Federico Arbeláez, la primera como cónyuge supérstite y la segunda como heredera, en su calidad de hija legítima, demandaron a la Nación en juicio ordinario de única instancia, sobre propiedad del subsuelo del inmueble Tavera, para lo cual presentaron dos libelos con ocasión de las dos propuestas formuladas por la International Petroleum y la Texas Petroleum Company, distinguidas con los números 661 y 829, respectivamente; sin embargo, promovido el incidente de acumulación con fundamento en el numeral 1º del artículo 398 del Código Judicial, fue decretado por auto de 22 de febrero de 1962 para que se adelantaran en un solo proceso que se procede a resolver en este fallo, una vez que la tramitación se ha agotado normalmente.

Propuesta número 661. En el primer libelo, el apoderado de las actoras solicitó se hicieran las siguientes declaraciones, en cuanto atañe a la propuesta de contrato número 661:

"*Primera principal.* Que la sociedad conyugal en liquidaciónn, Federico Arbeláez-Alicia Gómez y la sucesión de Federico Arbeláez, son los propietarios actuales del petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse dentro de un lote de terreno, que se halla cobijado por la propuesta número 661, globo de terreno que hace parte de la finca de 'Tavera', ubicada en jurisdicción del Municipio de Venadillo del Departamento del Tolima, de acuerdo con los títulos y documentos de propiedad que presento y con los que oportunamente aduciré dentro del término de prueba". (Fs. 32, C. Nº 1º-A).

A continuación se expresan las lindes de cada uno de los lotes que integran el inmueble llamado "Tavera", ubicado en el Municipio de Venadillo, Departamento del Tolima, con indicación de su cabida y nominados, los principales, Tavera y Aposentos, dividido éste en los llamados El

Piluma y Ovejeras y otro también conocido como Tavera.

En las otras súplicas se pidió:

"*Segunda principal.* Que en consecuencia, el Gobierno Nacional, no puede contratar la exploración y explotación del petróleo y sus derivados, que puedan encontrarse dentro del lote que hace parte de la finca 'Tavera' y que se halla cubierto por la propuesta número 661 y que por tanto, debe excluir del contrato que llegue a celebrarse con la International Petroleum (Colombia) Limited o con sus cesionarios a cualquier título, el suelo y subsuelo del lote de la finca 'Tavera' cubierto por la propuesta 661.

"En subsidio y para el caso de que la petición primera no llegare a prosperar, solicito que se declare:

"*Primera subsidiaria.* Que es propiedad particular de la sociedad Federico Arbeláez-Alicia Gómez y de la sucesión de Federico Arbeláez, representada por mis poderdantes Alicia Gómez viuda de Arbeláez y María Gladys Arbeláez Gómez, por haberlo adquirido por justa prescripción, con anterioridad al 28 de octubre de 1873 mediante actos de explotación económica ejercitada desde tiempo inmemorial conforme a las leyes vigentes durante la Colonia y bajo la República, el petróleo y sus derivados que se encuentren o puedan encontrarse en el lote de terreno cubierto por la propuesta número 661 y que hace parte de la finca de 'Tavera', ubicada en jurisdicción del Municipio de Venadillo del Departamento del Tolima, finca que aparece alindada en la petición primera principal de esta demanda". (Fs. 33 vto. a 34 ib.).

Los hechos invocados como fundamento de la acción de oposición a la memorada propuesta de contrato, pueden resumirse así:

Los hechos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º se refieren al estado civil de las actoras por el matrimonio contraído por el causante Federico Arbeláez con Alicia Gómez Hoyos; al nacimiento de su hija María Gladys; al fallecimiento de aquél el 10 de febrero de 1959 y a las providencias judiciales del Juzgado 9º Civil del Circuito de Bogotá mediante las cuales se reconoció, a la una, su condición de cónyuge sobreviviente y a la otra la de heredera como hija legítima.

Desde el 6º hasta el 11, inclusive, se hace la relación de los títulos de adquisición de los distintos lotes que forman actualmente la hacienda Tavera, con más de 900 hectáreas, adquiridos por el causante Federico Arbeláez y cuyas escrituras fueron presentadas y enumeradas en la demanda, como puede verificarse de folios 35 vto. a 45 del cuaderno número 1º-A.

En los otros hechos se lee:

"*Decimosegundo.* A partir de las adquisiciones mencionadas en el hecho anterior, hacia atrás, las que cubren mucho más del período de 20 años de prescripción, hay igualmente una cadena de títulos que acreditan la tradición de las tierras de 'Tavera' y su explotación económica, títulos que relaciono al final y acompaño a esta demanda.

"*Decimotercero.* Las tierras de 'Tavera' formaron parte de un globo de mayor extensión que salió del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, título que en la época en que se concedió, conllevaba el dominio del suelo y del subsuelo de las tierras por él cubiertas. Dicho título es la *merced* de una estancia de ganado mayor concedida por el Cabildo de Tocaima a don Gaspar Ponce de León el 10 de noviembre de 1605. *Confirmada* después por el Gobernador del Nuevo Reino, don Juan de Borja el 20 de mayo de 1616. La *mensura* de estas tierras fue hecha por el Alcalde de Tocaima don Francisco Ortiz Carvajal entre los días 4 de septiembre de 1625 y el 6 de septiembre de 1625 y de ella se le dió *posesión* a Gaspar Ponce de León por el mismo Alcalde Francisco Ortiz Carvajal el día 6 de septiembre de 1625.

"*Decimocuarto.* Como el señor Federico Arbeláez era en el momento de su muerte el propietario de la finca 'Tavera', dicha finca hace hoy parte de los bienes de la sociedad conyugal Arbeláez-Gómez, que está en liquidación y la representa la cónyuge sobreviviente Alicia Gómez de Arbeláez; y de los bienes y derechos de la sucesión del cónyuge fallecido, señor Federico Arbeláez que los representa su hija legítima y heredera María Gladys Arbeláez Gómez. Ambas condiciones se hallan reconocidas por el Juzgado Noveno Civil del Circuito que adelanta la sucesión intestada del señor Federico Arbeláez.

"*Decimoquinto.* El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución número 0034 de 16 de enero de 1959 aceptó la propuesta número 661 presentada por la International Petroleum (Colombia) Limited para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional, dentro de un lote de terreno ubicado en jurisdicción de los Municipios de Alvarado, Piedras y Venadillo en el Departamento del Tolima. Y el extracto de esta Resolución se halla publicado en el Diario Oficial número 29949 de 15 de mayo de 1959.

"*Decimosexto.* De acuerdo con los linderos que aparecen en el extracto de la publicación del Diario Oficial antes citado, y con el plano de

la misma propuesta número 661, el lote de terreno objeto de esta propuesta se superpone parcialmente sobre la finca 'Tavera' de propiedad de la sociedad conyugal Arbeláez-Gómez y de la sucesión del señor Federico Arbeláez.

"*Decimoséptimo*. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto número 3050 de 1956, esta demanda se presenta en tiempo oportuno, o sea dentro del año contado a partir de la publicación del extracto de la Resolución que acepta la propuesta en el Diario Oficial número 29949 de 15 de mayo de 1959". (Fs. 35 a 35 vto. ib.).

En derecho invocó los artículos 5º y 34 del C. de P.; artículo 2º del Decreto 3050 de 1956; leyes de 6 de agosto y 13 de octubre de 1821 y las Constituciones expedidas en los años de 1858, 1869 y 1866, según así se lee en el libelo.

El Procurador 2º Delegado en lo Civil, en representación de la Nación contestó la demanda, en lo sustancial, así:

"Manifiesto que me opongo a que se hagan las declaraciones incoadas, porque no hallo que ellas tengan asidero en derecho ni que se apoyen en hechos pertinentes debidamente comprobados. En lo concerniente a estos hechos enumerados en el libelo como fundamentales, me atengo a los que resultaren debidamente comprobados, y a su vez se contraprobarán algunos. No admitidos como comprobados estos hechos, no son admisibles tampoco las razones de derecho que se dice asisten a la parte actora. Los documentos que fueron allegados con el libelo de demanda, tengan el valor legal que les corresponde (Arts. 207 y 597 del C. Judicial)". (Fs. 56 ib.).

Propuesta número 829. Las mismas actoras presentaron una posterior demanda de oposición, en relación con la propuesta de contrato número 829, hecha por la Texas Petroleum Company, por cuanto afectaba o comprendía otra parte del predio "Tavera", la cual es del todo innecesario reproducir, porque se trata de peticiones y hechos iguales a los de la primera, salvo en cuanto concierne al número de la propuesta y al *área* que comprende del inmueble "Tavera", con la adición del aparte séptimo A., que indica cómo adquirió el dominio el tradente Saúl Parra Arteaga.

El Procurador 2º Delegado en lo Civil, en la contestación de la demanda, se expresó en términos similares a los antes transcritos, lo cual dispensa de una más minuciosa referencia.

Hecha la síntesis de las pretensiones de la parte actora, se procede a dictar el fallo correspondiente, con fundamento en las consideraciones que se expresan a continuación.

1º La parte actora, para demostrar su personería con el fin de promover este juicio, además de las partidas sobre el estado civil, presentó copia de las siguientes providencias: del auto de 30 de abril de 1959, proferido por el Juez 9º Civil del Circuito de Bogotá, en el cual se ordena tener a Alicia Gómez de Arbeláez "como interesada en este juicio, en su calidad de cónyuge sobreviviente y quien opta por gananciales y acepta la herencia con beneficio de inventario"; y el de fecha 9 de mayo del año citado, proferido por el mismo Juez, según el cual "sin perjuicios de terceros, reconócese a la menor María Gladys Arbeláez Gómez como heredera del causante en su condición de hija legítima, quien acepta la herencia con beneficio de inventario".

Con las copias de las expresadas providencias, sin necesidad de hacer mención de las partidas presentadas, como la de matrimonio, nacimiento y defunción del causante, se ha demostrado la capacidad que tienen las actoras para promover este litigio, sobre la propiedad del subsuelo de un inmueble de la sucesión, tanto en orden a la sustitución procesal como en punto a la sucesión en la titularidad del derecho invocado, si realmente existiere.

Obviamente se comprende, como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos, que los comuneros a título universal o singular, pueden comparecer en juicio en defensa de los intereses o derechos de la comunidad, a la cual, sin ser una persona jurídica, representan por activa como por pasiva, con las limitaciones que la doctrina indica, pues en el fondo, a través de la comunidad, se hacen valer los derechos que el causante trasmite a sus herederos, conforme lo dice el artículo 1008 del Código Civil. Si el causante podía ejercitar la acción de oposición a la propuesta de contrato, también sus causahabientes o herederos pueden hacerlo, sin que pueda alegarse que falta el presupuesto procesal de "capacidad para ser parte", porque, se repite, si bien la comunidad universal o a título singular, no son personas, en tales juicios los verdaderos sujetos del derecho son los herederos del causante que lo suceden como personas físicas o naturales capaces de ser sujetos de derechos.

2º Título colonial. En el hecho decimotercero de la demanda, como título emanado del Estado, se invocó la merced hecha por el Cabildo de Tocaima a Gaspar Ponce de León el 10 de noviembre de 1605, confirmada por el Presidente Juan de Borja el 20 de mayo de 1616 y cuya mensura se llevó a efecto por el Alcalde de Tocaima Francisco Ortiz Carvajal en los días 4, 5 y 6 de septiembre de 1625, dejando al agraciado en posesión material de la estancia de ganado

mayor concedida y demarcada en la diligencia de mensura.

Para establecer este extremo se presentó copia de la merced expedida por el Director del Archivo Histórico Nacional (Fs. 26 a 31, C. Nº 1º-A), en la cual aparece que el 10 de noviembre de 1605 compareció ante el Cabildo de Tocaima Gaspar Ponce de León, quien manifestó: "...que ha más de treinta y ocho años que mi abuelo el capitán Gaspar Tavera, vecino que fue de esta ciudad, poseía y poseyó una estancia de ganado mayor en términos de esta ciudad, de la otra banda del río grande de la Magdalena, que empieza a correr desde la boca del río de Totare en el lugar que se juntan, corriendo el río abajo de la Magdalena, y aunque he procurado los títulos y pedimento de ella en los libros del Cabildo de esta ciudad, no los he hallado, por tanto a Vmds. pido y suplico se sirvan de me hacer merced de la dicha estancia, y mandarme dar título de ella porque poseo la dicha estancia...". (Fs. 26 ib.).

Aun cuando el Cabildo de Tocaima accedió a que se le expidiera nuevo título, en el año de 1616 el interesado solicitó la confirmación de la dicha merced al Presidente Juan de Borja, quien resolvió: "Por cuanto por petición que ante mí presentó don Gaspar Ponce de León, vecino de esta ciudad de Mariquita, me hizo relación que había más de cincuenta años que el Cabildo de lo de Tocaima había proveído a su abuelo el capitán Gaspar Tavera como uno de los primeros conquistadores y pobladores de ella, estancias para ganados y maíz en la parte y lugar que señalan los títulos de que hacía demostración que la una era en el Chorrillo y otra de pan coger allí junto. *Y otra de ganado mayor de esta banda del río Grande de la Magdalena que corre y se entiende desde donde entra el río de Totare en el dicho río Grande corriendo el dicho río hacia abajo orillas dél.* Y para poder usar de ellas con mayor justificación de más del título y posesión que de ellas tenía, me suplicó le hiciese merced de mandárselas confirmar, y por mí vistos los dichos títulos he tenido por bien de la aprobar y confirmar al dicho don Gaspar Ponce de León las estancias contenidas y declaradas en el dicho su pedimento y debajo de los linderos que en él se declaran y siendo necesario *se las proveo y doy de nuevo* para que las posea y goce como cosa suya propia". (Fs. 26 vto. a 27 ib.).

Previa petición del interesado Gaspar Ponce de León, el alférez Lope de Salcedo Xáuregui, Alcalde de Tocaima, comisionó al Regidor Francisco Ortiz Carvajal, para efectuar la mensura de la dicha merced y darle posesión material de ella, como así se lee en el Decreto de 1º de septiembre del año de 1625.

Notificados los colindantes, después de determinar que la mensura se llevaría a cabo con una cabuya o cuerda de sesenta varas (50,40 metros) de longitud y de que la estancia de ganado mayor tendría cien cabuyas por lado, o sea, seis mil varas (5,040 metros), los medidores Gabriel de Montalvo y Xacinto de Rivas comenzaron a llevar a efecto su trabajo, "...advirtiendo que la dicha estancia tiene por linderos el río Grande abajo y el río Totare arriba y que conforme a ellos se ha de hacer la medida...". (Fs. 29, C. Nº 1º-A); y luego dada la topografía del terreno, "...acordaron tomarla desde la boca del dicho Totare al río Grande abajo por la playa hasta pasar la longitud del dicho arcabual y la medida que ocupare se le quite de la frente de abajo quedando dicho arcabual y así se hizo y echando la cabuya desde la dicha boca de Totare por la playa del río Grande abajo fueron midiendo en presencia del dicho Alcalde y de mí el escribano y hubo diez y seis cabuyas de a sesenta varas hasta llegar al principio de la sabana que es donde se acaba un recodo que hace el dicho río Grande, enfrente de unas barrancas bermexas que están de la otra banda del dicho río...". (Fs. 29 a 29 vto., ib.).

En esta primera etapa, según la diligencia, midieron 16 cabuyas que convinieron en reducir a quince y continuaron aguas abajo del río Magdalena hasta completar las otras 85 que "...vinieron a acabarse de echar y cesó la medida por este frente dándose las dichas cien cabuyas en fin de un pantano y laguna de agua que está por bajo de la quebrada que llaman de Paquiló que por la otra banda entra en el dicho río Grande. Dáse por moxon fixo el dicho pantano que no puede faltar y por los sosquines (sic) que ha habido en la medida de alcabucos y vueltas del camino se le da una cabuya más, con lo cual se sale a lo llano y en la entrada del a la orilla del río, en un árbol, se hizo una cruz (†) por más señal...". (Fs. 29 vto. a 30 ib.).

Determinado sobre el terreno el límite oriental de la merced, al día siguiente procedieron a la mensura de oriente a occidente del costado norte, para lo cual "...tomaron el moxon en la cruz que quedó fecho en el árbol y desde él fueron echando la cabuya y midieron e yo el escribiano teniendo cuenta con la cantidad de cabuyas que se iban echando conforme al día antes y travesando la sabana por derecho...". Más adelante se dice que "...se acabaron las cien cabuyas en la cabecera y nacimiento de la quebrada que

llama de Timaná, donde se puso por señal en un cerrito un palo hincado...".

Terminada la mensura del costado norte, se trasladaron a las bocas del río Totare con el fin de realizar el mismo trabajo y determinar la linde sur de la merced, con el resultado de que "...se acabaron las dichas cien cabuyas en una barranca que está en el camino real que se lleva a Tocaima en frente de un sitio en que solía tener casa Juan Rodríguez y de ranchería que al presente tiene de la otra banda del dicho río Pedro González que fueron del padre Joan Gutiérrez...".

Rechazada al parecer la oposición presentada por Diego de la Fuente y Francisco Cardoso y hecha una rectificación en la mensura llevada a efecto en el día anterior, procedieron a determinar el costado occidental, "...continuando con la dicha medida hacia el norte fasta cumplir las dichas cien cabuyas las cuales se acabaron en un cerro alto fundado sobre peñasco (y) que está entre la dicha quebrada de Timaná y la quebrada que llaman del Cabuyal, y allí se acabó la dicha medida y en lo alto del dicho cerro se hincó un palo con una horqueta y se dio el dicho cerro por moxon fixo con que se acabó la dicha medida y cuadrar la dicha estancia dándole en cada frente las dichas cien cabuyas de a sesenta varas cada una y toda la tierra inclusa en ellas quedó pordel dicho don Gaspar...". (Fs. 31 ib.).

Practicada la mensura y demarcación de la merced se dio posesión de ella al dicho Gaspar Ponce de León, según las formalidades vigentes en la época.

3º Identificación de la merced. El Tribunal Superior de Ibagué, comisionado al efecto, practicó la respectiva inspección ocular, con el fin de llevar a efecto las distintas identificaciones pedidas en el memorial de pruebas, como la de la merced hecha a Gaspar Ponce de León por el Presidente Juan de Borja en el año de 1616 que antes, como se ha visto, fue objeto de igual gracia por el Cabildo de Tocaima (1606); y al efecto, después de haber localizado las bocas del río Totare sobre el Magdalena, las quebradas Timaná y Cabuyal, como también la de Paquiló que desemboca en la margen derecha del río Magdalena, que forma el costado oriental de la merced, dejó el siguiente testimonio:

"Teniendo en cuenta que dentro de los puntos vistos por el personal de la diligencia se encuentran el río Magdalena por la parte oriental, las desembocaduras de las quebradas 'Paquiló' en la margen derecha de dicho río y 'Caneyes' en la misma margen, la desembocadura del río Totare en la margen izquierda del mismo río Magdalena y la ubicación de las quebradas 'Timaná' y 'Cabuyal' en el norte, se concluye que son determinables los linderos de la merced concedida en mil seiscientos cinco a don Gaspar Ponce de León y que los peritos pueden localizarlos". (Fs. 24, C. Nº 2º bis).

Indudablemente, como la merced concedida por el Cabildo de Tocaima y confirmada más tarde por el Presidente Borja a Gaspar Ponce de León, tiene límites arcifinios, como el Totare al sur y el Magdalena al oriente, puede identificarse en su realidad geográfica sin la menor duda; y aún más podría replantearse la mensura de la estancia de ganado mayor a partir de la desembocadura del río Totare en el Magdalena, para de allí medir hacia el norte las seis mil varas, las cuales, como se ve en el croquis del ingeniero Pablo Hernández Rojas (Fs. 45, C. Nº 2º bis), no alcanzarían a terminar en el mojón señalado por los peritos en la mensura del año de 1625, que ubicaron "en el fin de un pantano y laguna de agua que está por bajo de la quebrada Paquiló que por la otra banda entra en el dicho río Grande. Dáse por mojón fijo el dicho pantano que no puede faltar y por los sosquines (sic) que ha habido en la medida de alcabuos y vueltas del camino se le da una cabuya más...". (Fs. 30, C. Nº 1º-A).

Los peritos para dar respuesta a la primera cuestión propuesta en el auto para mejor proveer, de fecha 9 de diciembre del año de 1963 (Fs. 80, C. Nº 2º bis), ubicaron el pantano al norte de la desembocadura de la quebrada Paquiló en el Magdalena, pues se expresan así: "...De la terminación de ese pantano se midió *río abajo* la cabuya de que habla la merced concedida a Gaspar Ponce de León, o sea la longitud de 50,40 metros, y así se localizó el punto de partida del lindero norte de la merced mencionada". (Fs. 83, C. Nº 2º bis). (Subraya la Sala).

En tal forma, dando prelación al mojón señalado con referencia a puntos arcifinios, se resolvió la dificultad respecto del límite norte de la merced, porque tanto su rumbo como su longitud influyen sobre la porción del inmueble Tavera comprendida dentro de las lindes de la merced.

Queda, en consecuencia, localizada y determinada, sobre la realidad geográfica la merced adjudicada a Gaspar Ponce de León, en 1616 por el Presidente Juan de Borja.

4º Títulos de propiedad de las actoras. Otro elemento para la prosperidad de la acción de oposición se refiere a la propiedad actual del inmueble, objeto de la exclusión, para lo cual la parte demandante debe presentar los títulos

necesarios para comprobar su derecho, en un lapso igual al de la prescripción extraordinaria y su actual vigencia conforme debe aparecer del respectivo certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

El predio nominado Tavera está integrado por varios lotes, los cuales se hallan descritos, por sus lindes, tanto en la demanda como en el certificado expedido por el Registrador de Ambalema el 21 de enero de 1951, ampliado por los de fechas 5 de agosto de 1954, 11 de septiembre de 1957 y 23 de marzo de 1960, en los cuales aparece la historia de la tradición de tales lotes, así: por escritura 334 de 22 de junio de 1925, otorgada en la Notaría 1ª de Ibagué, Cayetano Ferro vendió a Alfredo Varón los predios descritos en los apartes A y B en el punto primero del mismo certificado; el 10 de julio de 1933 se registró el remate por medio del cual, Rafael Ferro, cesionario de Cayetano Ferro, adquirió la propiedad de los predios individualizados en los puntos A y B antes citados, en el juicio hipotecario adelantado contra el antiguo comprador Alfredo Varón. El mismo Rafael Ferro adquirió, según la escritura 387 de 5 de septiembre de 1937 de la Notaría de Ambalema, la propiedad del lote demarcado en el punto C) del certificado, por compra hecha a Leonidas Acosta, quien a su turno lo adquirió de Onofre Roa por escritura 172 de 12 de julio de 1911 otorgada en la Notaría de Ambalema.

Jorge Padilla adquirió el fundo Tavera, integrado por los lotes descritos en el punto 1º del certificado, mediante remate en juicio hipotecario adelantado por Luis A. Renjifo C. contra la sucesión del antiguo propietario Rafael Ferro, como consta en el acta de 6 de septiembre de 1943 sentada ante el Juez Civil del Circuito de Ibagué.

Por escritura 3617 de 8 de julio de 1950 de la Notaría 4ª de Bogotá, Jorge Pradilla vendió los predios por él adquiridos a "la sociedad de comercio Pradilla & Compañía y a la sociedad Limitada Ernesto M. C. Allister & Cía.,... en común y proindiviso dos terceras partes para la primera..."; estas compañías vendieron los dichos predios, mediante escritura número 271 de 31 de enero de 1951 de la Notaría 7ª de Bogotá, a Elías Castelbondo M., Edgar Parra Zuluaga y Blanca Isabel Parra Zuluaga, en la proporción indicada en los títulos; pero los dos últimos compradores, mediante el contrato de compraventa contenido en la escritura número 2304 de 6 de noviembre de 1953, vendieron al primero la mitad de los predios que a ellos les correspondía, quedando así este último comprador como único propietario de los inmuebles, los cuales, a su turno, enajenó al causante Federico Arbeláez Sarmiento por escritura pública número 3520 de la Notaría 7ª de Bogotá de fecha 22 de agosto de 1957, título que, según el certificado, se halla vigente por no haber sido cancelado por ninguno de los medios indicados en el artículo 789 del Código Civil.

Consta, en fin que se canceló el gravamen a favor del vendedor Elías Castelbondo, pero se constituyó una hipoteca abierta a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero hasta por la cantidad de $ 250.000.

5º Determinación del inmueble Tavera. En la inspección ocular ni el inmueble total llamado Tavera, ni los lotes que lo integran fueron objeto de un directo reconocimiento, pero se dejaron datos suficientes para que los peritos, posteriormente, pudieran emitir un concepto más completo.

En efecto, en la diligencia de inspección ocular, con el principal objeto de determinar el área de las propuestas, se dejaron estos otros datos que permiten la ubicación del inmueble: "Al día siguiente, martes veinticinco, se trasladó el personal en sendas cabalgaduras y primas horas matinales al punto determinado como la 'Boca del Totare' distante de la casa de la hacienda aproximadamente cinco kilómetros, pasando por una cerca que se identificó como el lindero sur de la hacienda 'Tavera' con la hacienda 'Garranchal' de propiedad de Guillermo Casasbuenas, y llegados al punto objetivo se determinó éste como el de las 'Bocas del Totare' en el Magdalena; de aquí se tomó un camino carreteable con dirección Noreste hasta llegar al extremo occidental de la hacienda 'Tavera', por donde se había entrado a ella la víspera; de ahí se siguió hacia el norte bordeando la hacienda por el costado occidental hasta un punto en el lindero de la hacienda donde se había colocado una bandera y se encontró un mojón de cemento con esta inscripción: 'N-0963 R-T. P.C.'. De aquí se cruzó la cerca saliendo de la hacienda hacia el norte y a buscar las cabeceras de la quebrada 'Timaná' y un cerro que queda entre esta quebrada en sus cabeceras y la quebrada 'Cabuyal', subiendo la diligencia al cerro más alto donde se divisa el cauce de las dos quebradas a uno y otro lado del cerro o sea la 'Timaná' hacia el sur y la 'Cabuyal' hacia el norte; bajados del cerro continuó el personal de la diligencia a buscar el camino de 'Palmarosa' que se indicó como el que conduce a la hacienda 'Salto Nuevo' de propiedad de la sucesión de Alfredo Varón, con la cual limita por

el norte la hacienda 'Tavera' ". (Fs. 23 vto. a 24, C. Nº 2º bis).

De la transcripción hecha, resulta la determinación del límite sur que deslinda con la finca Garranchal de propiedad de Guillermo Casasbuenas; el occidental que recorrió el personal de la diligencia, pues dice: "...se siguió hacia el norte bordeando la hacienda por el costado occidental..."; el lado norte lo recorrieron cuando buscaron "...el camino de Palmarosa que se indicó como el que conduce a la hacienda de 'Salto Nuevo' de propiedad de la sucesión de Alfredo Varón, con la cual limita por el norte la hacienda 'Tavera'..."; y en fin, el oriental que está formado por el río Magdalena.

Los peritos, sobre la determinación del inmueble Tavera, dicen:

"Esta hacienda forma un solo globo contiguo, y está totalmente cercada con cercos de alambre por tres de sus costados y por el cuarto limita con el río Magdalena, siendo sus colindantes generales los siguientes: Por el norte, con la hacienda de 'Salto Nuevo', de propiedad de los sucesores de Alfredo Varón; por el oriente, con el río Magdalena, que hace un rodeo o curva acentuada en esta parte como se ve en el plano número 1, que acompañamos a este informe; por el sur, con la finca 'Garranchal' de Guillermo Casasbuenas, en una parte y en otra con la hacienda 'La Floresta'; y por el occidente, con la misma hacienda 'La Floresta' y con la finca de los señores Molinas. De todas estas haciendas, está delimitada la hacienda 'Tavera', con cercas de alambre". (Fs. 32 vto., C. Nº 2º bis).

Los peritos afirman que identificaron fácilmente los lotes que integran o forman el inmueble Tavera, cuyas lindes indicaron antes, tal como se describen en la demanda y en la escritura de compraventa celebrada entre Elías Castelbondo, como vendedor y, Federico Arbeláez Sarmiento como comprador.

Según lo expuesto y de acuerdo con el dictamen pericial, la hacienda Tavera queda en su mayor extensión dentro de la merced hecha a Gaspar Ponce de León, *tal como fue delimitada en la diligencia de mensura del año de 1625*.

6º Zonas comprendidas dentro de las propuestas. En la diligencia de inspección ocular, el apoderado de la parte actora presentó el plano de la propuesta número 829, que el Procurador Delegado en lo Civil objetó o desechó por no haber sido pedido en tiempo, por lo cual el Tribunal comisionado, acertadamente, ordenó agregar a la diligencia el documento presentado, para que, en cuanto a su mérito probatorio, se decidiera en esta sentencia.

Si el plano de la propuesta fuera, realmente, una prueba, tendría razón el Procurador Delegado, como así lo ha dicho esta Sala en numerosos fallos; pero en la práctica solamente es un elemento accidental y mero auxiliar del trabajo por realizar, porque se trata de una reproducción gráfica de las lindes de las respectivas propuestas, las cuales no se establecen en el juicio por medio del dicho plano, sino de acuerdo con la relación técnica que se hace en el escrito de la propuesta, que luego se insertan en la publicación que de ella se hace en el Diario Oficial; y en este juicio se agregaron oportunamente los números en que aparecen insertas las propuestas 661 y 829.

Ahora, como las lindes de la propuesta se hacen por medio de coordenadas geográficas, determinados o localizados los mojones pilotos, como así se hizo en la inspección ocular según aparece en la transcripción hecha en el aparte 5º de este fallo, replantearlas sobre el terreno o trazarlas sobre otro plano o mapa, técnicamente levantados, es una labor encomendada a los expertos que ellos pueden y deben realizar con el auxilio del plano de la propuesta o sin él, porque no es indispensable ni para ubicar el área de las propuestas ni para determinar la zona que queda comprendida dentro de aquéllas.

En efecto, los ingenieros respecto de la propuesta número 829 dicen: "Según los linderos y plano, el punto de referencia de la alinderación de la propuesta número 829, es el determinado con un mojón astronómico denominado 'La Popa', ubicado en el patio principal de la casa de la hacienda del mismo nombre y cuyas coordenadas geográficas son: Latitud cuatro grados, treinta y nueve minutos, cero segundos, seis décimas de segundo al Norte del Ecuador (4°, 39', 00".6. N. E.); longitud cero grados cuarenta y dos minutos, cero segundos, dos décimas de segundo al Oeste de Bogotá (0°, 42', 00".2. O. B.).

Este punto fue visitado por el personal de la diligencia y en él se encontró el mencionado mojón de 'La Popa', de 085 metros de altura, que tiene en la parte superior una placa de cobre con las letras *'T. P. C.'*; en el centro de la misma placa las letras *'P-A'* y abajo con las cifras *'III-1956'*. A este mojón de referencia está ligado el punto A, punto de partida de la alinderación de la propuesta número 829, situado sobre la margen derecha del río Magdalena, que coincide con el punto D, de la concesión número 389. De este punto A, se sigue la alinderación

de la propuesta número 829 de acuerdo con los rumbos y distancias que figuran en el Diario Oficial número 30052 de 19 de septiembre de 1959''. (Fs. 35 a 35 vto., C. Nº 2º bis).

Respecto de la propuesta número 661, los peritos emitieron su concepto en la siguiente forma:

''En el Diario Oficial número 29949 del 15 de mayo de 1959, se encuentra la alinderación correspondiente a la propuesta número 661 de la International Petroleum (Colombia) Limited, y el plano correspondiente a esta propuesta se encuentra en el cuaderno número 2º, folio número 10.

''La parte correspondiente a los linderos de la propuesta y área que cubre la parte de la hacienda de 'Tavera', la hemos localizado también en el plano que acompañamos. Así hemos dibujado en la plancha número 226-IV-C-Venadillo (b), estos linderos de la parte oriental de la propuesta número 661, para determinar la zona o la parte de la hacienda de 'Tavera', cobijada por la propuesta número 661 ya mencionada. Se ve claramente que esta última propuesta colinda en parte con la propuesta número 829 a que nos hemos referido anteriormente y que los vértices J, K, L, M, de la propuesta número 829, coinciden con los vértices N, I, J, A, de la propuesta número 661, en su orden.

''En el plano que acompañamos, hemos determinado el área de la finca 'Tavera', cobijada por la propuesta número 661, marcada con las letras B, f, g, h, i, y rayada en líneas de color sepia.

''De lo dicho, se concluye que las propuestas números 829 de la Texas Petroleum Company y la 661, de la International Petroleum (Colombia) Limited, afectan los terrenos de la finca 'Tavera', sobreponiéndose en las partes determinadas en el plano adjunto a este informe, y de la mencionada hacienda sólo se escapa un pequeño sector situado al norte, también señalado en el plano por las letras a, b, B, d, e, n''. (Fs. 35 vto. a 36, C. Nº 2º bis).

7º Determinación de las zonas excluidas. Posteriormente, el perito doctor Lucio García presentó otro plano que difería en relación con el límite norte de la merced, en cuanto al rumbo, respecto del adjuntado al primitivo concepto; y por esto, requerido el otro perito para emitiera su dictamen manifestó, en síntesis, lo siguiente: a) Que no estaba de acuerdo con la modificación introducida al plano; b) Que los planos presentados con el concepto suscrito de común acuerdo, respecto de ''...la merced concedida a don Gaspar Ponce de León en 1625, están trazados de conformidad con los puntos arcifinios que los medidores dejaron...''; que los medidores en el año de 1625, por las cabuyas y lazos empleados en la mensura, así como por haberla hecho por el terreno más plano y menos fragoso, incurrieron en evidentes errores, añadiendo: ''Una prueba palpable de lo inexactas que fueron las medidas, se puede apreciar en el lindero que dejaron a lo largo de la orilla del río Magdalena, entre los puntos arcifinios como son las desembocaduras del río Totare y la quebrada Paquiló, los cuales están a una distancia de seis mil metros, y según los medidores solamente debían existir cinco mil cuarenta metros. Es decir: hay un error del veinte por ciento en la sola determinación de este lindero''. (Fs. 46 vto. a 47, C. Nº 2º bis).

El mismo perito presenta un plano en el cual destaca la diferencia entre las dos mensuras, o sea, entre la que hicieron en 1625 y la que realmente debían hacer, para anotar: ''El área de la finca actual de 'Tavera' que queda fuera de la merced demarcada por los medidores de 1625 es de ciento setenta y una (171) hectáreas, la que queda fuera de la propuesta (829) es de doscientas veintiocho hectáreas (228 Ha.) y el área que queda fuera de las propuestas (829) y (661) es de ciento treinta y tres hectáreas (133 Ha.)''. (Fs. 47 ib.).

Como el desacuerdo entre los dos peritos principales en lo sustancial, se refería a la localización del límite norte de la merced, especialmente en cuanto al rumbo, designaron como tercero al doctor José Dulcey, quien adhirió al plano primitivo, presentado por los dos principales con el concepto de 5 de octubre de 1961, y, además, expuso los siguientes conceptos, para fundamentar su dictamen:

''Entre los diferentes títulos que he estudiado de la época colonial considero, que la merced otorgada a Gaspar Ponce de León es una de las que más claramente fueron alinderadas, por tener por sus lados sur y oriente linderos arcifinios fácilmente identificables como son los ríos Magdalena y Totare, en los cuales se fijó con precisión la longitud del lindero a lo largo de estos ríos.

''Otro hecho que se debe tener en cuenta, es que todos los nombres que figuran en el título de accidentes geográficos han perdurado a través de tres siglos, y ellos figuran hoy día en las cartas geográficas publicadas por el Instituto Agustín Codazzi''. (Fs. 49 vto. ib.).

Más adelante añade: ''En muchas de las mercedes que he estudiado, el deslinde, confirmación y toma de posesión se hacía muchos años después de haber sido otorgadas las mercedes, y en ninguna de ellas se marcó un cuadro perfecto porque

si hoy es difícil hacerlo, en ese tiempo era imposible, y se medía y se alinderaba por los límites de los terrenos que ya tenían en posesión en el momento de la diligencia.

"Yo he creído que al interpretar los linderos que figuran en las mercedes otorgadas en los siglos comprendidos entre el diez y seis y veinte hay que tener más en cuenta, los puntos arcifinios que figuran que la exactitud de la forma como midieron, porque no podían hacerlo en línea recta, debido a que siempre medían por donde fuera más fácil y rápido". (Fs. 49 vto. a 50 ib.).

Después de advertir que "no es aceptable la interpretación de la merced que figura en el plano presentado por el ingeniero Pablo J. Hernández el 10 de noviembre de 1961..." y descritas las lindes que, en su opinión, encierran la merced de Gaspar Ponce de León, concluye:

"De acuerdo con estos linderos la mejor interpretación es la que figura en el plano que presentaron los peritos principales junto con el dictamen el 5 de octubre de 1961 el cual he firmado".

Como la determinación del costado norte de la merced se había llevado a efecto sobre los planos o mapas, la Sala en auto para mejor proveer de fecha 9 de diciembre de 1963, ordenó trazarla sobre el terreno, para trasladarla luego al plano, como también determinar en el terreno y en el plano, las parcelas que, estando dentro de la merced y dentro del predio Tavera, estuvieran comprendidas por las áreas de las propuestas números 661 y 829.

Sobre la primera cuestión los peritos dicen:

"Como el trazado del lindero norte de la merced se hizo 'a cabuya pisada' como lo ordenó la Corte, hemos encontrado que la diferencia entre la proyección horizontal de la línea y la medida 'a cabuya pisada', o sea acomodándose a las inclinaciones topográficas del terreno, es de 9,25% o sea que los 5,040, medidos sobre el terreno 'a cabuya pisada' dan una proyección horizontal sobre el plano de 4.573.80 metros, de acuerdo con el plano de la finca presentado por los propietarios". (Fs. 84 a 84 vto., C. Nº 2º bis).

Respecto de la otra cuestión, la propuesta número 661 abarca al predio Tavera, amparado por la merced, en una extensión de 59 hectáreas, según se indica en el plano de fecha 4 de noviembre y debidamente autenticado por el Magistrado ponente y el secretario (Fs. 82, C. Nº 2º bis). Las lindes de esta parcela fueron señaladas, sobre el terreno, por los peritos y determinadas en el plano con las letras R, g, h, y, W, R.

La propuesta distinguida con el número 829 también comprende una apreciable zona de la hacienda Tavera que está dentro de las lindes de ésta como de la merced localizada en la diligencia de mensura del año de 1625, cuyo perímetro determinaron los peritos ingenieros en el plano o mapa con las letras R, F, m, D, s, t, f, R.

Por tanto, llenados los requisitos previstos en el artículo 36 del Código de Procedimiento Civil, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, procede a hacer las siguientes declaraciones:

Primera. Por haber salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 es de propiedad de las actoras o de la sucesión y sociedad conyugal ilíquida de Federico Arbeláez Sarmiento contraída con Alicia Gómez de Arbeláez, el subsuelo petrolífero de las siguientes parcelas comprendidas tanto dentro de las lindes de la hacienda Tavera como de la merced localizada en el año de 1625:

a) La parcela de cincuenta y nueve (59) hectáreas de extensión, comprendidas dentro de las lindes de la propuesta número 661, cuyo perímetro está determinado en el plano o mapa presentado por los peritos el cuatro de noviembre de este año (1964), por las letras R, g, h, y, W, R.

b) La parcela o zona comprendida dentro del área de la propuesta número 829 cuyo perímetro está determinado en el plano o mapa a que se refiere el aparte anterior, por las letras R, W, m, D, s, t, f, R.

Segunda. Las parcelas o zonas indicadas en los apartes a) y b) de la declaración anterior deben excluirse de las propuestas 661 y 829, y, en consecuencia, el contrato de concesión que se hubiese celebrado con las compañías proponentes no les será oponible a las actoras o a la sucesión de Federico Arbeláez Sarmiento ni a la sociedad conyugal Arbeláez-Gómez.

Tercera. El límite norte de la merced, tal como fue ordenado ubicar en el aparte a) del auto para mejor proveer de fecha nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y trés, servirá de pauta o guía para determinar sobre el terreno las zonas que de la hacienda Tavera se ordenan excluir en los numerales a) y b) de la primera declaración de este fallo.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

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

Jorge García Merlano, Secretario.

FERROCARRILES NACIONALES

Servicios públicos. — Procedimientos de derecho privado y de derecho público para la prestación de éstos. — En sentido estricto sólo el procedimiento de derecho público corresponde al concepto jurídico de servicio; el de derecho privado es solamente su auxiliar. — Modalidades que ofrece el procedimiento público y cuándo se configuran. — Descentralización de los servicios públicos. — Cómo se manifiesta. — Régimen legal de los Ferrocarriles Nacionales. Responsabilidad civil de los Ferrocarriles Nacionales. — Naturaleza de la entidad conocida como Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. — Legitimación ad causam.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Bogotá, noviembre 30 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

En demanda presentada al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, el señor Teófilo Peña Jiménez, mayor de edad y vecino de Girardot, pidió por medio de apoderado que se hiciesen contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, las siguientes declaraciones:

"a) Que la entidad demandada es civilmente responsable de los perjuicios de diverso orden causados al demandante con el accidente de que fue víctima en el taller del Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila, en la ciudad de Girardot, el día seis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno;

"b) Que en consecuencia, está obligada a pagar al demandante, dentro del término legal, la suma de pesos que se fije judicialmente a la indemnización de los perjuicios causados al mismo demandante en las circunstancias mencionadas, más los intereses legales de esa suma computados desde la fecha del accidente hasta el día del pago".

"Subsidiariamente a las peticiones anteriores:

"a) Que el día seis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno existía un contrato de trabajo entre el demandante y la Nación;

"b) Que a consecuencia de violación de ese contrato por parte de la Nación, el demandante sufrió un accidente el día mencionado, el cual le causó los consiguientes perjuicios;

"c) Que por virtud del accidente mencionado ese contrato sobre prestación de servicios por parte del demandante en calidad de ayudante de 2ª de ajuste quedó disuelto o que se decrete la disolución de él a partir de la fecha del accidente, por incumplimiento de parte de la demandada.

"d) Que en consecuencia, la Nación está obligada a pagar al demandante la suma de pesos que se fije como indemnización de los perjuicios causados al demandante mediante el accidente indicado, más los intereses de esa suma computados desde la fecha del accidente referido hasta el día del pago".

Los hechos en que el actor funda su demanda son los siguientes:

"1º El día seis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno el demandante trabajaba bajo la dependencia y subordinación del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila, mediante el correspondiente salario reconocido y pagado por dicha empresa.

"2º El cargo desempeñado por el demandante en dicho día era el de ayudante de 2º de ajuste en los talleres del Ferrocarril, en Girardot.

"3º La empresa estaba obligada a suministrar las máquinas, herramientas, útiles y elementos suficientes y adecuados para el desempeño del

cargo que tenía el demandante, lo mismo que a velar en general por la seguridad de éste en forma adecuada, obligaciones que no cumplió.

"4º El día indicado, el demandante, en desempeño de su cargo y en horas normales de trabajo, y en momentos en que se encontraba esmerilando remaches del soporte del chasís de la locomotora número 31, y, como viera que del esmeril estaba saliendo agua, procedió a bajar este esmeril.

"5º En el momento de ejecutar la labor de bajar el esmeril, la piedra-esmeril se rompió, siendo golpeado y herido el demandante con un pedazo de dicha piedra en su pierna izquierda.

"6º Por causa del accidente, el demandante quedó definitivamente fuera del cargo que venía desempeñando en la empresa, y ha quedado inhabilitado o incapacitado de manera permanente, aunque parcial, para todo esfuerzo físico considerable en que se requiera el uso de sus piernas, y, además, ha quedado con una deformidad física permanente en su pierna izquierda, y con el consiguiente complejo de inferioridad.

"7º El demandante es una persona muy joven —el día del accidente cumplía treinta años de edad—, ha sido y es persona de muy buenas condiciones morales, y no ha tenido ni tiene otro medio de subsistencia y de progreso económico que su trabajo personal.

"8º Hasta el día del accidente el demandante era una persona físicamente íntegra, de muy buena salud, de excelentes condiciones profesionales en cuanto a los oficios que venía desempeñando.

"9º Por consiguiente, el accidente referido le ha causado al demandante graves perjuicios de diverso orden que deben ser reparados mediante la correspondiente indemnización.

"10. El Ferrocarril mencionado y el taller en donde sufrió el demandante el accidente eran de propiedad de la Nación el día del suceso, se explotaban por cuenta de la Nación y mediante el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y, en todo caso, se encontraban ese día bajo el cuidado o guarda de la Nación por estar bajo el cuidado o guarda directa del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

"11. En consecuencia, la Nación es civilmente responsable de los perjuicios mencionados: bien por culpa civil personal realmente cometida por la Nación o sus representantes o mandatarios por causa o con ocasión de la explotación, uso o guarda del Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila y del mencionado taller; bien por hecho o culpa civil de sus dependientes (empleados y obreros) o de los dependientes del Consejo Administrativo mencionado, cometido por causa o con ocasión de la explotación, uso o guarda de tales empresas; bien por el hecho del taller o del esmeril referidos, imputable a culpa civil de la Nación y del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales que la representaba el día del accidente y que la representa en la actualidad en la explotación y guarda de los Ferrocarriles Nacionales; o bien por violación del contrato de trabajo que la ligaba con el demandante el día del accidente, consistente principalmente en no haber puesto a disposición del demandante las máquinas, herramientas, útiles y elementos suficientes y adecuados para el desempeño de las funciones que tenía que desempeñar en cumplimiento del contrato, por no haber velado en forma adecuada por la seguridad del trabajador".

Admitida la demanda después de algunos incidentes, de ella se dio traslado al Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales en representación de la Nación demandada, quien la contestó oponiéndose a la acción incoada, aceptando los hechos primero, segundo, primera parte del tercero y décimo, negando el tercero *in fine* y el undécimo, manifestando ignorar o no constarle los demás, y oponiendo la excepción de cosa juzgada.

Recibida la causa a pruebas, el demandante solicitó varias, de las cuales sólo unas pocas fueron allegadas al expediente.

La primera instancia terminó con la sentencia de dos de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, en la cual el Tribunal de primer grado, fundado en que "el actor no demostró el hecho generador, pues no aportó ninguna prueba", absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

Contra este fallo interpuso la parte actora el recurso de apelación que corresponde ahora a la Sala decidir, siendo de advertir que el expediente estuvo diez y siete años y medio en poder del demandante para presentar su alegato de conclusión.

Por lo que hace a la excepción de cosa juzgada que se alega en la contestación de la demanda, debe observarse que no se comprobó, desde luego que para fundar dicha excepción no puede ser suficiente la resolución administrativa en que se reconoce a la víctima de un accidente la reparación objetiva por accidente de trabajo.

En su alegato de bien probado el señor Procurador Delegado en lo Civil pide que como cuestión previa se examine la legitimación procesal, pues en su concepto falta ese presupuesto

de la sentencia, y aun el de legitimación en la causa, por motivos que expone así en lo esencial:

"En la Corte, al surtirse la actuación de la segunda instancia, las providencias correspondientes se le han notificado personalmente al señor Administrador del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

"La Procuraduría General ha venido a intervenir en esta segunda instancia, únicamente para pedir se requiriera al apoderado del actor a fin de que devolviera el expediente que tenía hacía largos años en su poder por haberlo recibido para alegar de conclusión.

"De lo visto aparece que la representación de la Nación, entidad a la que se señaló en el libelo de demanda como la opositora y contra la cual se impetraba la condena al resarcimiento de los perjuicios sufridos por el actor, se indicó desde un principio en el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y personalmente éstos a su turno en el Administrador General, a quien se le notificó la demanda pertinente, y con quien se siguieron surtiendo los trámites del juicio. Vale decir que, trabada la relación de la litisconsorcio (sic) entre el actor Teófilo Peña Jiménez y la Nación, aquél como demandante y ésta como demandada, la representación de dicha entidad se señaló y ha venido siendo ejercitada en y por el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, personalmente y por intermedio de apoderado.

"Esta representación en el juicio es impropia, carece de legitimación en la causa. Ilegitimidad tocante con la personería adjetiva o de la representación para el juicio.

"Siendo, según el planteamiento de la demanda, la Nación la entidad contra la cual se impetró la condena que se pide se haga en la sentencia definitiva, la representación correspondía en la primera instancia ante el Tribunal Superior al Fiscal del mismo, y en la segunda instancia ante la honorable Corte Suprema al Procurador Delegado en lo Civil, si regían cuando se intentó la acción las disposiciones legales siguientes: Código Judicial (Ley 105 de 1931) artículo 159 correspondiente al artículo 149 del anterior Código Judicial o Ley 105 de 1923, artículos 160 y 161 del mismo Código Judicial actual; Ley 83 de 1936, artículo 10 y concordantes".

Tras un minucioso recuento de la legislación sobre ferrocarriles dictada en diferentes épocas, continúa el Procurador:

"Vino la Ley 29 de 1931 'por la cual se reorganizan los Ferrocarriles Nacionales, se crea el Consejo Administrativo de los mismos y se da una autorización al Gobierno', en cuyo artículo 1º creó el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, 'destinado a administrar los ferrocarriles de propiedad nacional sobre una base comercial y con la debida consideración a los intereses económicos del país', concediéndole la Administración futura de los ferrocarriles que se hallaban ya en explotación y los que en adelante fueran entrando en ella o que pasaran a ser de propiedad nacional. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 2º le dio plena autonomía como persona jurídica, ya que estableció: 'El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General; ejercerá todas sus funciones con una completa independencia y podrá presentarse ante los Tribunales y autoridades de cualquier orden, y ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente o necesaria para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado. (...).

"También la Ley 66 de 1931 estableció en su artículo 1º, para afirmar aún más el carácter de autónomo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, que 'salvo lo que se disponga en disposiciones especiales sobre administración de ferrocarriles de propiedad del Estado u otras obras de utilidad pública, la adquisición por la vía administrativa de bienes raíces para dichas obras se hará por el respectivo gerente, administrador o director de la obra, sin necesidad de posterior aprobación cuando el valor de lo adquirido sea de doscientos pesos ($ 200.00) o menos'. 'Cuando el valor pase de la cantidad anteriormente fijada, sin exceder de cuatro mil pesos ($ 4.000), necesitará el contrato respectivo la aprobación del Gobierno. Cuando dicho valor sea de más de cuatro mil pesos ($ 4.000) necesitará el contrato la aprobación del Gobierno, previo concepto favorable del honorable Consejo de Ministros'.

"La Ley 83 de 1935 (...) en el artículo 3º estableció: 'El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales disfrutará en materia de procedimientos judiciales y administrativos, de los mismos privilegios de que disfruta la Nación, además de los que actualmente le reconocen las leyes vigentes'.

"De tal manera que en materia de litigios, esta ley le reconoció al Consejo plena capacidad como demandante o como demandado, fuera de los privilegios que otras leyes anteriores le habían reconocido".

El problema que el Ministerio Público plantea en relación con la legitimación activa en la causa,

o por lo menos con la procesal, debe ser examinado frente a la ley vigente el día en que ocurrió el hecho que causó lesión al demandante, pues fue ese hecho el que dio origen al nexo obligacional entre las partes. Demandado no puede ser sino el deudor, y este carácter no podría tenerlo sino el llamado a responder conforme a la norma en vigor en la fecha en que nació la obligación.

Conviene establecer, por tanto, cuál era el régimen de los Ferrocarriles Nacionales el día en que el demandante sufrió las lesiones por que reclama indemnización, o sea, el seis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno.

La cuestión de la *legitimatio ad causam* se suscita en este caso concreto a propósito de la naturaleza de la entidad conocida como Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. ¿Era éste realmente una persona jurídica autónoma, y consiguientemente independiente de la Administración General? ¿O, por el contrario, formaba parte de esta Administración General?

La doctrina administrativa admite que en el concepto lato de servicio público se halla inmersa cualquier actividad encaminada a satisfacer necesidades comunes; y en sentido restringido, el ejercicio de la función social que corresponde al Estado. Puede definirse, así, la Administración, como la suma de las actividades del Estado dirigidas al cumplimiento de los cometidos sociales que a él le corresponden. El derecho administrativo, por su parte, es el derecho de los servicios públicos, ya que éstos tienen por objeto la satisfacción de las necesidades generales, o sea, el cumplimiento de una finalidad de orden social.

Los expositores de derecho administrativo reconocen dos procedimientos para la satisfacción de necesidades de orden general, o más propiamente, para la prestación de los servicios públicos: el procedimiento de derecho privado y el de derecho público.

Hay procedimiento de derecho privado cuando el servicio se presta por iniciativa particular y con medios privados, como es el caso de las *instituciones o establecimientos de utilidad común*, que si bien frecuentemente auxiliadas por el Estado y vigiladas por él, se mueven, sin embargo, por impulso privado y provienen de la iniciativa particular; el procedimiento de derecho público, por el contrario, obedece a la voluntad del Estado y es accionado por él. En sentido estricto, sólo el procedimiento de derecho público corresponde al concepto jurídico de servicio público; el de derecho privado es solamente su auxiliar.

Como ha quedado sugerido, el procedimiento público consiste en el ejercicio de la función por el Estado mismo, o por medio de organismos creados por él con ese fin y que actúan por impulso suyo. Se observa, así pues, dos modalidades en ese procedimiento: el *directo* y el *indirecto* o del *establecimiento público*.

Se configura la primera cuando el servicio se presta por organismos inmediatos o directos de la Administración y a costa del Tesoro Público (la administración de justicia, el servicio de policía, el de higiene, etc.); la segunda, cuando la satisfacción de la necesidad general se entrega a una entidad de origen estatal, pero que cumple su función con autonomía y medios económicos propios. Este último sistema se adopta generalmente cuando se trata de desarrollar funciones especializadas, de modo que viene a ser un procedimiento técnico para la prestación de los servicios, a diferencia del directo que por lo común no toma en cuenta esa exigencia.

La entidad que sirve de medio para la prestación del servicio o el desarrollo del cometido social del Estado ha de ser, consiguientemente, una persona jurídica independiente frente a la Administración, pero de origen estatal; poseer un patrimonio propio, aportado por el Estado o por éste y los particulares, para el cumplimiento de su fin social; y perseguir la satisfacción de necesidades públicas cuya atención sea de incumbencia del Estado. Son éstas las notas que singularizan el procedimiento indirecto, que obra mediante la desmembración de la unidad administrativa para formar organismos descentralizados con ánimo de tecnificar los servicios; y como toda descentralización supone, jurídicamente y con criterio de conveniencia, una personalidad independiente, la descentralización de los servicios públicos se manifiesta mediante la constitución de organismos autónomos y dotados de un patrimonio que administran libremente, aunque en realidad no son sino órganos del Estado que, por tanto, se rigen por principios de derecho público.

Hasta la Ley 29 de 1931 el régimen de los Ferrocarriles Nacionales en nada difería del común a que estaban sometidos todos los bienes de propiedad nacional. Esta ley creó el Consejo Administrativo y dispuso, en su artículo 2º, que él disfrutaría de las "prerrogativas y derechos" de una persona jurídica autónoma, autorizándolo para ejercer sus funciones con independencia, y para presentarse ante los Tribunales y autoridades de cualquier orden a ejercitar cualquier acción o excepción que considerare conveniente o necesaria para la buena administración y desarrollo de los bienes "confiados a su cuidado". De suerte que si bien le otorgó las

"prerrogativas y derechos" propios de una persona jurídica autónoma, no le constituyó, sin embargo, un patrimonio, sino que se limitó a *confiar a su cuidado,* y para el solo efecto de su administración, a los ferrocarriles "de propiedad nacional".

Bien se echa de ver que aunque la Ley 29 otorgó al Consejo las mencionadas prerrogativas y derechos, reconociéndole independencia para ejercer sus funciones, en realidad no llegó a instituirlo como persona moral, pues no le reconoció la facultad de poseer bienes propios. Los *confiados a su cuidado* sólo se le entregaban para su administración. De ahí que no haya lugar a distinguir entre el patrimonio del Estado y el del Consejo para el efecto de obligaciones que los afecten, pues en todo caso éstas comprometen al primero, que era el único sujeto de derechos u obligaciones como dueño de los Ferrocarriles, y el titular, por activa y por pasiva, de cualquier acción judicial. La Ley 29 no llegó a verificar la desmembración del servicio, sino que se limitó a entregar al Consejo ciertos bienes para su administración y a conferirle la representación del Estado en todo lo concerniente con dicha administración. Y en lo que atañe con las Leyes 66 de 1931 y 83 de 1935, mencionadas por el Procurador, nada contienen que modifique la situación jurídica de los Ferrocarriles establecida en la Ley 29, pues que dentro del régimen por ésta instituido nada tiene de particular que la representación del Consejo se hubiera extendido para el efecto de la adquisición de bienes, ni que se hubiera declarado que aquél gozaba "en materia de procedimientos judiciales y administrativos, de los mismos privilegios" de que disfrutaba la entidad representada por él.

De modo que acaecido el hecho generador de la responsabilidad en momentos en que el comprometido era el patrimonio nacional, la acción estuvo bien dirigida contra el dueño de ese patrimonio, es decir, contra la Nación, quien compareció correctamente representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, en vez de por el Procurador, pues las leyes que se acaban de mencionar daban a la mencionada entidad la representación del Estado, por vía de excepción, en aquellos litigios a que diera lugar la administración de los Ferrocarriles.

En traslado el negocio a la parte demandante para alegar de conclusión desde el dos de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis, se dictó, antes de que hubiera sido devuelto, el Decreto número 3129 de 1954, en desarrollo de la Ley 17 de 1952 que aprobó un contrato celebrado por el Gobierno con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y dispuso la "reorganización y rehabilitación de los Ferrocarriles Nacionales". En el artículo 1º de ese Decreto se suprimió el Consejo Administrativo y se creó la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia como "entidad autónoma, con personería jurídica", "destinada a administrar los ferrocarriles de propiedad nacional, sobre una base comercial", a cuyo cargo se dejaba "la organización, administración, desarrollo y mejoramiento de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia", habiéndola dotado la Nación, además, de un patrimonio consistente en "todos los bienes que constituyen el activo patrimonial que administra actualmente el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y de los que posteriormente adquiera la empresa". Desaparecido, de esta suerte, el Consejo Administrativo que llevaba la representación del Estado, y sustituido por una persona jurídica autónoma, como fue organizada la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, aquella representación le fue virtualmente devuelta a la personería delegada en lo civil, pues extinguido el régimen exceptivo es de aplicación el común establecido en el Código Judicial para todos los casos que no hayan sido objeto de una salvedad expresa de la ley. Por este motivo, devuelto ya el expediente, el juicio continuó adelantándose con el Procurador Delegado en lo Civil en vez del extinguido Consejo Administrativo, y no con el Administrador General de los Ferrocarriles a quien la ley no había confiado la personería de la Nación, ya que, por lo demás, ésta continuaba siendo el titular pasivo de la acción, pues que no había habido cambio de deudor. Pero aun en el supuesto de que en alguna época el Consejo hubiera asumido el cumplimiento de la obligación, para el momento de la devolución del expediente la habría reasumido el Gobierno Nacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 3129 de 1954, cuyo parágrafo expresa: "El Gobierno Nacional cubrirá la totalidad del pasivo existente en el momento del traspaso a cargo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales". De todo lo cual se desprende que, al contrario de como lo piensa el Ministerio Público, en ningún momento la Nación ha dejado de ser el titular pasivo de la acción intentada, ni ha dejado de estar bien representada en la causa. No hay lugar, en este caso, consiguientemente, a pronunciamiento de inhibitoria para proferir sentencia de mérito, sino que se debe decidir en el fondo.

El Tribunal apoya su fallo en los siguientes motivos:

"Para que se configure la responsabilidad es necesaria la existencia de un perjuicio sufrido y luego una relación directa de causa a efecto entre el hecho generador y el perjuicio sufrido. En este juicio durante el término probatorio el actor no demostró el hecho generador, pues no aportó ninguna prueba. Sin perjuicio, no hay responsabilidad; sin interés, no hay acción".

En esta segunda instancia fueron recibidas las declaraciones de Publio Pérez, Lucio Sánchez, Marco Lucuara y Antonio Corcho, quienes manifiestan que, por haber estado presentes en el suceso en su condición de trabajadores de la empresa, vieron cómo hallándose Teófilo Peña Jiménez, también trabajador en ella, esmerilando con un esmeril de aire una pieza de una locomotora —Antonio Corcho informa que se trataba de la cabeza de un remache—, se partió la piedra del esmeril causándole la fractura de la pierna izquierda, según unos, una herida grave en una pierna, dicen otros. De suerte que en esta segunda instancia se suplió la deficiencia cuanto al hecho generador del daño, mas no así respecto de la culpa que en él pudiera haberle cabido al servicio, pues la rotura del esmeril, causa inmediata necesaria de ese daño, lo mismo podría atribuirse a una omisión culposa del servicio que a descuido o impericia de la víctima en el manejo de la expresada herramienta, sin que se hubiera presentado prueba inequívoca de no haber ocurrido lo segundo. Tal prueba no puede ser la afirmación que algunos testigos hacen de que la empresa carecía de técnicos "con la función de estar examinando la maquinaria y herramienta usadas a efecto de tomar razón del estado en que se encontraban y retirar la maquinaria y herramienta considerada peligrosa por su mal estado", porque, como acaba de observarse, en el expediente no hay dato alguno que indique que el accidente acaeció por el mal estado del esmeril o por cualquiera otra causa imputable como descuido al demandado y no por impericia o descuido del demandante; en otras palabras, que la negligencia que se atribuye a la empresa fuera la causa determinante de ese accidente. Siendo de advertir, por otra parte, que si bien con el fin expresado se solicitó en la segunda instancia una peritación, tal prueba no se practicó. Por estos motivos no sería el caso de llegar a un pronunciamiento favorable a las peticiones principales de la demanda, como tampoco puede ser favorable a las subsidiarias por cuanto tampoco aparece establecida la violación de un vínculo obligacional existente entre las partes ni la ocurrencia de cualquier hecho que pueda aparejar al Estado una responsabilidad contractual.

Por todo lo cual, 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 del Distrito Judicial de Bogotá el dos de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio respectivo, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, con salvamento de voto, *Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.*

Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del doctor Ramiro Araújo Grau, sobre la parte motiva de la sentencia que antecede.

No comparto en su integridad las consideraciones que trae la sentencia con relación a los servicios públicos, pues parece que se identifica a éstos con la totalidad de las realizaciones estatales. La doctrina más reciente designa con la expresión de servicios públicos a uno de los varios cometidos del Estado, al lado de regulación de la actividad privada, "los servicios esenciales", los servicios sociales, etc.

Por lo demás, la disquisición doctrinaria a que he aludido no parece indispensable, siendo suficiente destacar, para los fines a que ella va encaminada, que lo verdaderamente relevante, es la verdad de que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales no era una persona moral a la que se le hubieran traspasado los bienes que el legislador le ordenó administrar y con relación a los cuales se produjo el accidente que motivó la demanda.

Fecha ut supra.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DAÑO SUCESIVO

Cómputo de perjuicios

Tratándose del daño material sufrido por los demandantes con motivo de la muerte de su esposo y padre, como ya lo ha dicho la Corte, en casos como éste hay que atender a la circunstancia de ser el daño sucesivo, y por consiguiente periódica la indemnización. "Lo equitativo en estos casos —ha dicho la Sala— es que el demandado pague por indemnización de perjuicios una cantidad igual a la que tendría que consignar en un banco, para que con esa cantidad y los intereses al 6% anual que ella debe producir en los años de vida probable, fuese pagando mensualmente a los actores la renta mensual por el término de dicha supervivencia". (G. J., LV, 418). El pago acumulado de rentas futuras, y por tanto no devengadas todavía, implica un anticipo de capital, con la consecuencia de un enriquecimiento injusto por parte del acreedor, representado en el interés de ese capital cuando no se ha deducido previamente. De suerte que bien puede considerarse que el cómputo de perjuicios calculado sin hacer esa deducción, cuando se trata de un daño sucesivo que daría lugar a pagos periódicos, es errado, en uno de sus esenciales fundamentos cual es ajustarse a la estricta equidad, y no debe apreciarse como prueba perfecta a tenor de lo prescrito en el artículo 721 del Código Judicial, que para que pueda ser tenido como tal prueba exige en él debida fundamentación. Sin que pueda alegarse que el fallador no puede apartarse de él por no haber sido motivo de objeción de la parte contraria, pues que, como también lo ha dicho esta Sala, "cuando el dictamen pericial no reúne los requisitos del artículo 721 del Código Judicial el Juez puede apreciarlo, según su criterio, hasta donde encuentre su fundamento, o desestimarlo, si no fuere posible otra cosa". (G. J., XLVI, 69). La debida fundamentación es, según esta Sala, la que consista en "consideraciones lógicas y racionales, que conduzcan a la evidencia de la conclusión que se propone". (G. J., XLV, 362); y no es racional ni lógico que el demandado se vea obligado a anticipar el monto de perjuicios periódicos causados, sin deducir, al menos, los intereses de las sumas que anticipa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Bogotá, diciembre 18 de 1964.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

La sentencia de esta Corte, de 31 de octubre de 1962, que revisó la dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario promovido contra la Nación por Carmen Torres viuda de Garcés, en su propio nombre y en el de sus menores hijas legítimas Jen del Socorro Garcés, Magola Isabel Garcés y Ginés del Carmen Garcés, dispuso:

"1º Revócase la tasación concreta de los perjuicios materiales hecha por el Tribunal, a fin de que éstos sean estimados como lo dispone el artículo 553 del Código Judicial.

"2º Condénase a la Nación a pagar a las demandantes, además de los daños patrimoniales apreciados en la forma que acaba de expresarse, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) a cada una de ellas, por concepto de perjuicios morales".

Dijo además el mencionado fallo que para hacer la tasación de los perjuicios patrimoniales habían de tenerse en consideración las siguientes bases: "1. Las reglas que en el Código Civil regulan la obligación alimentaria del padre de familia; 2. La vida probable de Garcés Batioja en el caso de no haber ocurrido el accidente que dio lugar a este juicio; 3. El ingreso neto que por medios idóneos se acredite que aquel hubiera podido derivar de su trabajo o actividad personal, excluida la renta de bienes cuya producti-

bilidad no pudo afectarse con su muerte; 4. El porcentaje de ese ingreso que se compruebe empleaba en el sostenimiento de su familia".

En virtud de lo resuelto en esta providencia, el señor apoderado de la parte actora, al pedir su cumplimiento, presentó al Tribunal *a quo* una liquidación motivada, que, en traslado al señor agente del Ministerio Público, fue objetada por éste, por lo cual el incidente se abrió a pruebas como lo prevé el artículo 553 del Código Judicial.

Durante el respectivo período la parte demandante allegó a los autos las siguientes pruebas: Concepto médico-legal sobre la supervivencia probable de un hombre de treinta y cuatro años y sobre su capacidad laboral en distintas etapas de la vida; declaraciones de Libardo Eraso Zambrano, Régulo Solís Peña y Julio Medranda sobre la suma de dinero necesaria para el sostenimiento de una familia como la de José Garcés Batioja en la región donde éste residía y de acuerdo con su posición, etc.; declaraciones de Ermínsul Velasco, Eladio Santos, Milton Muñoz, José Antonio Rosero, Patricio Jiménez, Jeremías Perea y David Aguiño relativas a la edad de Garcés Batioja cuando murió —veinticuatro años aproximadamente, según los testigos—, a la índole de sus negocios, a sus condiciones físicas y morales, al rendimiento económico que derivaba de su actividad comercial, a la forma como atendía al sostenimiento de su familia, etc.; certificación del Banco de la República sobre la cotización del dólar en diferentes épocas; dictamen pericial de los señores Rogelio Bolaños y José Lagos Pantoja en que, con fundamento en las pruebas que ya obraban en el expediente y en las producidas en este incidente, calculan en ciento sesenta mil pesos el perjuicio recibido conjuntamente por su esposa y sus hijas con motivo de su fallecimiento, teniendo en cuenta una edad de treinta y tres años y cuatro meses, una vida probable de veintiséis años y ocho meses, un ingreso mensual de un mil pesos hasta los cincuenta años y de setecientos cincuenta entre esta edad y la de sesenta años y un gasto mensual de quinientos pesos en el sostenimiento de su familia.

El Tribunal fallador acoge el anterior dictamen en términos generales, pero se aparta del cálculo que del monto del año hacen los peritos por cuanto, en su concepto, de la suma total calculada por los peritos debe deducirse el monto de los intereses del capital que la Nación ha de pagar anticipadamente, pues que en verdad se trata de satisfacer de manera anticipada un crédito que se debería pagar en forma sucesiva; y para enmendar el error expresado procede esa corporación a calcular la indemnización con aplicación de las tablas de Garuffa, fundándose para ello en la aceptación que de tal procedimiento hizo la Corte a partir de la providencia de dos de abril de mil novecientos cuarenta y tres, el que explica así este último fallo: "El modo de cobrar con este sistema es así: conocida la edad de la víctima y la del reclamante, se busca la vida probable de ambos en las tablas respectivas; y en el cuadro precedente se busca la cantidad que debe consignarse, por cada peso, correspondiente a los años de esa vida probable menor. Esta cantidad se multiplica por la renta anual que dejó de percibir el reclamante debido a la muerte de la víctima. La cantidad que arroje esa operación es la suma que debe pagarse como indemnización (...). El sistema aplicado por la sentencia del Tribunal de Pasto que se revisa significa un notable avance en el campo de la equidad de las prestaciones, pues con ese procedimiento se reduce de manera notoria la cuantía de la indemnización, con bases de evidente justicia. La obligación sucesiva debe satisfacerse periódicamente y no en un solo acto. Si esto último se realiza, anticipándose las prestaciones sucesivas, haciendo de ellas una sola, es lo natural que se deduzcan las utilidades, a las cuales no se extiende la condena, que ese capital anticipado va a producir si se le supone depositado en un banco y listo para que de él se desprendan, en sus distintas oportunidades, las sumas correspondientes a cada una de las sucesivas obligaciones. La indemnización debe limitarse al pago de la renta periódica, y si para hacerlo se anticipa un capital que se entrega al beneficiario, es claro que lo que exceda a esa indemnización periódica sobrepasa los cálculos y los dictados de la justicia, la que si no acepta que un perjuicio quede sin satisfacción, tampoco quiere ir más allá, enriqueciendo indebidamente el patrimonio lesionado".

Por aplicación de este sistema, el Tribunal ha procedido en el presente caso en forma que explica así: "Se tiene que desde la fecha de la muerte de José Garcés Batioja, 5 de julio de 1954, se hallan vencidas nueve anualidades, las cuales, por ser devengadas no sufren disminución por concepto de intereses de capitalización. Se anotó que los peritos fijaron como la edad probable de José Garcés Batioja, si no hubiera ocurrido el hecho que da lugar a la indemnización, en el lapso comprendido entre fecha del fallecimiento de este señor y la de los sesenta años de edad a que hubiera podido llegar; lo que da: 60 menos 34, la diferencia de 26 años, que es en concreto la vida probable fijada por

los peritos, en el concepto antes citado. Restados a los 26 años los 9 devengados, quedan 17, por los cuales pagará la Nación por anticipado el monto de la indemnización; y por lo mismo, a éstos se debe aplicar la tarifa de Garuffa para señalar ese monto, con la deducción de los intereses de capitalización. Así pues, en cuanto a los primeros 9 años, multiplicamos este número por la anualidad de $ 6.000, resultado de multiplicar los $ 500.00 mensuales de alimentos congruos que dejaron de percibir las demandantes con la muerte de José Garcés Batioja por los doce meses que integran la anualidad; y el producto es la suma de $ 54.000 que constituye el valor de la indemnización ya devengada.

"Las tablas de Garuffa determinan la suma de $ 10.477 como el valor que debe consignarse para pagar $ 1.00 de indemnización en 17 años, con descuento de la rata de capitalización. Pero como lo que debe pagarse es la suma de $ 6.000 anuales, se tiene que multiplicado este valor por $ 10.477 da el monto de la indemnización en los 17 años, o sea, la suma de $ 62.862 que la Nación pagará por anticipado, conjuntamente con la cantidad ya devengada".

La parte actora impugna la providencia anterior, en cuanto, en su opinión, "peca por defecto en su estimativo que en manera alguna pudo ser inferior a los $ 150.000, tomando como base el mínimum de la pericia aceptada por los litigantes, la que, a falta de objeción, por cuanto fue unánime y basada en determinaciones y hechos concretos, adquiría el valor de prueba plena o completa, para fijar la cuantía de los perjuicios materiales", y también porque para la determinación de dicha cuantía toma como base la edad de treinta y cuatro como la que tenía Garcés Batioja el día de su fallecimiento, en vez de la de treinta y tres años y cuatro meses que en su concepto era la verdadera.

Sobre el mérito del avalúo pericial dispone el artículo 721 del Código Judicial que hace plena prueba cuando el dictamen es "uniforme, explicado y debidamente fundamentado". En el presente caso, la peritación es uniforme y suficientemente explicada, y además se apoya en hechos y circunstancias —la naturaleza de los negocios de Garcés Batioja, la forma como desarrollaba su actividad comercial, su laboriosidad y capacidad para aquellos negocios, su ingreso probable mensual, la suma aproximada que debía consumir en el sostenimiento de su familia dados su situación económica, el medio en que vivía y la propia personal experiencia de quienes deponen sobre el particular, a propósito de todo lo cual hacen razonadas y uniformes exposiciones los testigos arriba mencionados— que permiten a los peritos inferir con fundamento atendible que el ingreso mensual de Garcés, debido a su esfuerzo personal, no era inferior a un mil pesos, de los cuales empleaba quinientos en el sostenimiento de su esposa y de sus hijas; pero el cálculo del daño material sufrido por los demandantes con motivo de su muerte, falla en cuanto, como ya lo ha enseñado la Corte, en casos como éste hay que atender a la circunstancia de ser el daño sucesivo, y por consiguiente periódica la indemnización. "Lo equitativo en estos casos —ha dicho la Sala— es que el demandado pague por indemnización de perjuicios una cantidad igual a la que tendría que consignar en un banco, para que con esa cantidad y los intereses al 6% anual que ella debe producir en los años de vida probable, fuese pagando mensualmente a los actores la renta mensual por el término de dicha supervivencia". (G. J., LV, 418). El pago acumulado de rentas futuras, y por tanto no devengadas todavía, implica un anticipo de capital, con la consecuencia de un enriquecimiento injusto por parte del acreedor, representado en el interés de ese capital cuando no se ha deducido previamente. De suerte que bien puede considerarse que el cómputo de perjuicios calculado sin hacer esa deducción, cuando se trata de un daño sucesivo que daría lugar a pagos periódicos, es errado, en uno de sus esenciales fundamentos cual es ajustarse a la estricta equidad, y no debe apreciarse como prueba perfecta a tenor de lo prescrito en el ya citado artículo 721 del Código Judicial, que para que pueda ser tenido como tal prueba exige en él debida fundamentación. Sin que pueda alegarse que el fallador no puede apartarse de él por no haber sido motivo de objeción de la parte contraria, pues que, como también lo ha dicho esta Sala, "cuando el dictamen pericial no reúne los requisitos del artículo 721 del Código Judicial el Juez puede apreciarlo, según su criterio, hasta donde encuentre su fundamento, o desestimarlo, si no fuere posible otra cosa". (G. J., XLVI, 69). La debida fundamentación es, según esta Sala, la que consista en "consideraciones lógicas y racionales, que conduzcan a la evidencia de la conclusión que se propone". (G. J., XLV, 362); y no es racional ni lógico que el demandado se vea obligado a anticipar el monto de perjuicios periódicos causados, sin deducir, al menos, los intereses de las sumas que anticipa.

Obró acertadamente el Tribunal, así, pues, al desestimar la conclusión de los peritos en lo que atañe al monto del perjuicio material, y en suplir la deficiencia del dictamen con la aplicación de las tablas de Garuffa, sistema que ha

sido aceptado por la Corte y considerado por ella como "un notable avance en el campo de la equidad de las prestaciones, pues con ese procedimiento se reduce de manera notoria la cuantía de la indemnización, con bases de evidente justicia". De modo que si la edad de Garcés Batioja era de treinta y cuatro años, según quienes le conocían y con él habían vivido de cerca, y su vida probable, de no haber ocurrido el accidente, hubiera sido de sesenta años, conforme al dictamen de los médicos legistas, su esposa y sus hijas se verán privadas de su apoyo económico en cuantía de quinientos pesos mensuales, durante veintiséis años, de los cuales a la fecha de la providencia del Tribunal iban transcurridos nueve en que no había lugar a deducción de intereses. Pero como para la fecha en que esta resolución haya de quedar ejecutoriada habrán ya transcurrido diez años y seis meses, parece lo equitativo modificar la de primera instancia en el sentido de reconocer a las víctimas del daño el derecho de percibir la indemnización sin deducción alguna durante este último lapso, o sea, sesenta y tres mil pesos ($ 63.000), por este concepto, que es el resultado de multiplicar los seis mil pesos ($ 6.000) a que equivale el daño anualmente por los diez años y seis meses transcurridos; y por el otro concepto, cincuenta y ocho mil doscientos setenta y dos pesos ($ 58.272) que es el resultado de multiplicar el monto anual de la indemnización por 9.712 que es la cifra que representa en el sistema de Garuffa la suma que al interés del seis por ciento (6%) anual produciría un peso al año durante el resto del tiempo que comprendería el resarcimiento periódico, deducidos los intereses arriba expresados.

Como la indemnización de daños comprende el lucro cesante, que debe en caso como éste estar representado por el interés legal de la cuantía que se liquide, esta liquidación debe también comprender ese interés desde la fecha en que ocurrió el accidente hasta el día en que se realice el pago.

Y obró también acertadamente el Tribunal al tomar como base la edad de treinta y cuatro que declaran amigos y conocedores de Garcés Batioja, pues el acta de nacimiento que se trajo a los autos carece de la autenticación que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha debido hacer de la firma del Cónsul de Colombia en Esmeraldas, Ecuador, por lo cual carece de eficacia probatoria.

El representante de la Nación en el juicio también apeló de la providencia que se revisa, pero sin que en parte alguna aparezcan expuestas las razones que tuvo para interponer el recurso; y como, por otra parte, la resolución de la corporación falladora se apoya, como ya se puso de presente, en pruebas que obran en los autos, y el señalamiento de los perjuicios lo hace por procedimiento que ha sido aceptado por la Corte, y de acuerdo con el concepto pericial, salvo en lo que concierne al método de hacer la liquidación, respecto del cual esta Sala está conforme con lo decidido por el fallador *a quo*, es el caso de confirmar la providencia apelada, con las modificaciones anunciadas y que aparecen en la parte resolutiva.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia reforma el auto proferido en este incidente de liquidación de perjuicios, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el sentido indicado en la parte motiva, y consiguientemente establece en la suma de ciento veintiún mil doscientos setenta y dos pesos ($ 121.272) moneda legal el monto de la indemnización que la Nación debe pagar a la parte demandante, más los intereses legales de esta cantidad desde el día en que se causó el daño hasta el en que se satisfaga el crédito.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Jorge Restrepo Hoyos, Conjuez, *Luis Carlos Zambrano.*

Jorge García Merlano, Secretario.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala de Negocios Generales de la Corte dictó también durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1964, las sentencias que se enumeran a continuación, en las cuales se absolvió a la Nación de los cargos formulados en las respectivas demandas y que no se publican en la Gaceta en consideración a su falta de interés doctrinario.

Demandante	*Demandado*	*Fecha*	*Magistrado*
1. Fábrica de Cemento Samper	La Nación	Octubre 6	Dr. Osejo Peña.
2. Margarita Holguín de Uribe Holguín	" "	" 7	" Zambrano.
3. Antonio Alvarez Restrepo	" "	" 7	" Araújo G.
4. Manuel Eliécer Espinosa y otros	" "	" 15	" Zambrano.
5. María Venegas de Leiva	" "	" 19	" Osejo Peña.
6. Campo Elías Pinzón T.	" "	" 21	" Araújo G.
7. Angel Cirilo García Sosa y otros	" "	" 22	" Zambrano.
8. Pablo Bickembach	" "	" 22	" Zambrano.
9. Silverio Prada	" "	" 23	" Osejo Peña.
10. Rafael Tafur Herrán	" "	" 24	" Osejo Peña.
11. Alicia Londoño de Salazar y otros	" "	" 24	" Peláez.
12. Francisco Ruiz y otros	" "	" 24	" Peláez.
13. Paulina Molano García y otros	" "	" 27	" Osejo Peña.
14. Hermann Glaussen y otro	" "	Noviembre 3	" Zambrano.
15. Rósula Vargas	" "	" 3	" Zambrano.
16. Cervecerías Barranquilla y Bolívar	" "	" 5	" Peláez.
17. Municipios de Ciénaga y Puebloviejo	" "	" 5	" Peláez.
18. Sucesión de María Jaramillo de Jaramillo	" "	" 6	" Osejo Peña.
19. Ricardo Pérez	" "	" 9	" Araújo G.
20. Pedro R. Medina	" "	" 24	" Peláez.
21. Alberto Segura Martínez	" "	" 26	" Osejo Peña.
22. Compañía La Esperanza Limitada	" "	" 27	" Zambrano.
23. Alicia Gómez de Arbeláez y otra	" "	" 27	" Osejo Peña.
24. José de la Cruz Flórez Pérez	" "	Diciembre 9	" Peláez.

INDICE

SALA PLENA

Págs.

Sanciones disciplinarias. — La querella con finalidades disciplinarias, para que no se desvíe de su altísimo objetivo, ha de conformarse con un mínimo de requisitos inspirados en la equidad. — Cuáles son las demoras que merecen sanción y cuáles son justificadas. — No entra en el ámbito de la función disciplinaria el calificar el acierto o desacierto de las providencias judiciales, aunque sí el poder verificar, sobre los medios probatorios aducidos, si ellas obedecieron a factores constitutivos de una conducta inmoral o delictual. — Con fecha 8 de octubre de 1964, la Sala Plena de la Corte declara que no es el caso de aplicar ninguna sanción disciplinaria a los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctores Guillermo Rey Barrera, Gualberto Rodríguez Peña y Hugo Vela Camelo por las quejas formuladas por Luis Alberto Muñoz y la División de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia. — Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 6

Vigilancia judicial, inexequibilidad de los artículos 1º y 4º de la Ley 68 de 1945. Los Decretos 105 de 1947 y 1716 de 1960 en relación con la Ley demandada, historia de las normas constitucionales sobre atribuciones del Ministerio Público. — Obviamente se comprende que un decreto reglamentario no puede subrogar la propia ley reglamentada. El Decreto 1716 de 1960 tiene el carácter de reglamentario de la Ley 68 de 1945. — Las funciones que la Constitución adscribe a las ramas del Poder Público o a organismos creados por ella son siempre privativas o exclusivas. — Por medio de leyes ordinarias no se puede reformar la Constitución, como lo hacen los artículos 1º y 4º de la Ley 68 de 1945, que asignaron al Ministerio de Justicia las funciones propias del Ministerio Público. El numeral 2º del artículo 119 de la Constitución muy claramente circunscribe la función que allí le señala el Gobierno; lo concerniente a la vigilancia judicial es cuestión extraña a la regulación de la citada norma. Si es cierto que el Ministerio Público se debe ejercer bajo la suprema dirección del Gobierno (artículo 142 de la Carta), ello debe cumplirse por intermedio de la Procuraduría, no del Ministerio de Justicia. — El Decreto 105 de 1947, reglamentario de la ley acusada y la violación del principio técnico que prohibe la duplicidad de funciones. — La reforma de 1945 dictó las normas necesarias para asegurarle al Ministerio Público la independencia en el ejercicio de sus atribuciones propias. Con fecha 31 de octubre de 1964, la Corte declara la inexequibilidad de los artículos 1º y 4º de la Ley 68 de 1945. — Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 12

Exequibilidad del artículo 7º de la Ley 126 de 1959. — Prestaciones sociales de los Generales. — Facultad del Organo Legislativo para fijar la jerarquía de las Fuerzas Militares. Naturaleza de los grados militares. — Evolución legal en Colombia del escalafón jerárquico militar. — Equivalencia para efectos de prestaciones sociales entre el grado de General conferido antes de 1953 y el de Brigadier General establecido por la Ley 126 de 1959. — No puede pretenderse que el grado de General estatuido por esta última ley sea el mismo que determinó el Decreto 1139 de 1932 y que se mantuvo en los ordenamientos subsiguientes hasta la expedición del Decreto número 1325 de 1953. — El hecho de que un General anterior a 1953 haya ocupado la cima de la jerarquía castrense hasta entonces establecida, no significa que esa posición deba ser en todo tiempo posterior el tope de la oficialidad. — Los derechos adquiridos respecto de prestaciones sociales por los Oficiales investidos del grado de "General", antes de 1953, no han sido desconocidos, ni vulnerados por el citado artículo 8º de la Ley 126 de 1959. — Este precepto no viola los artículos 30 y 159 de la Carta, ni infringe el 26 de la

Págs.

misma obra sobre garantías de juzgamiento. Con fecha 27 de noviembre de 1964, la Corte declara exequible el artículo 7º de la Ley 126 de 1959, "por la cual se reorganiza la carrera de Oficiales de las Fuerzas Militares". Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 26

Querella contra Magistrados del Tribunal Superior de Cali por supuesta violación de la Ley 8ª de 1958. — Si no hay dolo, no se incurre en responsabilidad penal por la interpretación equivocada que se haga de la ley por error o falibilidad. — Con fecha 3 de diciembre de 1964, la Corte declara que no existe fundamento para imponer ninguna sanción disciplinaria a los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores Marino Mejía Montoya y Antonio Sáucedo Carrasquilla, con respecto a los cargos que les fueron formulados por el doctor Ricardo Valencia. — Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 35

Reforma social agraria. — La Corte declara exequibles los artículos 3º, apartes a), d), e) y g), 4º, 8º, 12, 13, apartes a), b), c) y d), 14, 20, 22 a 28, 54, 62 y 64 de la Ley 135 de 1961. — Naturaleza y caracteres del establecimiento público. — Rasgos del Instituto Colombiano de Reforma Agraria. — La acusación. — Concepto del Procurador General de la Nación. — Examen de cargos. — Sentido y alcance de cada uno de los preceptos acusados, así: artículo 3º, ordinal a), inciso primero. Artículo 3º, ordinal a), segundo inciso y d) y artículos 22, 23, 24, 26, 27 y 28. Artículo 3º, ordinal e). Artículo 3º, ordinal g). Artículo 25. Artículo 4º. Artículo 20. Artículo 8º. Artículos 12 y 13. Artículo 14. Artículos 62 y 74. — Constitucionalidad de los establecimientos públicos. — Identificación de los terrenos de la Nación y organización de catastros. — Caminos vecinales. — Corporaciones Regionales de Desarrollo. — Funciones delegadas por el Instituto a estas corporaciones. — Facultad del legislador para determinar la composición de la Junta Directiva del Instituto. — Procuradores Agrarios. — Expropiación de la propiedad privada, por causas de utilidad pública con la correlativa indemnización a su titular. — Constitucionalidad del pago con bonos y plazos. — Indemnización previa. — La regulación del pago de las indemnizaciones que estatuye la Ley 135 de 1961 no hiere el ordenamiento de la Carta sobre expropiación por motivos de utilidad pública o interés social. — Con fecha 11 de diciembre de 1964, la Corte declara exequibles las disposiciones anteriormente enumeradas de la Ley 135 de 1961. — Magistrado ponente, doctor Julián Uribe Cadavid ... 38

Salvamento de voto del Magistrado doctor Carlos Peláez Trujillo, referente al fallo anterior 66

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña, respecto al fallo anterior ... 72

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ramiro Araújo Grau, respecto al fallo anterior. 77

La Corte declara inexequibles los artículos 2º y 3º del proyecto de ley "por la cual se ordena la ejecución de unas obras en los Municipios de Santander de Quilichao y Caldono, del Departamento del Cauca, en honor del Mayor Fabricio Cabrera". — Fundadas objeciones del Gobierno al proyecto citado por contrariar las normas contenidas en el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional. A qué obedecieron las normas consagradas en los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta. — Adopción previa de planes y programas para la expedición de leyes destinadas al fomento de empresas útiles y dignas de ser estimuladas y apoyadas. — Con fecha 15 de diciembre de 1964, la Corte declara inexequibles los artículos 2º y 3º del proyecto de ley mencionado antes. — Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta. 79

La Corte declara exequibles unos preceptos e inexequibles otros, de un proyecto de ley que concede auxilios de la Nación a unos municipios e inspecciones departamentales de Cundinamarca que adelantan obras públicas de utilidad social. — Objeciones del Gobierno al proyecto por inconstitucional, basadas en la Ley 71 de 1964. — Atribuciones que confiere al Congreso el artículo 76 de la Carta Fundamental. — Vía nacional planeada y planificada por la Ley 12 de 1949. — Exigencia constitucional sobre adopción previa de planes y programas para fomentar con dineros públicos, empresas útiles o dignas de apoyo. La Corte ratifica la doctrina expuesta sobre el particular en fallos de 14 de diciembre de 1945 y 5 de octubre de 1946. — La procedencia de leyes sobre planes y programas de obras públicas y auxilios económicos, no implica cercenamiento de las prerrogativas

Págs.

que corresponden al Congreso. — La vigencia de un precepto constitucional no puede darse por diferido sino en virtud de salvedad expresa de la Corte. — Con fecha de 16 de diciembre de 1964, la Corte declara exequibles unos preceptos e inexequibles otros del proyecto de ley "por el cual se auxilian las carreteras de Guadas, Chaguaní, Guaduero, Dindal del Departamento de Cundinamarca y se decreta la cooperación de la Nación para la realización de algunas obras públicas de utilidad social de los Municipios de La Vega y Subachoque, y en las Inspecciones de Reventones (Municipio de Anolaima), El Dindal (Municipio de Caparrapí) y Puerto Bogotá (Municipio de Guaduas). — Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 82

SALA CIVIL

Recurso de hecho. — Requisitos que debe llenar la copia ordenada por el artículo 513 del Código Judicial, para que pueda dar lugar a la apertura del recurso. — Por providencia de 7 de octubre de 1964 se declara inadmisible el recurso de hecho interpuesto en el ordinario adelantado ante el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio promovido por Enrique Riascos contra Isaac Rojas. — Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 88

Reivindicación. — Viabilidad de reivindicación de comuneros contra comunero en favor de la comunidad. — Sus efectos. — Comunidad. Régimen de coposesión. — Vías jurídicas de acción, ya para solucionar los conflictos de posesión entre los comuneros, ya para poner fin a la comunidad. — Pruebas varias para demostrar la identidad de la cosa que se pretende reivindicar. — Sentencia de 16 de octubre de 1964. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Andrés Nicolás Nieto contra Alberto García. — Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 90

Simulación. — Prueba entre las partes. — Imposibilidad física o moral para obtener la prueba literal. — Incongruencia. — Error de hecho y de derecho. — Autonomía del fallador de instancia en la valoración de pruebas. Error de hecho en la apreciación de indicios. Confesión extrajudicial. — Sentencia de 23 de octubre de 1964. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Valentina Preciado Flórez contra Samuel Hernández y otro. Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 98

Estado civil. — Condiciones para que tenga carácter de confesión la manifestación consignada en los hechos de la demanda. — Estado civil y su prueba. — La confesión no es medio ni siquiera supletorio para acreditar el estado civil. — Es legal la presentación directa de los instrumentos públicos o auténticos durante el término de pruebas. — Actas de registro de nacimientos. — Qué deben contener y alcance de la omisión de una cualquiera de tales anotaciones. — La edad y su prueba. Relaciones sexuales. — La fecha del comienzo, no su fin, y la del nacimiento. — Sentencia de 26 de octubre de 1964. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio ordinario promovido por Josefina Dau de Alemán contra Dive Bezil (o Pessil) de Dau. — Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 103

Resolución de contrato. — Base ineludible de la acción es la perfección del contrato. — Sentencia de 2 de noviembre de 1964. — Casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario promovido por Centrales Eléctricas de Nariño S. A., contra Sociedad Ingeniarco Ltda. — Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 117

Inspección ocular extrajudicial con peritos. — Su valor probatorio. — La ampliación de un dictamen pericial no se obtiene por medio de declaraciones de los expertos que en él intervinieron. — Deberes de la Corte en el estudio del cargo por violación directa, interpretación errónea o aplicación indebida de la ley. — En la censura de violación directa no procede volver a considerar la prueba de los hechos. — Error de derecho por violación del artículo 1757 del Código Civil. — Caso de error de hecho. — Sentencia de 2 de noviembre de 1964. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario promovido por Josefa Cuao y otros contra la Compañía Nacional de Electricidad. — Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 120

Responsabilidad por culpa. — Daños en las heredades vecinas generados por la ejecución de una obra nueva en suelo propio. — Prescrip-

Págs.

ción de la acción. — Daño futuro y daño inaparente. — Sentencia de 4 de noviembre de 1964. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Mercedes Alvarez Ricaurte y otros contra Hernando Galvis Espinoza y otros. — Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 128

Partición extrajudicial. — Medios legales de protección al adjudicatario del efecto ajeno. Error de hecho. — No procede acusar simultáneamente por errores de hecho y de derecho en la estimación de unos mismos medios. En qué consiste la identidad de una cosa corporal. — Diferencia entre el caso de que el error sobre la identidad específica del objeto verse únicamente sobre una porción de la masa partible y el caso en que tal clase de error recaiga sobre la totalidad de la misma masa. — Sentencia de 5 de noviembre de 1964. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Celia Tamayo v. de Posada contra Ilduara Posada v. de Tamayo. — Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón ... 132

Escrituras públicas. — Autonomía de la voluntad. — Voluntad declarada y voluntad real. Prueba de esta última entre las partes. — Simulación y nulidad como fenómenos jurídicos con individualidad propia. — Impugnar de nulidad simplemente por simulación no es postular definitivamente pretensión ninguna. Sentencia de 5 de noviembre de 1964. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Manuel Antonio Rojas contra Juan de Dios Durán Trujillo. — Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 140

Deslinde. — Su objeto y fines. — Supone litigio entre quienes se reconocen dominio sobre los predios limítrofes. — La cuestión de mejoras. En casación no incide el disentimiento del recurrente cuanto a la crítica de los medios. Sentencia de 5 de noviembre de 1964. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por Emérita Díaz Botina contra José Ignacio Guerrero. — Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 145

Nulidad de remate. — Prueba trasladada. — Valor probatorio de la aducción al juicio ordinario, en forma original o en copia, del Ejecutivo cuya nulidad se litiga. — Causal 6ª de casación. — Juicio ordinario. — Para admitir la demanda no es necesario que vaya acompañada de prueba alguna preconstituida. Nulidad de juicio ejecutivo prevista en el inciso 2º del artículo 457 del Código Judicial. Cesión de créditos y cesión de derechos litigiosos. — Relaciones entre cedente y cesionario, entre éstos y el deudor cedido y entre aquéllos y terceras personas. — Gananciales. Pueden tener la calidad de muebles o inmuebles. — Cargos subsidiarios en casación. Errores de hecho y de derecho formulados al tiempo respecto de una misma prueba. Los artículos 1757 y 1758 del Código Civil, no dan base al recurso de casación. — Sentencia de 5 de noviembre de 1964. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Isabel Ayala v. de Archila contra Jesús María Toro Osorio. — Magistrado ponente, doctor Julián Uribe Cadavid 149

Notarios. — Deberes que corresponden a los Notarios. — Formalidades sustanciales que deben llenar los instrumentos públicos. — En las escrituras públicas ordinarias, la presencia del Notario no es indispensable para la validez del instrumento. — La ausencia del Notario en el otorgamiento de las citadas escrituras no acarrea nulidad ni produce "inexistencia" del acto jurídico ni del instrumento. — Sentencia de 5 de noviembre de 1964. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario promovido por Eugenio Acosta Meriño contra José Angel Montoya. — Magistrado ponente, doctor Julián Uribe Cadavid 162

Partición. — Requisitos para que pueda ser impugnada mediante el recurso de casación la sentencia probatoria. — Providencia de 12 de noviembre de 1964, se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Dolores Amaya de Gámez contra Campo Elías Amaya Monroy. — Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 171

La Ley. — Su conocimiento es una presunción de derecho. — Constituye denegación de justicia rechazar las pretensiones de la demanda por desconocimiento del ordenamiento legal.

Págs.

La Ley, en ningún caso, se controvierte como hecho de la demanda. — Sentencia de 13 de noviembre de 1964. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio ordinario promovido por Leopoldo Cifuentes Dueñas contra Rosendo Rojas. Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 173

Firmeza contractual. — Puede fenecer sin mutuo disentimiento, pero por causas legales dependientes de la voluntad de una de las partes, o de un hecho como la muerte en los que se forman intuitu personae. — El encargo fiduciario y su cumplimiento. — Sentencia de 23 de noviembre de 1964. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por María Emilia Restrepo Barrientos contra Gilberto Ramírez Hurtado. — Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 176

Filiación natural, reforma de testamento, petición de herencia y restitución. — Excepción de cosa juzgada. — Prescripción de la acción de reforma del testamento. — De dónde dimana la calidad de legitimario. — Condiciones para que el estado civil produzca consecuencias jurídicas. — Alcance de la filiación natural de hecho. — Preterición de legitimario en el testamento. — Límite de la autonomía del sentenciador en la apreciación de testimonios contrapuestos. — Sentencia de 4 de diciembre de 1964. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por María Delia Mesa de Velandia contra Ramón Mesa Villa. — Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 181

Nulidad y simulación. — Son dos figuras jurídicas distintas regidas por principios diferentes e inconfundibles. — Simulación ilícita. Ningún precepto positivo determina el rechazo de esta acción. — Condiciones para que la simulación alegada como acción pueda ser judicialmente declarada. — Mandato oculto o sin representación y simulación por interposición de persona. — Sentencia de 18 de diciembre de 1964. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario promovido por Eugenio Schmidt contra Juana Llanos de Barthel y otro. Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava 193

SALA PENAL

Págs.

Falsedad en documentos y estafa. — Valor probatorio de la confesión extrajudicial. — Clases de confesión reconocidas por la legislación colombiana. — Alcance de la confesión judicial en materia civil y en el campo penal. Mérito de la confesión extrajudicial tanto en lo civil como en lo penal. — Cómo puede cumplirse una confesión extrajudicial. — Debe admitirse que por medio de documentos puede confesarse extrajudicialmente un hecho personal de quien extiende el respectivo escrito. Supuestos para estimar el valor probatorio de la confesión. — Impugnación de la sentencia con base en la causal 2ª de casación (Art. 567 del C. de P. P.). — Con fecha 7 de octubre de 1964 la Corte no invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por medio de la cual se condenó a Jane Almario Charry de Caballero, como responsable de los delitos de falsedad en documentos y estafa. — Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 209

Revisión en materia penal. — Proceso por el delito de secuestro. — Demostración de la causal 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. — Hechos nuevos no conocidos al tiempo de los debates. — Elementos que constituyen graves indicios de inocencia o irresponsabilidad de la condenada. — Ausencia de dolo genérico. — Con fecha 8 de octubre de 1964, la Corte ordena revisar la causa que se siguió por el delito de secuestro a la señora Ilyria Patiño de Huertas Payán. Magistrado ponente, doctor Antonio Moreno Mosquera 215

Homicidio y robo. — Hipótesis a que se refieren las causales primera y segunda de casación penal. — Las cuestiones atinentes al cuerpo de los delitos y a los elementos de la responsabilidad que fueron definidos por los jueces de hecho impiden a la Corte debatir como error de derecho, lo que el acusador plantea a través de una crítica a los elementos probatorios. — Violación directa y violación indirecta de la ley. — Con fecha 8 de octubre de 1964 se desecha el recurso extraordinario de casación, interpuesto por los procesados Arturo y Miguel Muñoz Romero contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que los condenó por homicidio y robo. — Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta. 219

Págs.

Homicidio y lesiones personales. — Acusación de la sentencia por haber reconocido como válido un veredicto con intromisión ilegal de los jurados al calificar éstos jurídicamente el hecho delictuoso. — El empleo de vocablos estrictamente técnicos, por los jueces de hecho, en nada contraviene el ordenamiento impuesto por el Código de Procedimiento Penal para los juicios por jurado. Interpretación del inciso 2º del artículo 32 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la jurisdicción y competencia atribuidas a los jueces populares. — Causales 4ª y 1ª de casación. Con fecha 9 de octubre de 1964 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Francisco Silva Jiménez contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que lo condenó por los delitos antes mencionados. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 222

Prevaricato y abuso de autoridad. — No corresponde deducir responsabilidad penal contra el juez que, únicamente por error o falibilidad, hace una interpretación equivocada de la ley. — Factores subjetivos en el prevaricato y en el abuso de autoridad. — Denegación de justicia. — Notificación en estrados en la jurisdicción del trabajo. — Trámite del recurso de apelación introducido extemporáneamente. — Recurso de hecho. — Con fecha 14 de octubre de 1964, la Sala Penal de la Corte sobresee definitivamente en favor de los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores Nicolás Fuentes Jiménez, Arnaldo Maury Castro y Pablo José Cervera por los hechos denunciados en su contra por el señor Alberto Marulanda Grillo. — Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 225

Nulidad por incompetencia de jurisdicción en proceso seguido a Auditor Principal de Guerra. — Incompatibilidad entre disposiciones del Código de Justicia Penal Militar y el artículo 170 de la Carta. — La Corte ratifica su criterio sobre aplicación preferente de normas de carácter constitucional a otros preceptos legales. — Del delito de falsedad en documentos, entre otras infracciones penales, corresponde conocer a los Juzgados Superiores de Distrito Judicial. — Con fecha 24 de octubre de 1964, la Corte declara nulo lo actuado en el proceso seguido a Raúl Cortés González y dispone remitir el negocio al reparto de los jueces superiores de Bogotá. — Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 243

Proceso por violencia carnal. — El derecho de pedir pruebas y la defensa del acusado. Interrogatorios. — Planteamiento de hipótesis inconciliables entre sí. — Técnica de la casación y sustentación de tesis contradictorias. Causales 1ª y 2ª — Con fecha 26 de octubre de 1964, la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali que condenó a Ferney Hurtado Hurtado por violencia carnal. — Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 245

Robo. — Las huellas dactilares como indicio vehemente de responsabilidad en la infracción penal. — Examen del acervo probatorio. Tacha a la sentencia con base en las causales 2ª y 1ª de casación. — Técnica del recurso. Facultad de la Sala Penal de la Corte en la estimación de las pruebas. — Con fecha 5 de noviembre de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por el procesado Jorge Alberto Garzón, condenado por robo. — Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 252

Compatibilidad entre un homicidio preterintencional y la ira como modalidad atenuativa. Siendo la circunstancia de la ira, en las condiciones del artículo 28 del Código Penal una atenuante, no hay razón de orden jurídico para que no pueda incidir sobre el delito preterintencional de homicidio. — Sicológicamente no es aceptable que sea la ira incompatible con el propósito de herir que caracteriza aquel ilícito. — Veredicto contradictorio. — Causales 1ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. — Con fecha 5 de noviembre de 1964, la Corte no invalida la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que condenó a Julio Roberto Moya Medina por homicidio. — Magistrado ponente, doctor Antonio Moreno Mosquera 259

Homicidio, calificado de asesinato. — Cuestionarios sometidos al Jurado.— Las condiciones personales y la identidad del procesado. — Integración del asesinato. — Circunstancia específica de la asechanza. — Motivo de nulidad invocado con fundamento en los artículos 422 y 178 del Código Penal. — Facultad del investigador para usar de la inspección ocular. "Peritos" y "testigos actuarios". — Funciones

Págs.

de unos y de otros. — Señalamiento concreto de la pena imponible. — Causales 1ª y 4ª de casación. — Con fecha diez de noviembre de 1964 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Juan de Jesús Pardo Durán por el delito aludido. — Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta. 262

Prescripción de la acción penal. — Desde cuándo ésta empieza a correr para las tentativas, delitos frustrados y para las infracciones continuas. — Con fecha 18 de noviembre de 1964, la Corte dispone que no corresponde abrir investigación penal alguna por los hechos que denuncia la señorita Beatriz Osorio C. contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Luis Gonzalo Fajardo, Ricardo Medina Moyano y Eduardo Millán Millán. — Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 268

Peculado. — Fundamentos del artículo 430 del Código de Procedimiento Penal. — Competencia por la naturaleza del hecho. — Las nulidades sustanciales por violación del derecho de defensa del inculpado. — Valoración del material probatorio. — Invocación del estado de necesidad y alcance de la confesión libre y espontánea. — Carácter de establecimiento público de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. — El delito de peculado lo puede cometer no solo el empleado o funcionario público sino "el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado". — Función de la Corte, casos de estimación de la prueba. — Causales 1ª y 2ª de casación. — Con fecha 24 de noviembre de 1964, la Corte no invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que condenó a Albeiro López Jaramillo por el delito mencionado. — Magistrado ponente, doctor Antonio Moreno Mosquera 270

Homicidio (asesinato). — Las nulidades y el derecho de defensa. — Agravante contenida en el artículo 363 del Código Penal, ordinal 5º, sometida por el juzgador a la decisión del Jurado. — No hay lugar a estimar que el fallo excedió los ordenamientos legales en cuanto a la individualización de la pena. — Armonía entre el auto de proceder y la cuestión sometida al Jurado y entre el veredicto y la sentencia. — Causales 4ª, 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. — Con fecha 24 de noviembre de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Alvaro Gallego Gallego por el delito relacionado. — Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria ... 278

Lesiones personales. — Equivocada impugnación del recurrente al atribuir una nulidad que la ley no consagra, dentro de las causales que al efecto señala el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. — Competencia por la naturaleza del hecho. — En tratándose de un solo delito, cualquiera que sea el número de participantes o autores, debe formarse un solo proceso. — Alcance y procedencia de la causal 2ª — La riña imprevista como situación específica de atenuación. — Invocación de las causales 4ª, 2ª y 1ª de casación. — Con fecha 24 de noviembre de 1964 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que condenó a Espíritu Cubides Avila por el delito referido. — Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 283

Peculado. — Delito continuado. — Ordinales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. — Cargo por error en la denominación jurídica de la infracción. — La Federación Nacional de Cafeteros es empresa en la que tiene parte el Estado. — Delito continuado y cuantía del ilícito. — No procede reformatio in pejus *en tratándose del recurso de casación interpuesto por el procesado.* Con fecha 26 de noviembre de 1964 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Juan Manuel Murcia Gómez contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que lo condenó por el delito antes expresado. Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 286

Nulidad por error en la calificación jurídica de los hechos. — Complicidad correlativa y complicidad ordinaria. — El yerro cometido en la calificación que se lleve a cabo en la parte motiva del auto de proceder no origina el evento de nulidad previsto en el ordinal 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. — Coparticipación criminal y diferencia entre autores y cómplices. — Cuando las pruebas señalan el grado de participación material en la infracción punible, no puede hablarse de complicidad correlativa con respecto a los diferentes partícipes en el reato. — Con fecha 2 de diciembre de 1964 se desecha el

Págs.

recurso de casación interpuesto por los procesados Tirso de Jesús Arboleda Zuluaga y Abel Restrepo Hoyos, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que los condenó por los delitos de homicidio, lesiones personales y robo. — Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 289

Homicidio. — Juicio fallado en puro derecho, sin intervención del Jurado. — Demostración del yerro manifiesto del sentenciador en la estimación probatoria. — Viabilidad de la causal 2ª — Exceso en la legítima defensa. — Esta, cuando se debate en el campo jurídico, debe tener plena demostración: objetiva y subjetiva. — Necesario y prudente arbitrio de los jueces para apreciar las pruebas en el juicio criminal. — Causales 2ª y 1ª de casación. Con fecha 2 de diciembre de 1964 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Alberto Navarro Quesada por el delito relacionado. — Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 305

Amnistía e indulto. — El otorgamiento de las gracias de la amnistía y el indulto, son del resorte del legislador y del Gobierno y no de la Rama Jurisdiccional del Poder Público. El otorgamiento del indulto concierne al Presidente de la República y la amnistía corresponde al Congreso. — Manifiesta incompatibilidad entre el artículo 76 (Atrib. 23) de la C. N. y los artículos 1º del Decreto 2062 de 1954 y 330 (Atrib. 4ª) del C. de J. P. M. Con fecha 15 de diciembre de 1964, la Corte se abstiene de conocer por falta de competencia del recurso de apelación interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior Militar que declaró que no hay lugar al beneficio de amnistía que solicitó Víctor Navas o Víctor Manuel Jaimes y otros sindicados. Magistrado ponente, doctor Antonio Moreno Mosquera 309

Recurso de revisión. — Retractación de testigos. Cuándo ésta puede admitirse. — La revisión no equivale a la absolución del condenado y al ordenarla se tiende a corregir los errores de hecho en que se hubiera podido incurrir en el proceso. — Causales 3ª y 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. — Con fecha 16 de diciembre de 1964, la Corte ordena la revisión del proceso adelantado contra Sigifredo Sierra Pineda (a. Chepo), en el

Págs.

Juzgado Primero Superior de Ibagué y en el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial. Magistrado ponente, doctor Samuel Barrientos Restrepo 311

SALA LABORAL

Auxilio por enfermedad no profesional. — Técnica de casación. — Infundado cargo de errónea interpretación de la ley. — Son actividades distintas apreciar una prueba y dejar de estimarla. — Necesidad de tener en cuenta esta distinción en el recurso extraordinario. Nulidades procesales y recurso de casación. Con fecha 1º de octubre de 1964 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario laboral, promovido por Edelberto Cruz Arias contra la sociedad "Aerovías Nacionales de Colombia" (Avianca). — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 320

Cesantía. — Indemnización moratoria. — Conciliación. — Técnica del recurso extraordinario. — Sólo al terminar el contrato de trabajo se causa el derecho a la cesantía. — Cesantía y conciliación. — Sin aceptación del reclamante no puede hablarse de acuerdo conciliatorio. — La fase de la conciliación no es apta para aducir ni para valorar pruebas. Facultades del funcionario que interviene en el acto. — La estimación que él haga de medios probatorios no vincula al Juez en el proceso de conocimiento que pueda surgir con posterioridad. — Cuándo hay lugar a cesantía plena y cuándo a cesantía restringida. — Cuál es la prueba adecuada para determinar el capital de la empresa. — Error de hecho y técnica de casación. — Cómo se determina la fecha de la consignación de que trata el artículo 65, Código Sustantivo del Trabajo. Exención de la sanción moratoria. — Violación de la ley por falta de aplicación y violación por aplicación indebida. — Con fecha 5 de octubre de 1964, la Corte no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario laboral promovido por Oscar Nieto Henao contra la Compañía Industrias Metálicas. — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez ... 325

Reclamación de salarios, prestaciones e indemnizaciones. — Técnica del recurso de casación. Las dos modalidades que presenta el error de hecho. — Acertada y completa indicación

Págs.

que debe hacerse de las normas violadas. Con fecha 14 de octubre de 1964, la Corte no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral, promovido por Héctor Julio Ruiz contra la sociedad "Cerámicas Mayólica Rodríguez". — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 333

Auxilio de invalidez. — Liquidación de la cesantía en caso de enfermedad. — Exención de la sanción moratoria. — Interpretación de la demanda. — Presupuestos del auxilio de invalidez. — Examen de la afirmación de que la cesantía se causa por servicios realmente prestados. — Es evidente que durante el lapso de la enfermedad no hay prestación de servicio, pero de allí no se sigue que deba descontarse para liquidar la cesantía. — La enfermedad y la suspensión del vínculo laboral. En el lenguaje del Código del Trabajo la enfermedad es un fenómeno diferente a la fuerza mayor o el caso fortuito. — Exención de la sanción moratoria. — Interpretación de la demanda. — Con fecha 20 de octubre de 1964, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario laboral promovido por Marcelino Duque Peña contra la Federación Nacional de Cafeteros. — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 336

Empresa y patrono. — Situación jurídica del Instituto Colombiano de Seguros Sociales frente a sus trabajadores. — Competencia. Despido indirecto del trabajador. — Facultad limitada del patrono de exigir obediencia. Jus variandi. — Resolución del contrato e indemnización de perjuicios. — Técnica del recurso. — Qué se entiende por "empresa" en la ley laboral. — Naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Seguros Sociales. — A qué prestaciones está obligado dicho Instituto. El artículo 259, Código Sustantivo del Trabajo, identifica los conceptos de "patrono" y "empresa". — Técnica de casación y violación directa de la ley. — Competencia en los juicios contra Institutos o Cajas de Previsión Social o instituciones de derecho social. Condición de procedibilidad impuesta en el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral. — Entre los términos "prestación" e "indemnización" hay diferencia de significado. — Técnica del recurso de casación especialmente referida a la demostración del error de hecho. — Límites de la facultad patronal de exigir obediencia. — A qué se extiende el derecho del patrono de introducir variaciones en cuanto a las actividades que corresponden al trabajador. — Qué se entiende en la doctrina por despido indirecto. — Despido indirecto del trabajador y obligación de indemnizar perjuicios. — Resolución del contrato de trabajo con indemnización de perjuicios. Examen del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. — Evento en que el trabajador se ve forzado a retirarse por causa del patrono. — Circunstancias atenuantes y eximentes de sanción moratoria. — Con fecha 31 de octubre de 1964, la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio laboral promovido por Federico Delgado contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 344

Juicio laboral sobre pago de honorarios profesionales y reembolso de gastos del mandante al mandatario, causados por la ejecución de un contrato. — Interpretación del Decreto 456 de 1956 (Art. 1º) y del 931 del mismo año. Alcance de éstos para la definición de litigios derivados del trabajo personal independiente. Acumulación objetiva de acciones provenientes de una misma causa jurídica. — La inspección ocular y la exhibición como medios probatorios. — Sus diferencias. — Formalidades de la prueba en procesos civiles y laborales. — Para estimar una prueba se requiere el cumplimiento de un rito procesal correspondiente. — Efecto de la renuencia de la parte obligada a la inspección ocular en proceso laboral. — Con fecha 2 de noviembre de 1964, la Corte casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio sobre pago de honorarios profesionales, promovido por el doctor Jaime Corredor Arjona contra la Sociedad "Urbanizadora Cádiz". — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 366

Impugnación a causa del salario devengado por el trabajador al servicio de la sociedad patronal. — Condena por vacaciones, cesantía y primas de servicio. — Valor jurídico de la confesión en materia laboral en relación con la estipulación del salario. — Con fecha 4 de noviembre de 1964 no se casa la sentencia dictada por el Tribunal de Medellín en el

Págs.

juicio ordinario laboral promovido por Eusebio Gómez contra la Sociedad "Flota Granada". — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 374

Honorarios. — La prescripción de la acción para cobrarlos se regula por el Código de Procedimiento Laboral. — Es ineficaz en casación el ataque incompleto que deja incólume alguno de los soportes de la sentencia. Con fecha 5 de noviembre de 1964 no se casa la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio adelantado por el doctor Aurelio Rodríguez Bermúdez contra la señora Josefina Santos v. de Sabogal y otros. — Magistrado ponente, doctor Adán Arriaga Andrade 377

Recurso de homologación contra el laudo arbitral dictado por el Tribunal Especial de Arbitramento que dirimió el diferendo laboral, surgido entre el "Sindicato de Trabajadores de la Sociedad de Mejoras Públicas de Cúcuta" y la mencionada entidad. — Competencia de la Corte. — Objeto y limitaciones del arbitraje obligatorio. — Nulidad de la decisión arbitral en cuanto a cláusula de reserva, plazo presuntivo y duración indefinida de los contratos. — Subsidio familiar establecido por el Tribunal de Arbitramento. — Vigencia del fallo arbitral. — Extralimitación de las funciones de los árbitros. — Con fecha 10 de noviembre de 1964, la Corte homologa parcialmente el laudo arbitral anteriormente relacionado. — Magistrado ponente, doctor Adán Arriaga Andrade 380

Acusación por error evidente de hecho. — Cuestión relacionada con el tiempo de servicio. Libre apreciación de las pruebas por el Juez de Trabajo con sujeción a las reglas de la sana crítica. — Con fecha 10 de noviembre de 1964 no se casa la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario laboral promovido por Manuel Niebles Vega contra la sucesión de Guadalupe Vega Vásquez. — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 387

Nivelación de salarios por trabajo igual. — Evaluación de la eficacia en el trabajo. — Extinción legal del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo, aunque no haya dolo. — La sanción moratoria está siempre vinculada a cuestiones de hecho. — Con fecha 13 de noviembre de 1964 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio laboral promovido por Jorge Neira Granados contra "Acerías Paz del Río S. A.". — Magistrado ponente, doctor Adán Arriaga Andrade 390

Pensión jubilatoria. — Primas y cesantías definitivas. — Causal 1ª de casación. — Plazo presuntivo. — Duración del vínculo laboral. Capital de la empresa. — Estipulación del salario y su deducción unilateral. — Solución del trabajador en este evento. — Revisión del contrato. — Salarios variables y remuneración de dominicales y festivos. — Exigencias de la ley en estos casos. — Con fecha 13 de noviembre de 1964 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral seguido por Ignacio Montoya Aristizábal contra la Sociedad denominada "Rafael Restrepo y Cía." y otros. — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 397

Técnica de casación. — Es inadmisible involucrar en un solo razonamiento formas tan distintas como son la infracción directa, la interpretación errónea y el error de hecho, u omitir el concepto de la pretendida infracción. — Con fecha 20 de noviembre de 1964, la Corte no casa la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Plinio Avendaño contra Clímaco Ortega. — Magistrado ponente, doctor Adán Arriaga Andrade 407

Técnica de casación. — La apreciación de indicios no es susceptible de ataque en el recurso. — Con fecha 20 de noviembre de 1964, la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por la señora Colette de Vandeul contra el Colegio "Abraham Lincoln" de Bogotá. — Magistrado ponente, doctor Adán Arriaga Andrade 409

Pensión jubilatoria oficial. — El parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 24 de 1947 quedó derogado por el artículo 21 de la Ley 72 del mismo año. — La entidad oficial responsable de la pensión es aquélla a que hubiere estado afiliado el empleado al cumplir el vigésimo año de servicios. — Infracción directa de la ley sustantiva. — Con fecha 23 de noviembre

Págs.

de 1964, la Corte casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio adelantado por Víctor Castillo Rico contra las Empresas Públicas Municipales de Cartagena. — Magistrado ponente, doctor Adán Arriaga Andrade 413

Contrato de trabajo a domicilio y contrato de obra. — La ejecución de la labor en la vivienda del trabajador y la ayuda exclusiva de sus parientes. — Otras especies de relación laboral. — Con fecha 26 de noviembre de 1964 no se casa la sentencia recurrida de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio adelantado por Elena Cantor de Celis contra la Sociedad "Fábrica de Calzado Chap Hnos.". Magistrado ponente, doctor Adán Arriaga Andrade 416

Prescripción de la acción. — Con fecha 1º de diciembre de 1964 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario laboral promovido por José Luis Paredes contra Diego Caicedo. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 419

Contrato individual de trabajo. — Para presumirlo se requiere que la actividad demostrada sea "personal". — Sentido y alcance que a la locución "trabajo personal" da la doctrina y la jurisprudencia laboral. — Con fecha 2 de diciembre de 1964, la Corte casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio laboral adelantado por Octavio Ochoa contra la Sociedad "Industria Roca Ltda.". — Magistrado ponente, doctor Adán Arriaga Andrade 422

Pensión jubilatoria oficial. — Con fecha 2 de diciembre de 1964 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio laboral promovido por Rodolfo González Olascuaga contra las Empresas Públicas Municipales de Cartagena. Magistrado ponente, doctor Adán Arriaga Andrade 426

Acusaciones por errores de hecho derivados de mala apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras. — Confesión de las partes en posiciones. — Prueba testimonial. Dictamen pericial. — Presunción que establece el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. — Cuándo es viable este motivo de casación. — Elementos del contrato de trabajo. — Colaboración de terceros. — Con fecha 3 de diciembre de 1964 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior Judicial de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Ramón Galvis contra Efraín Becerra. — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 429

La Corte declara inexequibles unas decisiones y homologa otras del laudo proferido en el conflicto surgido entre el "Colegio de Profesores de la Universidad de Antioquia" y la misma institución. — Violación del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, por extralimitación de los árbitros en su facultad decisoria. — No es función de los árbitros decidir sobre la exequibilidad de norma o reglamento. — Cuándo una decisión es susceptible de revisarse en sede de homologación, por violación de la Constitución o de la ley. Con fecha 7 de diciembre de 1964, la Corte declara inexequibles unas decisiones y homologa otras del laudo anteriormente relacionado. — Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 435

Indemnización de lucro cesante por despido ilegal. — Error de hecho que no incide en la parte resolutiva de la sentencia. — Certificado médico a la terminación del contrato de trabajo y sanción moratoria por su omisión. Ineficacia de las pruebas no anunciadas ni decretadas oportunamente. — Con fecha 9 de diciembre de 1964, la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Barranquilla, dictada en el juicio laboral adelantado por José Manuel Galván contra la Sociedad "Llano Equipment Corporation". — Magistrado ponente, doctor Adán Arriaga Andrade 446

Cesantía. — Indemnización moratoria. — Documentos. — A quién compete su reconocimiento. — Error de hecho evidente. — Con fecha 10 de diciembre de 1964 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio laboral adelantado por Alvaro Giraldo Varela contra la Sociedad denominada "Fabio Valencia Serna & Cía.", domiciliada en Bogotá. — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 450

Págs.

Indemnización por ruptura unilateral e injusta del contrato de trabajo. — Objeto de la casación laboral. — Fundamento de la demanda de reconvención. — Con fecha 12 de diciembre de 1964 no se casa la sentencia recurrida dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio adelantado por Nelson Fernández Cuello contra la Cooperativa Ferroviaria del Magdalena Ltda. — Ponente, doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 454

La empresa. — Su noción legal supone relaciones de trabajo dependiente. — Prescripción de acciones laborales. — Apreciación equivocada del certificado expedido por una Cámara de Comercio. — Equivocado planteamiento del recurrente al no fundar en las normas pertinentes de derecho material su reclamación de prestaciones sociales. — Cuándo cabe la acusación por interpretación errónea. — Con fecha 14 de diciembre de 1964 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario laboral adelantado por Armando Vega Montes contra la Compañía Harinera Industrial Limitada.—Magistrado ponente, doctor Adán Arriaga Andrade 457

Homologación parcial del laudo que dividió el conflicto colectivo surgido entre la Asociación Nacional de Empleados de la "Flota Mercante Grancolombiana" y esta empresa. Misión esencial de los árbitros, encaminada a establecer condiciones de trabajo que garanticen la armonía entre patronos y subordinados. — Validez de las fórmulas sustitutivas o intermedias. — El laudo arbitral en cuanto hace a la obligatoriedad, es equiparable a la sentencia judicial. — Facultad de los árbitros para interpretar el pliego de peticiones. — Anulación del artículo noveno por excederse el Tribunal en sus facultades al ordenar una reforma de los estatutos de una persona jurídica ajena al conflicto. — Condiciones para que los trabajadores no sindicalizados se beneficien del convenio o laudo. Recomendaciones formuladas por el Tribunal a la empresa. — Extensión de los poderes otorgados a los árbitros. — Interpretación y aplicación de una norma preexistente frente a concretos casos litigiosos. — Con fecha 14 de diciembre de 1964, la Corte homologa parcialmente el laudo antes relacionado. Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 462

Págs.

Relación jurídica de trabajo entre los litigantes. Trabajador subordinado de la compañía en calidad de agente vendedor. — Auxilio de cesantía. — Compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas. — Primas de servicio. — Confesión del representante de la sociedad en preguntas de posiciones presentadas al actor. — Análisis de la prueba testimonial. — La buena fe patronal y la exención por la sanción de mora. — Alcance del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. — Con fecha 14 de diciembre de 1964 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por José Alfredo Godoy contra la Sociedad denominada "Pabón & Cía.". — Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 473

Pruebas del contrato de trabajo y del salario devengado. — Fenómeno de la sustitución de patronos entre diversas sociedades y el demandante. — Requisitos para que se produzca la sustitución. — Uno de los elementos capitales de la sustitución de patronos es la demostración de que el contrato de trabajo no ha sufrido soluciones de continuidad. — Alcance del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo. — Análisis del material probatorio. — Acusación por error de hecho y autonomía de los juzgadores en la estimación de las pruebas. — Con fecha 16 de diciembre de 1964 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio laboral adelantado por Abel Morales Franco contra Jairo Posada S. y Eliseo Barreneche. — Ponente, doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral ... 479

Prima adicional pactada en el contrato de trabajo. — Requisitos de la demanda a tenor del artículo 90 del Código de Procedimiento del Trabajo. — Errores de técnica al formular la demanda de casación. — En qué consiste la infracción directa de la ley. — Motivo o medio nuevo en casación. — Con fecha 16 de diciembre de 1964 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio laboral seguido por Wilhelm Den Blanken contra "Empresas Campenon Bernard de Colombia Limitada". Ponente, doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 486

Honorarios profesionales. — Terminación del mandato.—Prescripción de la acción.—Apli-

Págs.

cación de las normas contenidas en el ordinal 3º del artículo 2189, inciso 1º del artículo 2190 del Código Civil y artículo 2542 de la misma obra. — La Corte ratifica su criterio respecto a que todo cargo en casación debe contener una proposición jurídica completa. Norma que establece la obligación de remunerar al mandatario por su gestión. — Omisión del demandante al respecto. — Con fecha 16 de diciembre de 1964 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio laboral adelantado por José Ignacio Bustamante contra la Sociedad "Arrocera La Popa, Limitada". Ponente, doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 492

Se homologa en todas sus disposiciones el laudo proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento, que dirimió el diferendo laboral surgido entre el "Sindicato de Trabajadores del Municipio de Sonsón" y la misma entidad. La Corte reafirma la doctrina sobre el efecto retrospectivo de los laudos arbitrales, reitera la tesis sostenida en la sentencia del 21 de abril de 1964 y aduce sobre el particular nuevas consideraciones de especial importancia jurídica. — Con fecha 16 de diciembre la Corte resuelve declarar exequibles las disposiciones del laudo arbitral anteriormente relacionado. — Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 497

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Contestación de la demanda y relevo de prueba. Confesión. — Legitimación en causa, presupuestos procesales y fallo inhibitorio. — En Colombia no rige como regla general que la simple aceptación de un hecho de la demanda implique la exoneración de su prueba. — Debe tenerse en cuenta que la prueba de confesión debe llenar determinados requisitos. — Cómo se prueba la venta de un bien raíz. — Falta de la legitimación en causa. — La legitimación para obrar no es un presupuesto procesal. — Su falta de comprobación no debe conducir a la inhibitoria del juez sino a la absolución del demandado. — Por sentencia de 5 de octubre de 1964, la Corte confirma la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el juicio adelantado por la señorita Lorenza del Carmen Gómez Sánchez contra el Departamento de Córdoba. — Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 506

Págs.

Notificaciones personales y notificaciones por estado. — El gobernador representante del departamento. — Se admite un recurso de hecho. — Qué criterio debe aplicarse cuando se trata de establecer la extensión de las normas sobre notificaciones personales. — Esta clase de notificaciones son excepcionales y no la regla general. — No hay norma expresa que disponga hacerle personalmente al demandante la notificación de la providencia que deniega la admisión de la demanda, ni al acreedor ejecutante la del auto que rehusa el mandamiento de pago. — Necesidad de notificar al gobernador respectivo la demanda en que es parte un departamento. — Con fecha 8 de octubre de 1964, la Corte repone del 23 de agosto de este año y en consecuencia admite el recurso de hecho provocado por el ejecutante Alvaro Ricaurte Pardo contra el Departamento del Tolima. — Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 510

Juicio ordinario contra la Nación sobre la nulidad o la rescisión de un contrato de compraventa de un inmueble rural. — Con fecha 9 de octubre de 1964, la Sala de Negocios Generales de la Corte absuelve a la Nación de las pretensiones formuladas por la actora Baldomera Parra viuda de Jiménez en el juicio ordinario adelantado en relación con el inmueble Salento, ubicado en el Municipio de Melgar. — Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 512

Responsabilidad extracontractual de la Nación por la destrucción de un camión particular a causa de un derrumbe. — Criterio para determinar el monto de los perjuicios ocasionados. — Con fecha 30 de octubre de 1964, la Corte condena a la Nación a pagar a los demandantes Carlos y Jorge Becaría el valor de los perjuicios causados a un carro-tanque de propiedad de los demandantes. — Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau. 517

Responsabilidad extracontractual de la Nación por los daños personales causados por un derrumbe. — Indemnización a los padres por la muerte del hijo. — Probabilidad objetiva del daño futuro. — Condiciones para que el perjuicio sea resarcible. — Examen del caso en que los padres pierden con la muerte del hijo un beneficio mensual, no proveniente de obligación alimentaria. — Cuando se da la

Págs.

probabilidad objetiva, en su más alto grado, de obtener un provecho, su frustración será motivo de resarcimiento aunque no se tenga un título jurídico que lo garantice. — Con fecha 30 de octubre de 1964, la Corte confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil por medio de la cual condenó a la Nación como responsable de la muerte del señor Hernando Vargas García y dispone pagar a la demandante Gloria Becaría viuda de Vargas y otros perjuicios de orden material y moral. — Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 522

Responsabilidad extracontractual directa. — Indemnización por daños. — El perjuicio debe acreditarse en el plenario. — Por sentencia de 5 de noviembre de 1964 se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados en accidente de tránsito, promovido por Edilma Rozo de Martínez y otro contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 533

Responsabilidad del Estado por pérdida de mercancías depositadas en la Aduana. — Reembolso y conversión de moneda extranjera. Por sentencia de 26 de noviembre de 1964 se reforma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por la pérdida de mercancías depositadas en la Aduana, adelantado por Aseguradora Mercantil S. A., contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 544

Comunidad. — Quiénes la representan tanto por activa como por pasiva. — Petróleos. — La propiedad del inmueble objeto de la oposición, como elemento indispensable para la prosperidad de la acción. — Por sentencia de 27 de noviembre de 1964, se hacen las declaraciones solicitadas en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero (acumulado) promovido por Alicia Gómez de Arbeláez y María Gladys Arbeláez de Bernate y otros contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 547

Ferrocarriles Nacionales. — Servicios públicos. Procedimientos de derecho privado y de derecho público para la prestación de éstos. En sentido estricto sólo el procedimiento de derecho público corresponde al concepto jurídico de servicio; el derecho privado es solamente su auxiliar. — Modalidades que ofrece el procedimiento público y cuándo se configuran. — Descentralización de los servicios públicos. — Cómo se manifiesta. — Régimen legal de los Ferrocarriles Nacionales. — Responsabilidad civil de los Ferrocarriles Nacionales. — Naturaleza de la entidad conocida como Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. — Legitimatio ad causam. Por sentencia de 30 de noviembre de 1964 se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios adelantado por Teófilo Peña Jiménez contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. — Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 556

Salvamento de voto del Magistrado doctor Ramiro Araújo Grau, sobre la parte motiva de la sentencia que antecede 562

Daño sucesivo. — Cómputo de perjuicios. — Por providencia de 18 de diciembre de 1964 se reforma la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el incidente sobre liquidación de perjuicios adelantado por Carmen Torres viuda de Garcés y otros contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 563

33725 — 75