REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: Dr. LUIS IGNACIO SEGURA A.

Relator de la Corte

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CVI

Contiene los fallos proferidos por la Corte durante el

PRIMER TRIMESTRE DE 1.964

y consta de una sola entrega que se distingue con el

NUMERO 2271

BOGOTA D. E.

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

SALA PLENA

Dr. Samuel Barrientos Restrepo, Presidente.
Dr. Humberto Barrera Domínguez. Vicepresidente.
Dr. Ricardo Ramírez L. Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. Arturo C. Posada, Presidente.
Dr. 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

SALA DE CASACION PENAL

Dr. Simón Montero Torres, Presidente.
Dr. Pioquinto León L., Secretario

Magistrados: Doctores

Humberto Barrera Domínguez
Samuel Barrientos Restrepo
Simón Montero Torres
Gustavo Rendón Gaviria
Julio Roncallo Acosta
Primitivo Vergara Crespo

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. Luis Alberto Bravo, Presidente.
Dr. Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Magistrados: Doctores

Luis Alberto Bravo
Roberto de Zubiría C.
Luis Fernando Paredes A.
José Joaquín Rodríguez

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. Efrén Osejo Peña, Presidente.
Dr. Jorge García Merlano, Secretario.

Magistrados: Doctores

Ramiro Araújo Grau
Efrén Osejo Peña
Carlos Peláez Trujillo
Luis Carlos Zambrano

Relator: Dr. Luis Ignacio Segura A.

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

Enero a Marzo de 1.964.

S A L A P L E N A

Extractos de Jurisprudencia
de esta Sala, a cargo del Dr.
LUIS IGNACIO SEGURA A.
Relator de la Corte.

TESTIMONIO DE RECONOCIMIENTO

"La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, deja testimonio de reconocimiento hacia los ilustres Magistrados Doctores Gustavo Rendón Gaviria y Ramiro Araújo Grau, por la forma esmerada y ecuánime como presidieron esta Corporación en el período que concluye.

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

(Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha 23 de enero de 1.964).

SANCIONES DISCIPLINARIAS

No hay lugar a sanción alguna contra el Magistrado de Tribunal a quien se refiere la queja, en relación con los hechos de que da cuenta el informativo

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

Con oficio fechado el 15 de julio de 1.963, la Procuraduría General de la Nación remitió a la Presidencia de la Corte, copia de un memorial suscrito por el señor Helman Echeverri en el cual solicita "que por ese Despacho se inicie investigación o diligencias de carácter administrativo que sean del caso a fin de establecer si un Magistrado del Tribunal Superior puede en ejercicio de sus funciones aceptar y desempeñar un cargo de tiempo completo de otra índole". La queja está referida al doctor Luis Enrique Romero Soto, magistrado del Tribunal Superior de Cali, quien ocupa, además de la magistratura, el cargo de Rector de la Universidad Santiago de Cali, "que es cargo de tiempo completo", según asevera en su escrito el señor Helman Echeverri.

La Corte, principalmente en guarda del prestigio de la administración de justicia y para aclarar debidamente la conducta atribuída al magistrado, ordenó oficiosamente y con base en el artículo 4o. del Decreto Legislativo 3665 de 1.950, "averiguar la falta atribuída al doctor Luis Enrique Romero Soto, magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali", y con fundamento en el artículo 5o. del mismo Decreto dispuso correrle traslado de la queja al acusado por el término legal.

De lo actuado resulta:

a). El doctor Romero Soto es Rector Titular de la Universidad Santiago de Cali desde el mes de junio de 1.963, con una asignación mensual de dos mil quinientos pesos m/cte. ($2.500.oo);

b). Su horario de trabajo en dicho establecimiento es de ocho a nueve de la mañana y de seis y media de la tarde en adelante;

c). La Universidad Santiago de Cali no es establecimiento oficial, sino una Corporación privada, constituída por medio de escritura pública el 23 de octubre de 1.958;

d). Según las visitas practicadas al despacho del doctor Romero Soto en el Tribunal por funcionarios del Ministerio de Justicia, su oficina viene al día desde el año de 1.954. Así lo expresan las correspondientes actas, de las cuales acompañó copia el interesado, y

e). En sus descargos el doctor Romero Soto, luègo de rechazar por insólita la acusación de inmoralidad, por servir a la administración de justicia y a la Universidad, recalca que la incompatibilidad a que alude el artículo 8o. del Decreto 1713 de 1.960 sólo comprende el ejercicio de cargos públicos y desempeño, al mismo tiempo "de direcciones, decanatos y profesorados de tiempo completo en las facultades Universitarias del Estado".

CONSIDERA LA CORTE:

El Decreto 3665 de 1.950 establece sanciones disciplinarias por "las faltas, omisiones e irregularidades en que incurran" los Magistrados, los Consejeros de Estado, Jueces, Agentes del Ministerio Público y los respectivos empleados subalternos, sanciones que compe-

te imponer al respectivo superior de los funcionarios de que trata el artículo 1o. del Decreto.

Como causales para imponer las sanciones disciplinarias, el artículo 2o. relaciona cuatro; las tres primeras nada tienen que ver con la acusación, pues no podría hablarse de mala conducta social, de omisión o retardo injustificado en el despacho o de actuaciones u omisiones que produzcan retardos injustificados en la administración de justicia".

La causal cuarta que trata de la "obtención de provechos no autorizados por la Ley" tendría algùn fundamento si el doctor Romero Soto estuviera burlando la incompatibilidad señalada en el artículo 8o. del Decreto 1713, invocado por el querellante, pero no se contempla esa situación, por la razón ya expresada de que la Universidad de la cual es Rector no es establecimiento oficial.

Quiere observar la Corte que si bien es cierto no existe incompatibilidad legal y que en el caso concreto del doctor Romero Soto, por el horario que destina a la Universidad Santiago de Cali y por sus excelentes condiciones de magistrado, ningún perjuicio ocasiona a la administración de justicia, en sentido general no es aconsejable y podría ser perjudicial el desempeño simultáneo de cargos docentes de tiempo completo y de la judicatura.

Lo anteriormente expuesto es suficiente para que la Corte Suprema -Sala Plena- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **Declare** que no hay lugar a sanciones disciplinarias en contra del doctor Luis Enrique Romero Soto, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por los hechos a que se refiere este informativo.

Comuníquese lo resuelto a la División de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, para los efectos del artículo 8o. del Decreto 3665 de 1.950.

Notifíquese y cúmplase, Insértese en la Gaceta Judicial.

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

SANCIONES DISCIPLINARIAS.

El Decreto 3665 de 1.950 no sanciona en su articulo 2º., ni podía hacerlo, los posibles errores o equivocaciones de los juzgadores. Las quejas deben apoyarse en las causales determinadas en el referido decreto. No hay fundamento, en el caso de autos, para imponer sanción alguna a la Magistrada a quien se refiere la queja.

Contra el resultado del juicio ejecutivo que, tanto en primera como en segunda instancia negó las peticiones del trabajador ejecutante, y en particular contra la Magistrada ponente en la segunda instancia, se queja el apoderado judicial de aquél, por cuanto considera que el auto de requerimiento debió notificarse personalmente al interesado, mas no por estados como se hizo; y luégo, que se invirtieron los papeles en el juicio, porque en lugar de requerir al deudor, se cumplió tal requisito con el acreedor de la prestación. Sin embargo en el supuesto de que, efectivamente, las decisiones aludidas fuesen erróneas o equivocadas, no pueden ser objeto de una tercera instancia para enmendarlas o corregirlas, mediante el expediente de formular una queja, la cual debe fundarse en las causales determinadas en el artículo 2o. del Decreto 3665 de 1.950, que no sanciona, ni podía sancionar, los posibles errores o equivocaciones de los juzgadores en sus decisiones, actos de la inteligencia, sino de los actos que dependen de la voluntad por acción u omisión, como son los enumerados en los cuatro apartes del artículo 2o. del Decreto mencionado. Por tanto, la queja en estudio resulta improcedente, porque tiene por objeto actos ajenos a los previstos en las disposiciones antes citadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotá, siete de Febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

El doctor Alfonso Mendoza Méndez se queja de la actuación de la doctora Aydée Anzola Linares, en el juicio ejècutivo adelantado contra la Compañía Inmobiliaria de Bogotá S. A., por varias actuaciones que considera irregulares, conforme lo expresa en los siguientes apartes de su largo escrito de queja.

"El suscrito, abogado en ejercicio y con c. de c. puesta al pié de mi firma, me permito poner en su conocimiento algunos de los siguientes hechos, en forma somera, a fin de que su despacho tome las medidas que le sean aconsejables para establecer si la magistrada, señorita Aydèe Anzola, incurrió en graves irregularidades no solamente procedimentales, sino tambièn de derecho y de justicia laboral".

"Para elevar este informe a Ud., lo hago en mi calidad de apoderado del señor Bernardo Acevedo O., y por haber atendido desde su iniciación hasta el final, el juicio ejecutivo que se tramitó en el juzgado 2º. laboral de esta ciudad, durante los largos 4 años, al final de los cuales y gracias a las actuaciones que a mi parecer, fueron gravemente irregulares por parte de la magistrada ponente doctora Anzola, no fué posible obtener en definitiva nada a favor del trabajador, señor Acevedo; y, a pesar de haberse presentado como base legal del ejecutivo, una sentencia a su favor ejecutoriada y dictada en un juicio ordinario, el cual se tramitó, igualmente, por espacio de tres años largos".

Después de exponer en forma minuciosa los antecedentes del juicio ejecutivo, los autos dictados en éste, las apelaciones concedidas y lo resuelto por la sala laboral del tribunal superior, termina en esta forma su escrito de queja:

"Por tanto y en atención al caso especial que me ha tocado en suerte conocer, y por estimar que allí se violó no solamente una sentencia, sino también la ley sustantiva y la procedimental, como el elevado principio de la lealtad procesal, es que me permito allegar esta queja, con el fin ya indicado, de que se haga u ordene un examen de la cuestión por funcionario competente, para que si se ha incurrido en alguna o algunas faltas o hechos que puedan aparejar sanciones se proceda a ello contra la persona o personas que resultaren complicadas".

En otra parte de su escrito, el doctor Mendoza Méndez dice:

"Además, se anota, que todo lo hacía la ponente, mediante simples autos interlocutorios, los cuales no podían tener recurso de casación, y después de citar y volver a citar audiencias de decisión que jamás se verificaban. Y solamente las llevaba a ejecución, cuando el abogado del trabajador, cansado de asistir al Tribunal, dejaba de concurrir a la última citada, por decepción en el retardo y ante la convicción de que todo ya estaba perdido para el trabajador Acevedo. Para comprobar las grandes demoras en tramitar la audiencia última de decisión, véanse folios 159, 164, 170, 171 y 172, en donde aparece que se citó cinco veces para audiencia sin que se llevara a efecto y sin razón alguna. El expediente en esta ocasión y para resolver la última apelación, duró al despacho de la ponente 5 meses, contados desde el trece de junio /62 al 10 de nobre. del mismo año. Y es de anotar que cuando se hizo al fin y al cabo la comentada audiencia de decisión, entonces sí se puso toda la premura para notificarla a los tres días de dictada la providencia, o sea que se dictó el 10 de nobre., se notificó el 13, y en seguida se tuvo todo cuidado en devolver el expediente al ad-quem, el día 19 del mismo mes. De forma que al notificarse la providencia el 13 quedó ejecutoriada el 16, esto es tres días en que el abogado del trabajador dejó precisamente de ir a preguntar el negocio, como se dijo atrás por cansancio de tanto ir constantemente, habiéndolo hecho el día 17, cuando ya no había recurso alguno".

Separadamente se procede al estudio de los dos cargos formulados contra la magistrada doctora Anzola Linares, en el mismo orden antes anotado.

I. Errores sustanciales y de procedimiento.- Especial importancia ha dado el quejoso a su primer cargo, que tiene como fundamento los errores sustanciales y de procedimiento en que, dice, incurrió la acusada en el juicio ejecutivo promovido por Bernardo Acevedo O. contra la Compañía Inmobiliaria de Bogotá S. A., con fundamento en la sentencia del juzgado 2o. laboral de esta capital de fecha 22 de julio de 1.957, en cuya parte resolutiva se lee:

"Primero. Condénase a la "Compañía Inmobiliaria de Bogotá S. A.", a pagar a Bernardo Acevedo Orejarena la suma de seiscientos sesenta y cinco pesos con sesenta centavos ($ 665.60), por lucro cesante.

"Segundo. Condénase a la misma sociedad a prestar a Bernardo Acevedo Orejarena, la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria por el tiempo que se requiera, sin exceder de dos años, para el tratamiento de una hernia inguinal derecha y a pagar el auxilio monetario a que se refiere el numeral 2o., ordinal a) del art. 204 del CST., con base en el sueldo de trescientos doce pesos ($312.oo) mensuales devengado por el trabajador y hasta por seis (6) meses.

"Tercero. Absuélvese a la "Compañía Inmobiliaria de Bogotá S. A.", de los demás cargos consignados por Bernardo Acevedo Orejarena, en su escrito de demanda.

"Cuarto. Condena a la parte demandada al treinta por ciento (30%) de las costas. Tásense".

El apoderado de Bernardo Acevedo O. solicitó que se librara mandamiento de pago, por la vía ejecutiva, contra la compañía mencionada por las siguientes cantidades, según palabras textuales del ejecutante:

"1o.) Por la suma líquida de $1.872.oo M/cte., junto con sus intereses legales desde que ellos se hayan hecho exigibles, hasta que el pago se verifique;

"2o.) Por la suma líquida de $ 150.oo m/cte;

"3o.) A pagar en dinero, mediante tasación por peritos, o que se autorice a mi mandante para hacerse ejecutar por un médico tercero

y a expensas del deudor, el tratamiento de la hernia inguinal derecha, con la debida asistencia mèdica, farmacéutica, hospitalaria y quirúrgica si fuere el caso; y

"4o.) A pagar la indemnización de la mora, por el cumplimiento de las obligaciones a deber, comprendido en ella los perjuicios que para el caso se estima bajo juramento, en la suma de $15.000.oo m/cte."

Con fecha 17 de junio de 1.958, el juzgado 2o. laboral del circuito de Bogotà, dictó mandamiento de pago, en la siguiente forma:

"1o. Líbrase órden de pago por la vía ejecutiva y en favor de Bernardo Acevedo Orejarena y en contra de Compañía Inmobiliaria de Bogotá S. A., representada por su gerente Dr. Darío Valencia o por quien haga sus veces, por la suma de seiscientos sesenta y cinco pesos con sesenta centavos ($665.60), por lucro cesante; màs la suma de $150.oo m/cte. por costas del juicio ordinario, mencionado en la parte conciliativa de esta providencia, más los intereses legales desde la exigibilidad de la obligación. Intímese esta providencia en la forma prescrita por el art. 999 del C. J.

"2o. De conformidad con el art. 290 del C. J., requiérase a la Compañía Inmobiliaria (sic) de Bogotá S. A., ejecutada para que dentro de los diez (10) días siguientes de la ejecutoria de la presente providencia, le dé estricto cumplimiento al numeral 2o. del fallo de 22 de julio de 1.957, proferido por este juzgado en el juicio ordinario de Bernardo Acevedo Orejarena contra dicha empresa.

"3o. Decrètase el embargo y retención de las sumas que en cuenta corriente tenga en los Bancos de la localidad la Compañía Inmobiliaria (sic) de Bogotá S. A., hasta nueva orden de este juzgado. Limítase esta medida cautelar a la suma de $4.000.oo m/l. Líbrense los oficios pertinentes a los Gerentes de las Instituciones Bancarias de esta ciudad".

Notificada esta providencia al gerente de la compañía, asistido por su abogado, propuso la excepción de pago en cuanto a las cantidades ordenadas pagar en el primer numeral; pero como el juez adelantara el proceso sin resolver sobre la excepciòn de pago, al subir en apelación los autos que ordenaron reducir los dineros embargados, la magistrada doctora Anzola Linares, revocó las providencias protestadas y, además, dispuso en providencia de 5 de octubre de 1.959: "Procèdase por el juzgado del conocimiento a tramitar la excepción de pago que ha sido propuesta en tiempo y a resolver la solicitud de la parte ejecutada sobre requerimiento al ejecutante para que aquella pueda allanarse a cumplir la obligación de hacer".

Declarada probada la excepción de pago respecto de las cantidades a que se refiere el ordinal 1o. del mandamiento de pago, quedò pendiente las obligaciones contenidas en el segundo numeral de la misma providencia, o sea, la asistencia médica, farmacéutica, quirùrgica y hospitalaria por el tiempo que se requiera, sin pasar de dos años y, además, el auxilio monetario a que alude el art. 204 numeral 2o. literal a) del C. S. del T., es decir, el sueldo de seis meses a razón de $312.oo pesos mensuales.

Con ocasión al modo de cumplir o hacer efectivo el mandamiento de pago sobre estas prestaciones, surgió la principal dificultad de procedimiento, pues mientras el apoderado del obrero exigía el pago en dinero o la prestaciòn del servicio por un tercero, el apoderado de la compañía pedia reiteradamente que el ejecutante se presentara ante el médico de ella con el fin de cumplir con lo ordenado en la sentencia; y para resolver este círculo vicioso, se recurrió al expediente de requerir al ejecutante para que compareciera ante el médico de la expresada compañía para recibir el tratamiento médico necesario; sin embargo, como así no lo hizo dentro del plazo que se le señaló por el juez del conocimiento, en auto de 11 de mayo de 1.962 se dispuso: "Revisando el expediente el Juzgado encuentra que tal auto que ordenó el requerimiento al ejecutante, se halla en firme y por consiguiente los quince días señalados para comparecer ante la ejecutada se hallan vencidos. Es decir, precluyó la oportunidad de su presentación para que la parte ejecutada pudiera entrar a cumplir la obligaciòn de hacer.

"Ante esta situación es lógico concluir que en la actualidad la ejecutada, no tiene obligación alguna que verificar en el cumplimiento de la sentencia que originó la presente acción ejecutiva.

"Así las cosas, el juicio debe darse por terminado, como en efecto lo ordena el Juzgado.

"Como consecuencia, se decreta el desembargo de los bienes trabados para lo cual se librarán los oficios a que haya lugar.

"Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente".

Esta providencia, negado el recurso de reposición, subió en apelación al tribunal, el cual, por medio de la magistrada ponente doctora Anzola Linares, lo confirmó con fundamento en estas razones:

"En cuanto a la obligación de hacer, según lo indican los autos es bueno hacer notar que para poder suministrarle al ejecutante el tratamiento mèdico, quirúrgico y hospitalario, era necesaria la presencia física de aquél, por lo cual en auto de 12 de julio de 1.960 se le señaló al ejecutante el término de 15 días para que se presentara a la Empresa con el fin de que ésta pudiera cumplir con dicha obligación. Pero, el tèrmino mencionado se venció sin que el ejecutante se hubiera hecho presente y, en tal virtud, la empresa ha quedado liberada de la obligación.

"Finalmente, en lo que respecta al auxilio monetario, debe tenerse en cuenta que en el fallo que sirvió de recaudo ejecutivo no se determinó que la obligación de la ejecutada sea la de pagar -por auxilio en dinero- el valor de seis meses de salario pues lo que se ordenó fue suministrarlo 'hasta por seis meses' que es el máximo señalado por el ordinal 2o. del art. 204 del C. S. del T. Esto indica que le correspondía al ejecutante demostrar el tiempo durante el cual estuvo incapacitado para trabajar pues bien pudo haberlo estado durante un mes, tres, cuatro o durante el máximo fijado por la ley, cuestión ésta que no puede adivinar ni la empresa ejecutada ni menos el juez. Por tanto, en defecto de la prueba tendiente a demostrar cuál fue la incapacidad fijada a Bernardo Acevedo, elemental es concluir que la entidad ejecutada ha quedado exonerada de cumplir con dicha obligación por no estar determinada y, por lo mismo, no ser actualmente exigible. Las consideraciones anteriores son suficientes para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral,

"Resuelva":

"1o. Confírmase en todas sus partes el auto apelado.

"2o. Sin costas en el recurso".

Contra este resultado del juicio ejecutivo se queja el representante del trabajador Bernardo Acevedo O., por cuanto considera que el auto de requerimiento debió notificarse personalmente al interesado, mas no por estados como se hizo; y lúego que se invirtieron los papeles en el juicio porque, en lugar de requerir al deudor, se cumplió tal requisito con el acreedor de la prestación; sin embargo, en el supuesto de que, efectivamente, las decisiones aludidas fuesen erróneas o equivocadas, no pueden ser objeto de una tercera instancia para enmendarlas o corregirlas, mediante el expediente de formular una queja, la cual debe fundarse en las causales determinadas en el art. 2o. del D. No. 3665 de 1.950, que no sanciona ni podría hacerlo, los posibles errores o equivocaciones de los juzgadores en sus decisiones, actos de la inteligencia, sino de los actos que dependen de la voluntad por acción u omisión, como son los enumerados en los cuatro apartes del art. 2o. del decreto mencionado.

Por tanto, la queja por este aspecto resulta improcedente, porque tiene por objeto actos ajenos a los previstos en las disposiciones antes citadas.

II. Demoras imputadas a la acusada. En el párrafo que se transcribió al principio de esta providencia, el abogado Mendoza Méndez imputa a la magistrada ponente una demora de cinco meses en la decisión de la última providencia apelada, pues "aparece que se citó cinco veces para audiencia sin que se llevara a efecto y sin razón alguna"; sin embargo, la acusada explicó este procedimiento así:

"En cuanto a las demoras en que pudo haberse incurrido en la tramitación de los recursos de la segunda instancia, es bueno destacar que en varias ocasiones vinieron apelados dos autos y que en atención a que el Magistrado ponente por sí solo no puede expedir providencias sin la anuencia de los otros que con él componen la Sala de Decisión, es indispensable, en muchos casos, citar varias veces para audiencia de decisión a fin de buscar un acuerdo. Precisamente los varios señalamientos para audiencias de decisión hechos por la suscrita, como indican los autos, ponen de pre-

sente que no había sido posible llegar a un acuerdo sobre la providencia que habría de resolver los recursos y mientras éste no se obtuviera, mal podía haber pronunciamiento alguno".

Como no hay elemento alguno que permita poner en tela de juicio la aseveración de la magistrada, respecto a que las varias fijaciones de fecha para la audiencia de juzgamiento, se hicieron necesarias en vista de que no se había llegado a un acuerdo entre los magistrados de la sala respecto de la decisión por tomarse, es obvio que no puede imputarse que existió demora o negligencia en la ponente, cuanto más que en el expediente existan los testimonios del señalamiento de nueva fecha para la audiencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena declara que no existe fundamento para sancionar a la doctora Aydée Anzola Linares, magistrada de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, por los cargos hechos por el Dr. Alfonso Mendoza Méndez.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

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

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INEXEQUIBILIDAD DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO 2º. DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº. 2770 DE 23 DE OCTUBRE DE 1.953, EN CUANTO FORMA PARTE DE LA LEY 141 DE 1.961, QUE LE DIO CARACTER DE LEY A DICHO DECRETO. ACUSACION DE DECRETOS LEGISLATIVOS ADOPTADOS.

1. La demanda de incostitucionalidad de los decretos legislativos adoptados como leyes por el artículo 1º. de la ley 141 de 1.961, debe comprender también esta Ley, en la cual quedaron incorporados. 2. Garantías básicas del derecho de propiedad consagradas por la Constitución. La expropiación requiere en todo caso sentencia judicial. El inciso acusado constituye una flagrante violación del artículo 30 de la Carta.

1. La Corte en fallo por el cual declaró exequible el artículo 1o. de la ley 2a. de 1.958, consideró que los decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1.949, con invocaciòn del artículo 121 de la Constitución Nacional, quedaron elevados à normas legales por virtud de dicha ley, y que en ésta quedó incorporado el texto de tales decretos.

Por las leyes 105 de 1.959 y 79 de 1.960, la vigencia de la ley 2ª. se prorrogò hasta el 31 de diciembre de 1.961.

Finalmente, la ley 141 de 1.961 dispuso: "Artículo 1o. Adóptanse como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución desde el 9 de noviembre de 1.949 hasta el 20 de julio de 1.958, en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores".

De modo que, adoptados los decretos como leyes indefinidamente por mandato del artículo 1o. de la ley 141 de 1.961, hoy son parte de esa ley, y, conforme a repetida doctrina de la Corte, la demanda de inconstitucionalidad de aquéllos debe comprender tambièn la ley, en la cual quedaron incorporados.

2. Para mejor comprender el alcance de la demanda, debe anotarse que el artículo 1o. del Decreto 2770 de 1.953 fija la anchura mìnima de las carreteras nacionales. El primer inciso del artículo 2o. dispone que en la construcción, ensanche y variantes de la misma "se reconocerá a los propietarios el valor de los terrenos que sea necesario adquirir para las zonas, se moverán las cercas reconstruyéndolas a cargo de la obra y se repondrán o indemnizarán previamente los perjuicios que se hayan ocasionado". Y el inciso acusado, en compensación del beneficio que los predios reciben con aquellas obras, establece "un gravamen sobre los inmuebles de que hagan parte las zonas necesarias para las carreteras, igual al valor de la zona ocupada en cada propiedad".

El artìculo 30 de la Carta consagra como garantías básicas del derecho de propiedad: 1o. La de la irretroactividad de la ley, en virtud de la cual aquel derecho y los demás adquiridos con justo título no pueden ser desconocidos por ley posterior, garantía en la cual se basa el atributo de la perpetuidad de la propiedad. 2o. Por razón del interés o utilidad pública, definidos previamente en la ley, el constituyente autoriza la expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa, esto es, que no interviniendo la voluntad del dueño, no puede ser privado de sus bienes sino cumpliéndose estas condiciones; y 3o. Para los casos en que las obras realizadas puedan traer una valorización al resto de los inmuebles donde ellas se construyen equivalente al valor de las zonas ocupadas, añadió, como evento verdaderamente excepcional, el de que la apro-

piación sin indemnización se establezca mediante una ley aprobada hoy por el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de una y otra cámara (art. 3o. del plebiscito). Pero ambos casos de expropiación necesitan de la sentencia judicial, para que pueda efectuarse el traslado del dominio del particular al Estado o a las entidades en favor de las cuales se decreta, y para que, siendo el evento, en ella se fije el valor de lo expropiado o indemnización.

El inciso acusado, al establecer un gravamen equivalente al valor de las zonas ocupadas por la reconstrucción y ensanche de carreteras, constituye una flagrante violación del artículo 30 de la Carta, en cuanto que prácticamente expropia sin la sentencia judicial y sin la indemnisación previa. Con tanto mayor razón cuanto que el inciso 1o. del artículo 2o. del Decreto enjuiciado dispone reconocer a los propietarios el valor de los terrenos que sea necesario adquirir, e indemnizarles previamente los perjuicios que se les hayan ocasionado, pero al reclamar el valor del terreno en juicio, se le opondría la excepción de compensación estatuída en el inciso acusado, y se consumaría así una expropiación sin indemnización y sin las formalidades del juicio, ya que el adelantarlo sería completamente inútil.

La Corte, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 5o. del mismo decreto 2770, que consagró un gravamen equivalente al valor de los terrenos ocupados para la construcción del ferrocarril del Magdalena como compensación del beneficio que dicha obra implicaba para los inmuebles que atraviesa, dijo: "El artículo 5o. del Decreto viola el artículo 30 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada, la que conculca por el medio evidente de tener como indemnizados a los propietarios por la privación de sus tierras con el beneficio que puedan derivar de la ocupación de las mismas.

"En efecto, en uno de los incisos del texto citado se establece que por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, puede haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"Ahora bien, no puede afirmarse que en todo caso el valor de las zonas ocupadas por la vía se compense matemáticamente con el solo paso del ferrocarril por las tierras aledañas, ocurrencias habrá en que la tierra valga más que el beneficio, como habrá otras en que el beneficio sea superior al precio de la tierra, pero será verdaderamente fenomenal la la de una perfecta equivalencia entre el daño y el beneficio". (Gaceta Judicial, LXXXI, 574).

En confirmación de estas razones citó la Corte las sentencias de 4 de noviembre de 1.927 sobre inexequibilidad del artículo 2o. de la ley 34 de 1.920, como también la de fecha 10 de agosto de 1.954 mediante la cual se declaró inexequible el artículo 1o. del Decreto 2460 Bis. (Gaceta Judicial, XXXIV, 114; LXXVII, 328).

Infiérese también aquí que, estableciendo la norma enjuiciada una compensación entre el valor del terreno ocupado por la construcción y ensanche de carreteras y el beneficio que los inmuebles reciben con éstas, no habría lugar a establecer en concreto los perjuicios sufridos por el dueño de aquéllos, como lo manda el artículo 30 de la Carta, ni tendría objeto el juicio al respecto, porque nada habría que demostrar en él por parte del dueño del terreno segregado, lo cual implica también una infracción del mismo artículo 30 que no autoriza expropiación sino mediante sentencia judicial y del artículo 26 ibidem que no permite condenar a nadie sino mediante las formas propias de cada Juicio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotá, febrero veintiseis de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

El doctor Cèsar Castro Perdomo en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 de la Constitución Nacional "demanda la declaración de inexequibilidad del inciso 2o. del artículo 2o. del Decreto Legislativo número 2770 de 1.953 (octubre 23) prorrogado indefinidamente mediante la ley 141 de 1.961 (diciembre 16).

"El texto de las normas demandadas es el siguiente:

"Decreto 2770 de 1.953. Artículo 2º.....
En compensación al beneficio que reciben establécese un gravamen sobre los inmuebles de que hagan parte las zonas necesarias para las carreteras, igual al de la zona ocupada en cada propiedad".

"La ley 141 de 1.961 (diciembre 16).

"Artículo 1º. - Adóptanse como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución desde el nueve (9) de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1.949) hasta el veinte (20) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1.958), en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores".

"Artículo 2º. Esta ley regirá desde su sanción".

Considera el demandante que la disposición acusada viola el artículo 30 de la Constitución Nacional, ya que por medio de ella "se dispone que el Estado Colombiano se puede apropiar, sin indemnización previa, sin acuerdo con el dueño, de las zonas necesarias para construcción de carreteras, y que sean de particulares". Agrega el libelo que no otra cosa significa lo preceptuado en la norma acusada, porque con pretexto de un beneficio concedido por la ley, que muchas veces no se produce con motivo de la construcción de una obra pública, "se ha impuesto al propietario del terreno ocupado por la Nación con motivo de la construcción de una carretera una expropiación de hecho, sin fórmula de juicio, y sin indemnización. Claro está que con ocasión de la construcción de carreteras habrá un motivo de utilidad pública, pero no es menos cierto, que la Constitución en su artículo 30 garantiza la propiedad privada, y prevé que cuando hay motivos de utilidad pública o interès social, para poderse apropiar el Estado del inmueble que necesita, debe adelantar expropiación judicial y no apelar a las vías de hecho.

Transcribe de la sentencia que tiene fecha 20 de junio de 1.955 los apartes relacionados con el alcance de los artículos 30 y 33 de la Carta, de los cuales "se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se puede privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea èsta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización, lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella) debe ser del conocimiento de la justicia".

Presentó con la demanda sendos ejemplares de los números del Diario Oficial en que están publicados el Decreto 2770 y la ley 141 de 1.961.

El señor Procurador General de la Nación descorrió el traslado de la demanda con concepto que desarrolla en dos apartes.

- I -

En la demanda hay un grave error de técnica "al acusar como inconstitucional la norma contenida en el decreto 2770 de 1.953 prorrogada indefinidamente por la ley 141 de 1.961, en lugar de acusar este último estatuto en cuanto adoptó como disposición legal aquella disposición del citado decreto".

Para sustentar esta tesis, expone que en cuanto el artículo 1º. de la ley 141 de 1.961 adoptó "como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución desde el 9 de noviembre de 1.949 hasta el 20 de julio de 1.958", dichos decretos desaparecieron del panorama jurídico colombiano"; que la norma que hoy rige es el artículo 1º. de la citada ley; y que, por lo tanto, no pueden ser acusadas de inexequibilidad por sustracción de materia las normas de aquellos decretos sino "el artículo 1º. en cuanto convirtió en ley una norma inconstitucional".

Copia el concepto que el mismo Procurador dió en la demanda de inconstitucionalidad del Decreto 753 de 1.956, en el cual expone dicho pensamiento con la adición de que los decretos todos dictados por el Gobierno con fundamento en el artículo 121 de la Carta "desde 1.949 hasta 1.961" (sic) dejaron de regir desde el 31 de diciembre de 1.960 en virtud de que el decreto 20 de esta última fecha declaró restablecido el orden público en todo el territorio nacional, y "quedó vigente, en cambio, la ley 141 de 1.961", que adoptó las disposiciones de tales decretos como normas legales. Anota que así se manifiesta más

la improcedencia de la demanda de inconstitucionalidad de los decretos que han dejado de regir.

En abundamiento de razones, añade que, si el legislador pretendiera derogar una norma contenida en el decreto acusado, tendría que derogar directamente la ley 141 de 1.961 en cuanto adoptó como ley el referido decreto, y no el decreto mismo, hoy inexistente.

- I I -

Para el caso de que la Corte estime que se ha demandado el artículo 1º. de la ley 141 de 1.961 en razón de que la demanda dice que el inciso 2º. (demandado) del artículo 2º. del Decreto legislativo 2770 de 1.953 fue adoptado como disposición legal por aquella ley, conceptúa el Procurador que el inciso enjuiciado viola el artículo 30 de la Constitución Nacional.

Al respecto anota que el artículo 1º. del Decreto 2770 fija la anchura mínima para las carreteras nacionales; que el 2º. dispone reconocer a los propietarios el valor de las zonas ocupadas e indemnizar previamente los perjuicios que se hayan ocasionado. Y el inciso 2º. establece en compensación de los beneficios que reciben los inmuebles, un gravamen igual al valor de las zonas ocupadas para las carreteras.

En vía de demostrar la acusación de inconstitucionalidad del inciso 2º. hace una exposición que se puede sintetizar así:

El inciso 3º. del artículo 30 de la Carta autoriza la expropiación mediante sentencia judicial y previa indemnización; y el 4º. faculta al legislador para señalar en ley aprobada por las dos terceras partes de votos en una y otra Cámara los casos especiales y concretos en los cuales la expropiación pueda decretarse sin indemnización. Uno y otro evento debe obedecer a motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador.

Al establecer la ley un gravamen igual al valor de la zona ocupada y como compensación del beneficio recibido por la construcción o ampliación de la carretera, se burlaría el artículo 30 de la ley fundamental, porque tal gravamen general "vendría a reemplazar la indispensable intervención de las dos Cámaras en la determinación de los casos en que, por razones de equidad, la expropiación se consuma sin indemnización.

El beneficio que recibe un inmueble por la construcción, ensanche o variante de una carretera puede ser igual, mayor o inferior al valor de la zona ocupada o expropiada. Por tal razón, el legislador no puede disponer en abstracto de ese beneficio sea igual al valor de la zona necesaria para tales obras. Al hacerlo así, se violan derechos adquiridos de los propietarios, cuando el valor de la zona sea superior al beneficio que recibe con la obra.

La forma adoptada por el Decreto 2770 prescinde de la sentencia judicial exigida por el artículo 30 de la Constitución, que tiene por objeto no sólo traspasar la propiedad sino establecer que el monto de la indemnización pueda corresponder "real y efectivamente al valor del bien expropiado u ocupado".

A pesar del gravamen que la norma acusada establece en compensación del beneficio que recibe el inmueble de que hace parte la zona ocupada, resulta inconstitucional.

Se considera:

La Corte en fallo por el cual declaró exequible el artículo 1o. de la ley 2a. de 1.958, (consideró que los decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1.949), con invocación del artículo 121 de la Constitución Nacional, quedaron elevados a normas legales por virtud de dicha ley, y que en ésta quedó incorporado el texto de tales decretos.

Por las leyes 105 de 1.959 y 79 de 1.960, la vigencia de la ley 2a. se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 1.961.

Finalmente, la ley 141 de 1.961 dispuso: "Artículo 1o. Adóptanse como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1.949) hasta el veinte (20) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1.958), en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores".

De modo que, adoptados los decretos como leyes indefinidamente por mandato del artículo 1o. de la ley 141 de 1.961, hoy son partes de esa ley, y, conforme a repetida doctrina de la Corte, la demanda de inconstitucionalidad de

aquellos debe comprender tambièn la ley, en la cual quedaron incorporados.

Al respecto el libelo dice: "Demando ante esa Corporación la declaratoria de inexequibilidad del inciso 2o. del artículo 2º. del decreto legislativo número 2770 de 1.953 (noviembre 16)" y transcribe como demandados tanto el inciso 2o. del decreto como el artículo 1o. de la ley. Lo cual permite inferir que la demanda comprende la acusación de ambos preceptos, pues distinto hubiera sido enjuiciar solamente la disposición del decreto sin referencia alguna a la norma que lo adoptó indefinidamente como ley, porque entonces sí sería manifiesto que no se había pedido la declaratoria de inconstitucionalidad sino del inciso del decreto.

Estrictamente entre demandar el inciso 2o. del artículo 2o. del decreto 2770 de 1.953, prorrogado indefinidamente por la ley 141 de 1.961, y demandar el artículo 1o. de esta ley en cuanto prorrogó la vigencia o adoptó como norma legal aquel decreto, no hay diferencia sustancial sino simplemente de forma.

Conclúyese que la demanda está debidamente presentada, y que debe entrarse al fondo de ella.

Para mejor comprender el alcance de la demanda, debe anotarse que el artículo 1o. del decreto 2770 de 1.953 fija la anchura mínima de las carreteras nacionales. El primer inciso del artículo 2o. dispone que en la construcción, ensanche y variantes de la misma "se reconocerá a los propietarios el valor de los terrenos que sea necesario adquirir para la zona, se moverán las cercas reconstruyéndolas a cargo de la obra y se repondrán o indemnizarán previamente los perjuicios que se hayan ocasionado". Y el inciso acusado, en compensación del beneficio que los predios reciben con aquellas obras, establece "un gravamen sobre los inmuebles de que hagan parte las zonas necesarias para las carreteras, igual al valor de la zona ocupada en cada propiedad".

El artículo 30 de la Carta consagra como garantías básicas del derecho de propiedad: 1o. La de la irretroactividad de la ley, en virtud de la cual aquel derecho y los demás adquiridos con justo título no pueden ser desconocidos por ley posterior, garantía en la cual se basa el atributo de la perpetuidad de la propiedad. 2o. Por razón del interès o utilidad pública, definidos previamente en la ley, el constituyente autoriza la expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa, esto es, que no interviniendo la voluntad del dueño, no puede ser privado de sus bienes sino cumpliéndose estas condiciones; y 3o. Para los casos en que las obras realizadas puedan traer una valorización al resto de los inmuebles donde ellas se construyen equivalente al valor de las zonas ocupadas, añadiò como evento verdaderamente excepcional, el de que la apropiación sin indemnización se establezca mediante una ley aprobada hoy con el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de una y otra Cámara. (Art. 3o. del plebiscito) Pero ambos casos de expropiación necesitan de la sentencia judicial, para que pueda efectuarse el traslado del dominio del particular al Estado o de las entidades en favor de las cuales se decreta, y para que, siendo el evento, en ella se fije el valor de lo expropiado o indemnización.

El inciso acusado, al establecer un gravamen equivalente al valor de las zonas ocupadas por la recostrucción y ensanche de carreteras, constituye una flagrante violación del artículo 30 de la Carta, en cuanto que prácticamente expropia sin la sentencia judicial y sin la indemnización previa. Con tanto mayor razón cuanto que el inciso 1o. del artículo 2o. del Decreto enjuiciado dispone reconocer a los propietarios el valor de los terrenos que sea necesario adquirir, e indemnizarles previamente los perjuicios que se les hayan ocasionado, pero al reclamar el valor del terreno en juicio, se le opondría la excepción de compensación estatuída en el inciso acusado, y se consumaría así una expropiación sin indemnización y sin las formalidades del juicio, ya que el adelantarlo sería completamente inútil.

La Corte, a propòsito de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 5o. del mismo decreto 2770, que consagró un gravamen equivalente al valor de los terrenos ocupados para la construcción del ferrocarril del Magdalena como compensación del beneficio que dicha obra implicaba para los inmuebles que atraviesa, dijo: "El artículo 5o. del decreto viola el artículo 30 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada la que conculca por el medio evidente de tener como indemnizados

a los propietarios por la privación de sus tierras con el beneficio que puedan derivar de la ocupación de las mismas.

"En efecto, en uno de los incisos del texto citado se establece que por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, puede haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"Ahora bien, no puede afirmarse que en todo caso el valor de las zonas ocupadas por la vía se compense matemáticamente con el solo paso del ferrocarril por las tierras aledañas, ocurrencias habrá en que la tierra valga más que el beneficio, como habrá otras en que el beneficio sea superior al precio de la tierra, pero sería verdaderamente fenomenal la de una perfecta equivalencia entre el daño y el beneficio". (G. J. T. 81-574).

En confirmación de estas razones, la Corte cita la sentencia de 4 de noviembre de 1.927 por la cual declaró inexequible el artículo 2o. de la ley 34 de 1.920 en la parte que dice: "Los perjuicios no podrán exceder del veinte por ciento del valor de lo expropiado", en razón de que en esta materia, así como no puede hablarse de perjuicios abstractos o hipotéticos sino de los que efectivamente se han ocasionado, de la misma manera tampoco puede admitirse que con anticipación y como regla general para todos los casos se fije una vez la cuota máxima a los perjuicios porque se establecería "una norma contraria a todos los principios jurídicos que regulan esta materia de la indemnización de perjuicios y que contraría también la garantía de la plena indemnización que consagra el artículo 31 (hoy 30) de la Constitución Nacional". (G. J. T. 34-114).

También trae la sentencia de 10 de agosto de 1.954 mediante la cual se declaró inexequible el artículo 1o. del decreto 2460 bis, "que determina que el avalúo catastral debe tomarse como base única para medir el monto de las indemnizaciones" con la consideración de que debiendo indemnizársele al propietario todo el perjuicio causado con la expropiación sin pagársele más ni concedérsele menos, "si se le paga apenas el avalúo catastral de su propiedad, se quebranta directamente la norma consagrada en el artículo 31 de la Constitución" y por que los juicios mismos carecerían de objeto, puesto que en ellos no quedaría nada que discutir entre el Estado y el dueño de la propiedad expropiada, con trasgresión también del artículo 26 de la Carta. (T. 77 pág. 328).

Infiérese también aquí que, estableciendo la norma enjuiciada una compensación entre el valor del terreno ocupado para la construcción y ensanche de carreteras y el beneficio que los inmuebles reciben con éstas, no habría lugar a establecer en concreto los perjuicios sufridos por el dueño de aquellos, como lo manda el artículo 30 de la Carta, ni tendría objeto el juicio al respecto, porque nada habría que demostrar en él por parte del dueño del terreno segregado, lo cual implica también una infracción del mismo artículo 30 que no autoriza expropiación sino mediante sentencia judicial y del artículo 26 ibidem que no permite condenar a nadie sino mediante las formas propias de cada juicio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la atribución constitucional que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional y oído el concepto del Señor Procurador General de la Nación declara **Inexequible** el inciso 2o., del artículo 2o. del Decreto No. 2770 de 23 de octubre de 1.953, en cuanto es parte de la ley 141 de 1.961, la cual le dió el mismo carácter de ley a dicho decreto.

Publíquese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

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

JURISDICCION DISCIPLINARIA Y JURISDICCION PENAL. RESERVA DEL SUMARIO. PRESUNCION DE INOCENCIA.

El cargo que se hace contra los Magistrados de una de las Salas de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá está fuera del ámbito de la jurisdicción disciplinaria de la Corte. Los formulados contra todos los miembros de su Sala Penal no dan lugar a imponer sanción alguna. Reserva del sumario y compulsa de copias. Presunción de inocencia para los jueces.

1. No es materia propia de la jurisdicción disciplinaria atribuída a la Corte respecto de Magistrados de Tribunales Superiores, examinar si en la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto debatido, han incurrido en desviaciones de juicio o de simple procedimiento. Si en esta actividad, que ejercen con independencia y que no podrían cumplir sin tal requisito, el juzgador comete errores inexcusables, con violación expresa de la ley penal, otra es la autoridad encargada de investigar el hecho y si resulta acreditado, aplicarle, con observancia de las reglas del debido proceso, la pena correspondiente.

La jurisdicción disciplinaria, aunque de índole penal en cuanto aplica sanciones, es de naturaleza administrativa. Controla la conducta personal del funcionario judicial en lo que se refiere a la buena marcha del servicio, es decir, las faltas, omisiones o irregularidades que impidan el normal desarrollo de la administración de justicia y su prestación oportuna y eficaz, no las infracciones de la ley penal que en ejercicio de la jurisdicción hayan podido cometer sus titulares.

2. Son cosas distintas la reserva del sumario y la expedición de copias de actuaciones del expediente. En cuanto a lo primero, los Visitadores de la Vigilancia Judicial, en ejercicio de sus funciones, tienen derecho a enterarse del sumario, no siéndoles permitida su revelación. Por consiguiente, la autorización a personas que no tengan dicha calidad, para cualquier fin, viola la reserva y contraría lo dispuesto por el artículo 276 del C. P. P. La tesis que sobre el punto sostiene el Tribunal no puede ser objeto de reparos, ni, por consiguiente, motivo de corrección disciplinaria.

Respecto a la expedición de copias, el punto de vista de los Magistrados del Tribunal es el de que el Ministerio de Justicia carece de facultad para ordenar directamente su compulsa, que fue lo ocurrido en el caso de autos.

El derecho para pedir copias de actuaciones de un sumario lo contempla el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 165 y 274 y lo sujeta a determinadas formalidades y restricciones, indicando cuáles son las personas legitimadas para la ejecución del acto procesal. Pero no se trata en el presente asunto de definir si es o no un derecho de los Visitadores el de pedir las copias, sino el de saber si al ejercitarlo están facultados para ordenar la compulsa a subalternos de su oficina. Sobre el particular la Corte observa que lo pertinente habría sido, como lo sostienen los funcionarios acusados, pedir la copia al Magistrado sustanciador para que, una vez decretada, la expidiera el Secretario de la Sala.

El proceso, cualquiera que sea su fisonomía jurídica, lo dirige, bajo su responsabilidad, el Juez del conocimiento, atribución que en los Tribunales Colegiados corresponde al Magistrado ponente. En esa actividad que ejerce por mandato de la ley, no puede ser sustituído ni suplantado por ningún otro funcionario, y falta a sus deberes si lo permite. Como consecuencia de lo expuesto, la actuación del Tribunal al rechazar el procedimiento irregular utilizado por el Visita-

dor, no puede ser motivo de sanción disciplinaria.

3. El Juez puede equivocarse en sus decisiones, de buena fe o dolosamente. En la segunda hipótesis, mientras la justicia penal no lo juzgue y le deduzca la responsabilidad correspondiente, la presunción de inocencia se mantiene. Sin el juicio previo, con audiencia del acusado, es inaceptable afirmar que el juez incurrió en infracciones delictuosas. De admitirse ese criterio, se llegaría a la conclusión de que lo que la ley presume no es la inocencia sino la culpabilidad.

Si un ciudadano cualquiera, en uso del derecho de defensa, sancionado por todas las legislaciones positivas del mundo civilizado, rechaza los cargos ofensivos de su reputación, no se puede negar que lo utilice una corporación judicial, a quien no puede colocarse en situación de inferioridad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotá, D. E. veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

El señor Ministro de Justicia, por medio de comunicación de fecha 30 de agosto de 1.963, dirigida al Presidente de la Corte, dió a conocer a ésta una serie de actuaciones realizadas por una de las Salas de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, integrada por tres Magistrados, y por todos los miembros de su Sala Penal, para los efectos señalados en los arts. 151, numeral 2o. y 160 de la Constitución.

El Presidente de la Corporación consideró los hechos a que se refiere la nota del Ministro como constitutivos de una queja, y ordenó su reparto entre los Magistrados de la Sala Plena.

La nota no califica la naturaleza jurídica de los hechos que relata, pero como algunos de ellos pueden dar lugar a infracciones delictuosas y, de consiguiente, a un juicio de responsabilidad, fuera del ámbito de la jurisdicción disciplinaria, el Magistrado ponente, previa consulta con la Sala Plena, por auto del 6 de septiembre del año proximo anterior, ordenó expedir copia de la comunicación en referencia y su remisión a la Sala Penal de la Corte, para los fines legales a que haya lugar. En la misma providencia dispuso dar traslado de la queja a los Magistrados acusados, conforme a lo dispuesto por el art. 5o. del Decreto 3665 de 1.950, para lo cual comisionó al Fiscal Primero del nombrado Tribunal. En la debida oportunidad presentaron aquéllos sus descargos, acompañándolos de las pruebas que estimaron pertinentes.

Agotado el trámite de rigor, la Sala pasa a decidir la queja.

-I-

Los cargos contra los Magistrados de la Sala de Decisión.

Afirma el acusador que la Sala revocó, sin base legal, el auto de detención dictado por un Visitador del Ministerio de Justicia, en calidad de Investigador, en el proceso promovido contra Jorge Alberto Garzón Díaz, Fanny González y otros, por delitos contra la salud y la integridad colectivas. Se funda el cargo en el informe rendido por el doctor Heriberto Serna Botero, Visitador de la División de Vigilancia Judicial del Ministerio, comisionado para revisar el sumario. Agrega que del informe se llega a una conclusión de extrema gravedad, consistente en que el auto de la Sala de Decisión no se limitó a examinar si en el expediente aparecen en contra de los sindicados los elementos probatorios que exige el art. 379 del C. de P. P., sino que tratándose de sumario apenas iniciado, hace consideraciones de fondo sobre la existencia del cuerpo del delito y la responsabilidad de los detenidos, para afirmar, de acuerdo con el Fiscal, que son inocentes de los actos que se les imputan. Sorprende la actitud -dice la nota- porque además de invadir el ámbito del superior, crea una situación procesal nítida, según la cual el Juez del conocimiento sabe de antemano cuál es el criterio con que debe analizar sus futuras resoluciones.

La decisión del Tribunal, sigue diciendo la acusación, resulta más inexplicable si se tiene en cuenta que veinte dias antes el Juez Primero Superior, que conoce del mismo negocio, había negado una petición de excarcelación formulada por uno de los acusados, en atención a que en su concepto estaba detenido como verdadero coautor del delito y no como

simple cómplice nó necesario. Este sindicado también fue puesto en libertad por el Tribunal en forma inmediata e incondicional.

La actitud del Tribunal -prosigue el cargo- "ha causado alarma en la sociedad. Las gentes de bien, consternadas ante los nuevos actos de terrorismo, no aciertan a explicarse cómo los Jueces de Colombia no se ponen decididamente de su parte en la lucha contra el crimen. En el caso del Almacén Ley, se tuvo conocimiento por informaciones de prensa, de que por primera vez en muchos años se logró capturar in-flagranti al principal responsable de un atentado terrorista y aprehender poco después con pruebas fehacientes a sus cómplices. Sin embargo, éstos últimos han sido puestos en libertad por un tribunal de justicia sin que las pruebas hayan sido desvirtuadas.

"Ante hechos como éste, la ciudadanía se siente desamparada. Los Jueces de Instrucción, las fuerzas militares, la policía, los cuerpos de seguridad, todos aquellos funcionarios que en los campos y en las ciudades libran denodadamente y con riesgo de su tranquilidad y de sus vidas la batalla contra la delincuencia, pueden llegar a pensar que sus esfuerzos son inútiles, porque cuando no logran por las ingentes dificultades de la empresa capturar a los criminales son tachados de ineptos y cuando lo hacen después de vencer muchos peligros ven frustados su triunfo por obra precisamente de los encargados de administrar justicia".

-II-

Los cargos contra los Magistrados de la Sala Penal.

Los deduce la queja de la proposición de fecha 29 de agosto de 1.963, aprobada por la Sala, y de una carta del Presidente del Tribunal para el eminentísimo Cardenal Concha, publicada en un periódico de la ciudad.

A). La Proposición.

Su texto es el siguiente:

"La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, considerando: Que a raíz de una resolución judicial proferida por una de las Salas de Decisión, la División de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia desplazó a dos de sus funcionarios con el fin de practicar visita, no solamente sobre el expediente, sino también a los Honorables Magistrados integrantes de dicha Sala; Que pasados algunos días el Visitador de Justicia IV Grupos Penales, señor Heriberto Serna Botero, en oficio fechado el 28 del presente mes y año, se dirigió al señor Secretario de la Sala Penal de este Tribunal comunicándole que 'se ha asignado la tarea de sacar copia a la señorita Lucía Correa Botero del auto del H. Tribunal Superior (Sala Penal), por medio del cual revocó el auto de detención contra Fanny Gonzáles y otros....; Que como si lo anterior fuera poco, en el día de hoy se ha hecho presente en la Secretaría de este Tribunal un Visitador de la Procuraduría General de la Nación con orden expresa de estudiar el mismo expediente; Que es innegable que de tiempo atrás ha venido presentándose una duplicidad de funciones de vigilancia judicial entre la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Justicia, lo que ha ocasionado no pocos conflictos en el desempeño de esta misión; Que esta Sala, como todos los Jueces y Magistrados, no han puesto obstáculo alguno para que los funcionarios, ya del Ministerio de Justicia o de la Procuraduría los visiten, vigilen e inspeccionen los procesos respectivos, porque en ellos nunca se hallará nada inhonesto aunque, como es obvio, todo dentro de la ley y respetando la debida interdependencia para que nunca las decisiones judiciales se vean interferidas; y Que ni el artículo 1º. de la Ley 107 de 1.943, ni el artículo único del decreto extraordinario 1071 de 1.951, ni el decreto 1716 de 1.960, facultan a los Visitadores para que directamente o por intermedio de empleados delegados por ellos, saquen copia de parte o de todos los sumarios y de las actuaciones judiciales, ya que ello constituiría sin duda alguna un delito de violación de la reserva del sumario previsto por los arts. 173 del Código Penal y 276 del Código de Procedimiento Penal, Acuerda: Primero. Declarar que de conformidad con la Constitución Nacional, especialmente con los artículos 142, 143 y 145, las funciones de vigilancia judicial son de la Procuraduría General de la Nación; Segundo. Rechazar enérgicamente el indebido abuso de funciones del Visitador, señor Serna Botero, para quien se espera del Ministerio de Justicia la condigna sanción; y Tercero. Manifestar al señor Ministro de Justicia su extrañeza por

el tratamiento discriminatorio que se ha ordenado dar a los tres Magistrados de la Sala mencionada".

La proposición termina ordenando comunicarla al Presidente de la Corte, al Procurador y al Ministerio de Justicia.

B). La carta.

Aparece publicada en El Espectador, edición del 1o. de septiembre de 1.963. En ella su autor informa al destinatario el hecho de que el R. Padre Rafael García Herreros, ha tomado los canales de la Radiodifusora Nacional para lanzar tremendas diatribas contra los jueces de la República, tratándolos de asesinos, prevaricadores y otras cosas por el estilo, sin discriminación alguna. Manifiesta que como tales conceptos ayudan a sembrar la desconfianza en el pueblo en la eficacia y rectitud de sus jueces, recurre al señor Cardenal, autorizado por los miembros del Tribunal, para que con su autoridad y patriotismo ponga freno a tan peligrosas actividades, si lo estima conveniente.

Acerca del texto de la proposición, el acusador hace estas consideraciones:

Resulta insólito que un Tribunal se arrogue, por el procedimiento sin antecedentes de una proposición, atribuciones que corresponden a la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el art. 214 de la Constitución, porque lo que afirma el ordinal primero equivale a declarar inexequibles todas las disposiciones legales que asignan al Ministerio de Justicia la vigilancia de la rama jurisdiccional del poder público. Si lo que pretendió aplicar fue el art. 215 de la misma obra, no es ello posible sino dentro de un proceso determinado, pero no por medio de proposiciones que son extrañas a nuestro sistema judicial. El Tribunal no puede desconocer las leyes y decretos vigentes sobre creación y atribuciones del Ministerio de Justicia. A este efecto cita la ley 68 de 1.945, el decreto reglamentario 105 de 1.947, el decreto legislativo 1071 de 1.950 y el decreto-ley 1716 de 1.960. De acuerdo con esa legislación, es atribución del Ministerio la vigilancia y control del funcionamiento del órgano judicial, la visita de sus oficinas, el examen y revisión de los negocios que en ellas cursan y la facultad para pedir copia de cualquier expediente.

El abuso que el Tribunal imputa al Visitador del Ministerio consistió en el hecho de haber ordenado la expedición de copia del auto que revocó el de detención. Anota al respecto que, al proceder así hizo uso legítimo de la facultad que le confiere al Ministerio el art. 7o. literal b) del decreto 105 de 1.947.

Con relación a la declaración que contiene el ordinal tercero de la proposición, la acusación dice que no alcanza a comprender por qué razón el ejercicio normal de la facultad de vigilancia con respecto a una Sala del Tribunal pueda constituir tratamiento discriminatorio, que sea motivo de "extrañeza".

En cuanto a la carta antes citada, dice el Ministro que el Tribunal, según información de el Espectador, también ha desatado sus iras contra el R. Padre García Herreros, por el solo hecho de haber protestado, como la prensa capitalina y los ciudadanos honestos, por el fallo que puso en libertad "inmediata e incondicional" a los terroristas del Almacén Ley.

-III-

La defensa de los Magistrados.

El cargo contra la Sala de Decisión del Tribunal, integrada por los Magistrados doctores Pedro I. Camacho, Germán Echavarría y Luis Gonzalo Fajardo, se reduce, en síntesis, al hecho de haber revocado, con desconocimiento de normas del Código de Procedimiento Penal, el auto de detención en el proceso de que se ha hecho mérito. Los acusados se abstienen de responderlo, porque las razones de hecho y de derecho que sustentan la providencia fueron consignados en su motivación, porque no se trata de resolver un recurso legalmente interpuesto y porque no se funda en el estudio personal y directo del proceso o siquiera de la resolución atacada, sino en el simple informe de un Visitador.

Los Magistrados de la Sala Penal, integrada por los tres de la Sala de Decisión mencionados antes y por los doctores Guillermo Moncayo, Benito Rosales, Alberto Quintero Delgado, Julio Rozo Rozo, Eduardo Millán M., Ricardo Medina Moyano y Rafael Rocha Riaño, presentaron por separado sus descargos, a excepción del doctor Moncayo, quien, por hallarse ausente de la ciudad, en uso de licencia,

hecho acreditado en el informativo, no intervino en la deliberación y votación de la proposición.

En términos generales aducen, en su defensa, estos argumentos:

La declaración contenida en el ordinal primero de la proposición apenas es una opinión sobre el alcance de determinadas normas constitucionales, pero en manera alguna la decisión de desconocer las leyes y decretos que adscriben al Ministerio de Justicia la vigilancia del órgano judicial. Así lo demuestra la circunstancia de que sus despachos han sido visitados por funcionarios del Ministerio sin ninguna oposición de su parte, como lo dicen los considerandos de la parte motiva. Sobre el punto manifiestan los tres Magistrados de la Sala de Decisión que, con posterioridad a la fecha en que fue aprobada la proposición, sus despachos fueron visitados por un funcionario del Ministerio, quien, según certificado que obra en autos, dejó testimonio de que permitieron la visita y le prestaron toda la colaboración necesaria para su cumplimiento.

Con relación al ordinal segundo de la moción, dicen los Magistrados que rechazaron la intervención del Visitador Serna, porque, conforme a la ley, el sumario es reservado y, por tanto, no estaba facultado, sin violación de la reserva, hecho constitutivo de delito, para enterarse de su contenido; que en el supuesto de que la ley lo autorice para obtener copias de actuaciones del informativo, ha debido solicitarlas al Magistrado ponente, pero no ordenar, como lo hizo, que las compulsara, sin el indicado requisito, una empleada del Ministerio.

A propósito del acto ejecutado por el Visitador Serna, la acusación transcribe un informe de éste, en el cual dice que irrumpieron en el despacho del Secretario de la Sala varios Magistrados y en diversos tonos protestaron por la revisión del expediente y la expedición de copias, calificando la actitud del Ministerio no sólo ilegal sino inconstitucional, ya que la intervención para el fin expresado era del resorte de la Procuraduría General de la Nación, agregando que uno de los Magistrados ordenó destruir las copias.

En sus descargos, el Magistrado ponente en el negocio, doctor Camacho, explica el incidente diciendo que fue cierta la presencia de varios Magistrados de la Sala Penal en el despacho del Secretario, como también que calificaron de ilegal y aun de delictuoso el hecho que ejecutaba la empleada del Ministerio, contrario a la reserva del sumario; que, por tal motivo, dió la órden para la destrucción de las copias que había tomado del expediente, pero no en tono airado sino en forma cortés.

Estimaron los acusados discriminatorio el trato dado por el Ministerio a la Sala de Decisión, como lo afirma el ordinal tercero de la proposición, porque sólo ordenó practicar visita a los tres Magistrados que la integran, no obstante haberla realizado cinco meses antes a todos los miembros de la Corporación.

Por último, en cuanto a la carta del Presidente del Tribunal para el Cardenal, manifiesta su autor que autorizado por los miembros de aquel produjo el documento, inspirado en las más sanas intenciones y sin ningún ánimo polémico.

- IV -

Consideraciones de la Corte:

1. El cargo contra los Magistrados de la Sala de Decisión del Tribunal es el de haber revocado, sin base legal, el auto de detención dictado por el funcionario de instrucción en el proceso de que antes se habló. Lo que la queja censura es un error de juicio del sentenciador en su función jurisdiccional de conocimiento.

2. Observa la sala que no es materia propia de la jurisdicción disciplinaria atribuida a la Corte respecto de Magistrados de Tribunales Superiores, examinar si en la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto debatido, han incurrido en desviaciones de juicio o de simple procedimiento. Si en esa actividad, que ejercen con independencia y que no podrían cumplir sin tal requisito, el juzgador comete errores inexcusables, con violación expresa de la ley penal, otra es la autoridad encargada de investigar el hecho y si resulta acreditado, aplicarle, con observancia de las reglas del debido proceso, la pena correspondiente.

3. La jurisdicción disciplinaria, aunque de índole penal en cuanto aplica sanciones, es de

naturaleza administrativa. Controla la conducta personal del funcionario judicial en lo que se refiere a la buena marcha del servicio, es decir, las faltas, omisiones e irregularidades que impidan el normal desarrollo de la administración de justicia y su prestación oportuna y eficaz, no las infracciones de la ley penal que en ejercicio de la jurisdicción hayan podido cometer sus titulares.

4. En cuanto al cargo mencionado, ha entendido la Sala que el acusador no formula una queja sino una denuncia por la posible comisión de un delito, y, por tal motivo, ordenó remitir a la autoridad competente copia del escrito que la contiene, para los efectos legales a que haya lugar. En tal virtud, se abstiene de hacer consideración alguna sobre este aspecto de la acusación.

5. Respecto a los cargos que la queja presenta contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal, se observa:

La parte resolutiva de la proposición aprobada por la Sala, guarda íntima relación con sus considerandos, por lo cual la verdadera significación de aquella no puede fijarse con independencia de su motivación, como lo hace el acusador. Es necesario tomar el acto en su integridad para precisar su genuino entendimiento.

Con sujeción al criterio expuesto, examina la Sala el contenido de la proposición.

6. El ordinal primero de la parte resolutiva declara que la vigilancia judicial es función de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con las normas que cita de la ley Fundamental. En la motivación correspondiente dice el Tribunal que la expresada función la ejercen simultáneamente la Procuraduría y el Ministerio de Justicia, régimen legal que en la práctica ha ocasionado no pocos conflictos. Sin embargo -afirma uno de los considerandos- los Magistrados nunca han puesto obstáculos al cumplimiento de las visitas a sus despachos ordenadas por la Procuraduría y el Ministerio. Como se ve, si por una parte dice el Tribunal que la vigilancia corresponde a la Procuraduría, por la otra acepta tanto su intervención como la del Ministerio. El aserto tiene en el proceso la debida comprobación, pues con posterioridad a la expedición del acto, funcionarios del Ministerio visitaron los despachos de los Magistrados de la Sala de Decisión, como lo acreditan los certificados corrientes a folios 47, 53 y 76. Así las cosas, no se presta la declaración del ordinal primero para afirmar que la Sala Penal resolvió desconocer las leyes y decretos sobre atribuciones del Ministerio de Justicia relacionadas con la vigilancia del órgano judicial, como lo hace la acusación. Aunque se interprete el ordinal primero en el sentido de que la tesis del Tribunal es la de que la vigilancia judicial es función privativa de la Procuraduría, el hecho de aceptar que también la ejerce el Ministerio y el de haberla admitido en la práctica, restringe el alcance de la declaración y la despoja de todo propósito subversivo.

7. El concepto de que el ordinal primero de la moción, equivale a una decisión sobre inexequibilidad de las normas legales que atribuyen al Ministerio la vigilancia judicial, es excesivo, porque no es ese el pensamiento que la inspira, si se le examina en armonía con sus considerandos. Analizado en esa forma, como lo hizo la Sala en el punto que precede, no es posible asignarle al acto el significado que le atribuye la queja. En el fondo -como ya se anotó- el Tribunal se encargó de precisar lo que expuso en el citado ordinal, con las afirmaciones correspondientes de su parte motiva.

8. No sobra anotar que el Tribunal no actuó, al expedir la proposición, en ejercicio de la función jurisdiccional. No puede verse en ella sino la expresión de un simple concepto, en ningún caso una manifestación de voluntad con efectos **erga omnes** o simplemente relativos. No es una resolución judicial ni por su forma ni por su contenido, ni su finalidad fue la de arrogarse facultades que corresponden a la Corte Suprema de Justicia. El acto que la acusación critica no va a servir de norma de conducta en las relaciones del Tribunal con la Vigilancia Judicial del Ministerio, de manera que por este aspecto resulta no solo inoperante sino inocuo. Si la declaración carece de trascendencia y de toda fuerza vinculante aun para su propio autor, apenas podría calificarse de impropia, sin que ello constituya motivo legal para una corrección disciplinaria.

9. El ordinal segundo de la proposición rechaza el indebido abuso de funciones de un

Visitador del Ministerio, para quien reclama de èste la debida sanción. La actuación de ese funcionario, según lo explica la motivación correspondiente, consistió en haber autorizado por escrito a una empleada de su dependencia para tomar copia de la resolución del Tribunal que revocó el auto de detención, mediante orden dirigida al Secretario de la Sala Penal de la Corporación. El hecho se encuentra demostrado en el informativo (f. 64).

10. La intervención del Visitador en la forma expuesta fue rechazada por varios Magistrados de la Sala Penal por estimarla violatoria de la reserva del sumario, cuya revelación es hecho constitutivo de infracción delictuosa. En apoyo de esa determinación citan los arts. 1°. de la ley 107 de 1.943 y 276 del C. de P.P. Por tal motivo el Magistrado ponente en el negocio de que se ha venido haciendo mérito, ordenó destruir las copias que del expediente había tomado la empleada del Ministerio.

Alegan también los acusados que es discutible la facultad del Ministerio para pedir copias de un proceso en su etapa sumarial, pero que, en el supuesto de que le asista ese derecho, debe solicitarlas por el conducto regular, no ordenar directamente su compulsa mediante órdenes del Visitador a un subalterno de su oficina.

11. La Sala observa que son cosas distintas la reserva del sumario y la expedición de copias de actuaciones del expediente. En cuanto a lo primero, los Visitadores de la Vigilancia Judicial, en ejercicio de sus funciones, tienen derecho a enterarse del sumario, no siéndoles permitido su revelación. Por consiguiente, la autorización a personas que no tengan dicha calidad, para cualquier fin, viola la reserva y contraría lo dispuesto por el art. 276 del C. de P.P. -La tesis que sobre el punto sostiene el Tribunal no puede ser objeto de reparos, ni, por consiguiente, motivo de corrección disciplinaria.

Respecto a la expedición de copias, el punto de vista de los Magistrados es el de que el Ministerio carece de facultad para ordenar directamente su compulsa, que fue lo ocurrido en el caso de autos.

12. El derecho para pedir copias de actuaciones de un sumario lo contèmpla el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 165 y 274 y lo sujeta a determinadas formalidades y restricciones, indicando cuales son las personas legitimadas para la ejecución del acto procesal. Pero no se trata en el presente asunto de definir si es o no un derecho de los Visitadores el de pedir las copias, sino el de saber si al ejercitarlo están facultados para ordenar la compulsa a subalternos de su oficina. Sobre el particular la Sala observa que lo pertinente habría sido, como lo sostienen los funcionarios acusados, pedir la copia al Magistrado sustanciador para que, una vez decretada, la expidiera el Secretario de la Sala. El proceso, cualquiera que sea su fisonomía jurídica, lo dirige, bajo su responsabilidad, el Juez del conocimiento, atribución que en los Tribunales Colegiados corresponde al Magistrado ponente. En esa actividad, que ejerce por mandato de la ley, no puede ser sustituido ni suplantado por ningún otro funcionario, y falta a sus deberes si lo permite. Como consecuencia de lo expuesto, la actuación del Tribunal al rechazar el procedimiento irregular utilizado por el Visitador, no puede ser motivo de sanción disciplinaria.

13. Resta examinar si al formular la protesta por la intervención del visitador, los Magistrados procedieron en forma descomedida, impròpia de la compostura y corrección que deben observar los funcionarios judiciales en todos sus actos, como lo dá a entender la acusación.

Para el debido esclarecimiento del hecho, el Magistrado sustanciador ordenó recibir declaración jurada a la señorita Lucía Correa Otero, sustanciadora de la Sección de Negocios Penales de la División de Vigilancia Judicial del Ministerio, que fue la persona autorizada por el Visitador para tomar copia de una resolución del sumario. En lo pertinente dice la testigo (f. 94) que, hallándose en la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal en la labor de confrontación de copias, se hicieron presentes varias personas, al parecer Magistrados, a quienes oyó decir que el Visitador del Ministerio no tenía facultades "para ordenar sacar copias de un sumario", actitud que estimaron inconstitucional "porque esa facultad correspondía a la Procuraduría General de la Nación" y que uno de los Magistrados ordenó la destrucción de las copias. Todo esto lo dijeron -manifiesta la declarante- "en tono un poco alterado pero

guardando en todo momento la compostura y la caballerosidad"; "pero cuando dijeron que la actitud del Ministerio de Justicia era inconstitucional porque la facultad correspondía a la Procuraduría", no supo "si se referían a la facultad de la Vigilancia Judicial o a la facultad de sacar copias de un sumario".

Según el testimonio es hecho cierto el de que los Magistrados protestaron por la intervención del Visitador y en tono alterado, guardando sinembargo la debida caballerosidad; también lo es el de que uno de aquéllos ordenó destruir las copias que del sumario había extraído la declarante. En cuanto al concepto de que era inconstitucional la actitud del Ministerio, no sabe la testigo si lo atribuían a la Vigilancia Judicial o quisieron referirse a la facultad que tuviera "para sacar copias de un sumario".

En relación con el tono utilizado por los Magistrados al rechazar el procedimiento empleado por el Visitador doctor Serna Botero, lo que la declarante dá a entender es que fue enérgico pero respetuoso, lo cual no demuestra un comportamiento contrario a las reglas de la cortesía. No son atendibles las demás aseveraciones de la testigo por su notoria vaguedad e imprecisión.

14. En cuanto al ordinal tercero de la moción, la Sala observa:

El Ministerio de Justicia, en uso de facultades legales vigentes, puede disponer la práctica de visitas a una Sala del Tribunal, con exclusión de las otras, pero la que ordenó realizar a los miembros de la Sala de Decisión parece motivada por su desacuerdo con la providencia que revocó el auto de detención. Se presta entonces la medida para que el Tribunal hubiera manifestado extrañeza por su adopción.

15. El último cargo contra los miembros de la Sala Penal, tiene como antecedente la carta del presidente del Tribunal para el Cardenal de Bogotá, con motivo del comentario que por medio de la Televisión hizo el Reverendo padre García Herreros sobre la justicia. Se dió a conocer su texto en otro lugar de esta providencia.

El comentario fue publicado por el Espectador de la ciudad y se hizo a raiz de la providencia del Tribunal de que se ha venido haciendo referencia. Obra en el proceso un ejemplar del periódico en que corre la publicación de las declaraciones del sacerdote, de las cuales son estos apartes:

".....Se ha perdido el concepto sagrado de la ley, el respeto a la verdad, a la Patria y a la vida.

"Quiénes fueron los culpables?

"Los jueces fueron los culpables. En ellos estaba depositada la ley. Ellos eran sus sacerdotes, sus guardianes juramentados, pero una gran parte de ellos no fueron conscientes y se dejaron comprar y traicionaron la Divina Ley.

"Las bombas que actualmente amenazan con volar la ciudad, las dejaron poner ellos. Ellos fueron los cómplices por su debilidad o por su venalidad. Y los ladrones que pululan por todas partes, tienen su origen lejano en los jueces indolentes. Esos ladrones fueron capturados muchas veces y otras tantas encontraron al magistrado débil que les otorgó la libertad.

".....Hay un decir que corre y es éste: La ley aquí sólo ampara a los delincuentes.

"Leemos también en Isaías estas palabras que se pudieran aplicar con llanto a Colombia: "Como te han prostituído, Sión, ciudad fiel llena de justicia. Antes habitaba en ella la justicia, ahora el homicidio. Tu planta se ha tornado escoria, tu vino puro se ha aguado y tus príncipes son prevaricadores, compañeros de ladrones. Todos aman las dádivas y van tras los presentes. No hacen justicia al huérfano. A ellos no tiene acceso la causa de la viuda".

16. El comentarista hace responsables a los jueces de la serie de delitos que enumera. No menciona a los miembros de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, pero a ellos quiso referirse según lo admite la acusación.

Observa la Sala:

Los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotà, a quienes hay que presumir inocentes mientras no se demuestre lo contrario, consideraron injustos los cargos que contra ellos formuló públicamente el Sacerdote. En la carta de su Presidente para el Eminentísimo Cardenal Concha, dejaron consignada su protesta en forma respectuosa, en ningún caso desproporcionada con la gravedad de las acusaciones.

El juez puede equivocarse en sus decisiones, de buena fe o dolosamente. En la segunda hipótesis, mientras la justicia penal no lo juzgue y le deduzca la responsabilidad correspondiente, la presunción de inocencia se mantiene. Sin el juicio previo, con audiencia del acusado, es inaceptable afirmar que el juez incurrió en infracciones delictuosas. De admitirse ese criterio, se llegaría a la conclusión de que lo que la ley presume no es la inocencia sino la culpabilidad.

Si un ciudadano cualquiera, en uso del derecho de defensa, sancionado por todas las legislaciones positivas del mundo civilizado, rechaza los cargos ofensivos de su reputación, no se puede negar que lo utilice una corporación judicial, a quien no puede colocarse en situación de inferioridad.

La actuación examinada no configura un hecho censurable digno de represión, conforme a la ley.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, declara que no hay lugar a imponer sanción alguna, por vía disciplinaria, a los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese a la División de Vigilancia del Ministerio de Justicia, Insértese en la Gaceta Judicial y Archívese el Expediente.

Samuel Barrientos Restrepo. - Humberto Barrerra Domínguez. - Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón. - Simón Montero Torres. - Luis Fernando Paredes. - Arturo C. Posada. -José Joaquín Rodríguez. - Julián Uribe Cadavid. - Luis Carlos Zambrano.- Luis Alberto Bravo.- Roberto de Zubiría C.- Enrique López de la Pava.- Efrén Osejo Peña.- Carlos Peláez Trujillo.- Gustavo Rendón Gaviria.- Julio Roncallo Acosta.- Primitivo Vergara Crespo.- Carlos ArturoDíaz.- Conjuez.- Jorge Guerrero.- Conjuez.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

Retardo en la elaboración de las listas de jurados de conciencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotà, dieciocho de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Dice el informe de 5 de febrero de 1.964, rendido por un Visitador del Ministerio de Justicia al Jefe de la Sección de Vigilancia Judicial que, "El doctor Gans Abello se queja de que, por culpa del H. Tribunal Superior de este Distrito, al no haber enviado en el último mes del año próximo pasado las listas de ciudadanos que han de servir en el curso del presente los cargos de jurados de conciencia, se ha ocasionado a su poderdante serios perjuicios al demorársele la resolución de su situación jurídica en dicho proceso y debido ello al no cumplimiento por parte del H.Tribunal de sus obligaciones legales al respecto".

Asevera la comunicación aludida que en el juicio por homicidio adelantado contra Josè Lisìmaco Márquez, aparece con fecha 23 de enero pasado una solicitud del apoderado para que el Juzgado señale dìa con el objeto de proceder al sorteo de jurados; que en la misma fecha (23 de enero), la Secretaría del Juzgado informó que las listas de jurados para el presente año de 1.964, no han sido enviadas por el H. Tribunal y que, con fundamento en este informe, el juez ordenó que el negocio permanezca en la Secretaría hasta tanto lleguen dichas listas.

Y termina el escrito del Visitador, así:

"En consecuencia soy de opinión el (sic) que esa Jefatura se dirija tanto a la Presidencia del H. Tribunal Superior de Bogotá como a cada uno de sus miembros exhortándoles para un pronto diligenciamiento en la actual elaboración de listas de jurados y la obligación de dar estricto cumplimiento a lo prescrito por la ley en el futuro".

El informe anterior motivó el oficio No. 260 de 6 de febrero, dirigido por el Jefe de Vigilancia Judicial al Presidente de la Corte, en el que afirma que "En atención a quejas elevadas ante este Despacho" se procedió al envío de un Visitador y que del informe de éste "se desprende grave omisión cometida por el Tribunal Superior de Bogotá en perjuicio de la efectiva y pronta administración de justicia. -.....con lo que, prácticamente ha paralizado los juicios penales que requieren intervención de jurado".

Tramitado el negocio como queja, se dió traslado simultáneo a los Magistrados del Tribunal y lo descorrieron éstos exponiendo las razones que determinaron que las listas referidas fueran enviadas a los Juzgados el 3 de febrero del año en curso.

Explican los señores Magistrados que en razón de las deficiencias que ofrecían las actuales listas, por nombres repetidos, direcciones equivocadas, personas fallecidas o ausentes del país, se paralizaban frecuentemente las audiencias; y que, observado esto, se decidió dirigirse a los Jueces Superiores de Bogotá para que a la mayor brevedad posible indicaran las anomalías que hubieran encontrado en ellas. La circular al respecto fue firmada por el Presidente de la Sala Penal el 8 de noviembre último, lo cual indica, dicen los señores Magistrados, la preocupación y cuidado puestos en su elaboración, aún con anterioridad al mes de diciembre.

Agregan que, una vez recibidas las respuestas, se formaron las listas de doscientos ciudadanos para cada Juzgado, o sea, en total, dos mil nombres, que la Sala Plena aprobó, según consta en las actas respectivas, y que, "en un exceso de diligencia y cuidado, se decidió todavía el nombramiento de una nueva Comisiòn....., para que les hicieran una última revisión, y así, corregidos los errores que aún les encontraron, fueron de nuevo aprobadas".

LA CORTE CONSIDERA:

1o. Es verdad que de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 482, 483, 484, y 486 del C. de P. Penal, los Tribunales Superiores están en el deber de elaborar las listas de jurados que han de servir ese encargo por el período de un año, a partir del primer día hábil del mes de enero. La designación de jurados se hace dentro de los términos que las citadas disposiciones enseñan, los que por no haber cumplido el Tribunal Superior de Bogotá, en la queja que se examina, determinó la intervención de la Divisiòn de Vigilancia del Ministerio de Justicia, para los efectos del Decreto 3665 de 1.950, en relación con todos los Magistrados de dicho Tribunal.

2o. Hay lugar a sanciones disciplinarias, conforme al Decreto antes citado, cuando por actuaciones u omisiones se producen "retardos injustificados en la administración de justicia, que tiendan a hacerla ineficaz o a restarle imparcialidad" (causal 3a.), única previsión que podría invocarse en el presente caso, de entenderse que hubo negligencia por parte del Tribunal para confeccionar las listas de jurados de conciencia dentro del término legal. Pero ocurre que el retardo en el cumplimiento de este deber no obedeció a decidia o negligencia de los Magistrados, sino a distintos factores de orden material y práctico que impidieron seleccionar oportunamente los jueces de conciencia, cuya designación querían los funcionarios acusados se hiciera con toda ponderación y cuidado para evitar errores o desaciertos.

Precisamente por este empeño, como lo explican los señores Magistrados del Tribunal, no fue posible remitir las listas a los Juzgados Superiores dentro del plazo señalado en el C. de P. Penal, siendo en un todo atendibles las razones por ellos expuestas y, con fundamento en las cuales, la Corte encuentra explicada la conducta del Tribunal en el particular.

3o. No sobra advertir, también, que además de justificarse el proceder del Tribunal, ninguna base existe para afirmar que el mayor tiempo empleado en la elaboración de listas de jurados pudo hacer ineficaz la administraciòn de justicia o sirvió para restarle imparcialidad, condiciones éstas que hacen sancionable las actuaciones u omisiones de los funcionarios jurisdiccionales en el caso previsto en la causal 3a. del Decreto 3665, pues precisamente el retardo no incidió en perjuicio de la administración de justicia.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala Plena-, declara no ser el caso de imponer sanciones disciplinarias a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

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

SALA DE CASACION CIVIL

Los extractos de las doctrinas sentadas por esta Sala, por disposición de la Corte Plena, a cargo de CARLOS MANUEL GUTIERREZ E., Relator Judicial Auxiliar.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS

Culpa. Tanto en el demandante como en el demandado, es problema de aducción de hecho. Dado su destino y objeto propios, no constituye culpa efectuar contacto con una cerca de alambre conductora de fluido eléctrico.

1o. En materia de responsabilidad civil cada caso determina una cuestión de hecho para la configuración de la culpa, y su esclarecimiento depende de la apreciación de todas las circunstancias y modalidades propias del suceso en que tiene origen.

2o. A mayor peligrosidad en el ejercicio de determinadas actividades, el cuidado para evitarlas debe ser mayor. La prestación de servicio de energía eléctrica implica peligrosidad y quien lo presta debe usar de las mejores prevenciones y cuidados para evitar los daños que puedan producirse.

3o. Cuando se afirma la culpa de las víctimas para efecto de exonerarse de la responsabilidad, debe el demandado demostrar los mismos elementos estructurales que el demandante para establecerla. La culpa, tanto en el demandante como en el demandado, es problema de aducción de hecho, demostrable, para efecto de que con base en el ordenamiento legal pueda definirse en quien radica la responsabilidad o si hay compensación de culpas que elimine o disminuya aquélla.

4o. Lejos de la previsión de un hombre diligente estaría pensar que pone en peligro su vida por electrocución si toca una cerca de alambre que circunda una propiedad privada cualquiera; y menos puede constituir culpa efectuar tal contacto, pues el destino y el objeto propios de las cercas de alambre es algo distinto al de servir de trasmisoras de corriente eléctrica, a no ser en los campos de concentración.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veintiocho de enero de mil novecientos sesenta y cuatro

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1o. Los menores Aura María, María Luisa, María del Amparo, Elsa María, Jesús María Víctor Manuel y Francisco Fúneme Caro, hijos legítimos de Francisco Fúneme y Ana Isabel Caro, representados por curador ad litem, demandaron en juicio ordinario de responsabilidad por culpa a la sociedad "Centrales Eléctricas de Tunja S. A", representada por su Gerente, para obtener las siguientes declaraciones:

"a). Que la sociedad conocida con el nombre de "Centrales Eléctricas de Tunja S. A.", es civilmente responsable de la muerte de los cónyuges Francisco Fúneme y Ana Isabel Caro de Fúneme, muerte ocurrida hacia las seis y media o siete de la mañana del día 18 de junio de 1.956 en el camino de herradura que de Tunja conduce a Soracá y frente a un inmueble que se dice es propiedad del municipio de Tunja.

"b). Que la sociedad conocida con el nombre de "Centrales Eléctricas de Tunja S. A.", debe indemnizar a los menores Aura María, María Luisa, María del Amparo, Elsa María, Jesús María, Víctor Manuel y Francisco Fúneme Caro los perjuicios de orden material y moral que sufrieron y los que sufren con motivo de la muerte de sus padres legítimos señores Francisco Fúneme y Ana Isabel Caro, regulados en este juicio o mediante el procedimiento del artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

"c). Que si hay oposición, se condene en costas, al demandado".

Los hechos que motivan estas pretenciones, pueden sintetizarse así:

Entre las seis y media y siete de la mañana del 18 de junio de 1.956, los cónyuges Fúneme-Caro, transitaban por el camino de herradura, vía pública, que de Tunja conduce a Soracà y al hacer contacto con una cerca de alambre de púas que encierra un inmueble de propiedad del Municipio de Tunja, sufrieron muerte por electrocución, a consecuencia de que uno de los postes del alumbrado eléctrico había caído y trasmitido electricidad a la cerca dicha.

La sociedad "Centrales Eléctricas de Tunja S. A.", suministraba en la época del accidente y suministra en la actualidad, la corriente eléctrica para el alumbrado de Tunja y Soracá.

Al contestarse la demanda se sostuvo que la empresa no es responsable del hecho que se le imputa, "pues hubo por parte de las víctimas imprevisiòn o falta de precauciòn al asirse del alambre de la cerca en el momento que se hallaba cargada de corriente eléctrica por contacto con un cable de alta tensión que conduce energía al corregimiento de Soracá".

Se propusieron las excepciones de falta de personería sustantiva de la parte demandada y la genérica.

La sentencia de primer grado dictada por el Juez Primero Civil de Tunja el 18 de abril de 1.960, declarò no probadas las excepciones y condenó en abstracto a la empresa en cuanto a los perjuicios materiales y en lo que respecta a los morales los fijó en cifra determinada. Ambas partes apelaron de la sentencia y el Tribunal en fallo de 22 de septiembre de 1.961, reformó el pronunciado en primera instancia en el sentido de condenar en concreto en lo que respecta a los perjuicios materiales, y lo confirmó en lo demás.

El recurso de casación fue interpuesto por la parte demandada.

2o.- La sentencia del Tribunal de Tunja hace un enunciado general sobre la noción de culpa, estudia enseguida la relación de causalidad, del daño y, luego de analizar el aspecto probatorio, llegó a la conclusiòn antes referida.

"No se puede negar - dice el Tribunal - la peligrosidad que por su naturaleza implica la prestaciòn del servicio de energía eléctrica, ya que entraña el ejercicio de una actividad peligrosa.

"En el caso de autos la empresa demandada no demostró que hubiera empleado la diligencia y cuidados correspondientes para mantener los postes que sostenían las cuerdas de la luz, en condiciones de resistir los embates de los vientos, deslizamientos, aguaceros torrenciales, etc.". Agrega el fallò que la parte demandada no logró demostrar "para exonerarse de la responsabilidad los requisitos o elementos a que antes se hizo alusión o sean la fuerza mayor o el caso fortuito, intervención de un elemento extraño, etc.

"En estas circunstancias la presunción de que antes se habló sigue pesando sobre la empresa demandada, y como lo dice el Juez del conocimiento quedan descartadas las excepciones propuestas.

"En el caso de autos el haberse asido los esposos Fúneme-Caro a la cuerda de alambre de púas no era necesario para la electrocución de los mismos puesto que el alambre de púas no es conductor de electricidad. La culpa consistió en el descuido de la empresa que no mantuvo los postes en buenas condiciones, de tal suerte que con un aguacero se pudieran fácilmente caer. Si la empresa adopta todas las medidas de precaución para que los postes no se hubieran caìdo no se hubiera producido el daño que culminó con la muerte de los esposos aludidos. Esta fue la causa necesaria para el resultado conocido.

"A lo anterior debe agregarse la circunstancia de que la parte demandada no presentò pruebas para desvirtuar la presunción del artículo 2356 del C. C. en armonía con el 2341 de la misma obra".

3o. La demanda de casación formula dos censuras que, por contener el mismo fundamento para acusar la sentencia, se estudiaràn conjuntamente.

La primera dice acusar el fallo "por la causal primera del artículo 520 del C. J., o sea por violación directa de la ley sustantiva a causa del mal entendimiento de los artículos 34 (sic), 2341, 2356 del C. C. y también por interpretación errónea y aplicaciòn indebida al caso del pleito.

"El H. Tribunal partiendo del supuesto de que la actividad desarrollada por la entidad demandada es peligrosa, prescinde del ele-

mento culpa en el autor del daño, en el sentido de que aún cuando en el acto no sea culpable, la responsabilidad existe y el resarcimiento se debe igualmente, siempre que haya nexo causal entre el acto y el daño. Es decir admite el sentenciador la responsabilidad sin culpa o sea la responsabilidad objetiva o de pura causalidad. Pero la verdad, es que los arts. del C. C. del 2341 al 2370, exigen la culpa como elemento esencial, y sería violarlos consagrar la teoría del H. Tribunal, porque los dos artículos fundamentales dentro del capítulo exigen la culpa como elemento indispensable o necesario.

"El H. Tribunal consideró apenas el hecho ilícito desde el punto de vista de que fue causado por razón de la energía eléctrica existente en los alambres que constituían la cerca de propiedad de la Empresa sin parar mientes en que las víctimas no tenían porqué asirse de dichos alambres, ni tampoco que no era normal que por estar a un lado del camino, terceros podían sufrir daño, a consecuencia de que se usaran dichos alambres en el momento en que dentro de la propiedad de la Empresa se hubiera caído un poste de conducción de energía y por ese motivo dichas cercas pudieron ser objeto de riesgo para terceros de los cuales debía responder la respectiva entidad. Y sobre el supuesto de que debía mantener los postes en buen estado en condiciones de resistir las aguas y vientos de la región, y su deber de vigilancia, deduce la causalidad jurídica, sin tener en cuenta que el acto que causó la muerte no es derivado precisamente de dichos hechos, sino única y exclusivamente de la conducta de las víctimas que se colocaron por sí, voluntariamente, en condiciones de recibir un daño, al tomar o tocar cercas de propiedad privada que no estaban dentro del normal tránsito de las personas que deben o pueden pasar por dichos lugares".

Más adelante asevera la demanda del recurso que hubo una "acción culposa" por parte de las víctimas que no puede imputarse a la empresa.

El segundo cargo es por violación indirecta de los artículos 2341 y 2356 del C. Civil por "el desconocimiento de su verdadero sentido en cuanto se decreta o reconoce la responsabilidad de la empresa demandada, sin haberse acreditado el nexo de causalidad entre el acto y el denominado evento del daño".

Se afirma que el error enunciado se cometió porque el Tribunal "no leyó lo que dice la diligencia de levantamiento de los cadáveres prueba traída por el propio actor en cuanto allí consta que fue dentro de la propiedad privada donde se verificó la conexión y que fue por causa de haber tocado las líneas de la cerca que separaba el camino público, como se produjo la muerte. Esta inspección tiene el mérito de plena prueba al tenor del artículo 730 del Código Judicial y revela entonces un error de hecho; uno de derecho en cuanto no se le dió relevancia jurídica correspondiente, tal como ocurrió igualmente con la prueba pericial que dentro de dicha diligencia aparece con violación del art. 722 y 730 del C. J. En segundo lugar el H. Tribunal no tuvo en cuenta el art. 1757 del C. C. en cuanto le correspondía **demostrar a la víctima** sino la culpa de la Empresa como lo sostiene la sentencia, sí el nexo de causalidad o sea que el efecto o evento dañoso es el necesario resultado de una falta de la Empresa en cuanto solamente por su omisión no se impidieron los efectos dañosos, y no como realmente aconteció que fue por causa de las víctimas al tomar o coger algo que no les correspondía y que no estaba destinado a servicio de los terceros, para así poder correr el riesgo que se le ha asignado a la entidad demandada".

Termina el recurrente señalando como transgredidos los artículos 603, 604, 605, 606, 607, 609 del Código Judicial, sobre la confesión en la demanda, contestación, escritos de las partes y 632, 637, 645, 647 del mismo código sobre el mérito de los demás documentos privados o certificaciones y copias de los funcionarios públicos y los artículos 660, 661, 662 sobre presunciones, 693, 697 sobre prueba testimonial y, finalmente, los artículos 722, 724 y 730 del código citado, sobre el valor de la inspección ocular y la prueba por peritos.

LA CORTE CONSIDERA:

4o. - a). La demanda de casación, como queda transcrito, reproduce la misma argumentación presentada al contestar el libelo y pretende la infirmación de la sentencia de instancia para

que se declare que el fallador incurrió en error por no haber tenido la conducta de las víctimas como culposa. En materia de responsabilidad civil cada caso determina una cuestión de hecho para la configuración de la culpa, y su esclarecimiento depende de la apreciación de todas las circunstancias y modalidades propias del suceso en que tiene origen.

A mayor peligrosidad en el ejercicio de determinadas actividades, el cuidado para evitarlas debe ser mayor. La prestación de servicio de energía eléctrica implica peligrosidad y quien lo presta debe usar de las mejores prevenciones y cuidados para evitar los daños que puedan producirse. No niega la parte demandada que la muerte de los consortes Fúneme-Caro ocurriera cuando el alambre de las cercas estaba inducido de corriente eléctrica "por contacto con un cable de alta tensión que conduce energía al Corregimiento de Soracá", como se afirma en la contestación de la demanda, sino que, sostiene que por una parte hubo imprevisión en las víctimas y que por otra "el desprendimiento del cable de sus soportes y su contacto con la cerca metálica no pueden engendrar el error de conducta, factor esencial para la existencia de la culpa civil".

A lo cual se contesta, que lejos de la previsión de un hombre diligente estaría pensar que pone en peligro su vida por electrocución si toca una cerca de alambre que circunda una propiedad privada cualquiera; y menos puede constituir culpa, como lo pretende la demanda de casación, efectuar tal contacto, pues el destino y el objeto propio de las cercas de alambre es algo distinto al de servir de transmisoras de corriente eléctrica, a no ser en los campos de concentración.

La relación de causalidad, está aceptada en la contestación de la demanda y también la muerte de las víctimas, o sea el daño, sin que la previsión de la empresa para evitarlo hubiera sido establecido, como lo anota el Tribunal al afirmar que "si la empresa adopta todas las medidas de precaución para que los postes no se hubieran caído no se hubiera producido el daño que culminó con la muerte de los esposos aludidos. Esta fue la causa necesaria para el resultado conocido".

Cuando se afirma la culpa de las víctimas para efecto de exonerarse de la responsabilidad, debe el demandado demostrar los mismos elementos estructurales que el demandante para establecerla. La culpa, tanto en el demandante como en el demandado, es problema de aducción de hecho, demostrable, para efecto de que con base en el ordenamiento legal pueda definirse en quien radica la responsabilidad o si hay compensación de culpas que elimine o disminuya aquella.

b). El segundo cargo pretende refutar el contenido de la sentencia del Tribunal en lo que éste afirma que por cuanto no se mantuvieron los postes en buenas condiciones para impedir su caída, se produjo el contacto eléctrico con las cercas de alambre, causa de la muerte de los padres de los demandantes. En lo tocante a este enunciado que el Tribunal deduce de las pruebas del expediente, dice la demanda: "Mas la cuestión no es ésta, sino la de que las víctimas se asieron de línea de una cerca en un camino que no tenían porqué tomar, primero por que era de día y segundo por que las cercas no tenían destino particular. Sobre el punto el H. Tribunal no leyó lo que dice la diligencia de levantamiento de los cadáveres prueba traída por el propio actor en cuanto allí consta que fué dentro de la propiedad privada donde se verificó la conexión y que fue por causa de haber tocado las líneas de la cerca que separaba el camino público, como se produjo la muerte. Esta inspección tiene el mérito de plena prueba al tenor del Art. 730 del C. J., y revela entonces un error de hecho; uno de derecho en cuanto no se le dió la relevancia jurídica correspondiente, tal como ocurrió igualmente con la prueba pericial que dentro de dicha diligencia aparece con violación del art. 722 y 730 del C. J.".

Si por una parte este argumento es repetición del formulado en el primer cargo en que se impugna la sentencia de instancia por violación directa de los artículos entonces citados, resulta que la apreciación hecha por el Tribunal no encuentra en las probanzas demostración en contrario, pues no figuran las que fundaran el error de conducta de las víctimas y, no es posible pretender que existe ese error porque las alambradas fueran el signo de una propiedad privada y no de la empresa generadora de energía eléctrica. Es de elemental inferencia que si las cercas de alambre no hubieran estado inducidas de electricidad, no se hubiera producido la muerte de los esposos

Fúneme-Caro, por agarrarse de ellas. La causa, por tanto, fue la energía elèctrica y está admitido, en la rèplica del libelo, como antes se transcribió, que la compañía "Centrales Eléctricas de Tunja S. A". es la que prestaba el servicio de esa energía en Tunja y Soracá.

Las presunciones que el artículo 2356 del C. Civil consagra, no fueron desvirtuadas por la empresa demandada, probando su cuidado y diligencia en la conservación de los postes, el caso fortuito, la culpa de las víctimas o el elemento extraño.

Además, el segundo cargo por error del fallador en la apreciación de las pruebas, no señala concretamente, ni cual sea la prueba, ni en qué consiste el error. Hace referencia a la diligencia de inspección, de la cual aparece que las víctimas murieron por electrocución; mas agrega que de esto no se trata, sino de que hicieron contacto con las cercas y que por eso incurrieron en culpa. Pero, se olvida, que de lo que se trata y que el Juez de primer grado y el Tribunal tienen por probado, es que sin el descuido de la empresa, ni las cercas hubiesen sido conductoras de electricidad, ni los cònyuges Fúneme-Caro hubiesen muerto, aunque se agarraran a los alambres de las mismas.

Lo anterior demuestra que los cargos no son pertinentes, pues no hay violación directa, ni indirecta de los artículos 34 (sic), 2341 y 2356 del C. Civil.

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 del Distrito Judicial de Tunja, de fecha veintidós (22) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en este juicio ordinario de Aura María Fúneme Caro y otros contra "Centrales Eléctricas de Tunja S. A.", sobre indemnización de perjuicios.

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.

Enrique López de la Pava - Gustavo Fajardo Pinzón - José Hernández Arbeláez - Enrique Coral Velasco - Julián Uribe Cadavid - Arturo C. Posada - Ricardo Ramírez L., Secretario.

DELSINDE Y AMOJONAMIENTO

El juicio especial y el ordinario de oposición son uno mismo. Causal 1ª. de casación. Exigencias del cargo. Violación de la ley. Es inadmisible proponer el quebranto de artículos en forma indeterminada. Deslinde. Por sí sola, la falta de asistencia del Secretario no induce nulidad de la diligencia.

1. El juicio especial de deslinde y amojonamiento y el juicio ordinario que surge como consecuencia de la oposición, dentro del dicho término, instaurada por cualquiera de las partes, al deslinde practicado, no son juicios diferentes, sino un mismo juicio, que se incicia como especial y asume luego el carácter de ordinario. Y esta conclusión en que se traduce el sistema que los arts. 870 y 871 del C. Judicial organizan, no sólo se conforma con la naturaleza misma de la materia, sino que está inspirada en la economía procesal.

2. A virtud de lo dispuesto en los artículos 520 ord. 1o. y 531 del C. J., tratándose de la acusación de una sentencia por la causal primera de casación, es indispensable que se señalen, individualizándolos, los textos de la ley sustancial que se consideren infringidos y se determine también el concepto en que se pretende hayan sido vulnerados. Y si el quebranto que de los preceptos de esta especie se alega fuere indirecto, esto es, se imputare a error de hecho o de derecho en la estimación probatoria, entonces es necesario, además, que se indique con precisión la prueba mal apreciada; que si el yerro hubiere sido de hecho, se haga ver éste demostrando que el sentenciador supuso una prueba inexistente o no vió la que existe en el proceso; y que si el error fuere de derecho en la valoración de un medio, se acredite que el juzgador le dió un valor que la ley no le otorga o le desconoció el que ésta le atribuye, citando en cada caso con exactitud el texto de la ley de pruebas que se pretenda infringido por el sentenciador.

3. Es inadmisible el sistema empleado por el impugnante, de proponer la violación de un conjunto de artículos en forma indeterminada, citando únicamente los extremos de la cadena o el inicial de éstos, o de decir que unos artículos se quebrantan por su relación con otros, pues no compete a la Corte la tarea de indagar qué preceptos hayan sido violados y en qué sentido, sino que todo esto ha de ser determinado por el recurrente, que es a quien incumbe trazar los precisos límites dentro de los cuales haya de moverse la Corte, la que no podría oficiosamente suplir las deficiencias del recurso.

4. El que el Juez hubiera determinado la línea divisoria sin la asistencia de su secretario, prevenida por el art. 869 del C. J., no sería circunstancia que por sí sola quite a la diligencia su eficacia. Porque no existe texto alguno de la ley que constituya este defecto en motivo de nulidad, y sabido es que en materia procesal no hay nulidad sin texto que la consagre; y porque, como lo tiene dicho la Corte, la facultad de decisión en que se traduce la competencia es función privativa del juez a quien la ley se la atribuye, y no conjunta con las del secretario. En el caso de autos, si el secretario u oficial mayor que con su firma autoriza las actas de la diligencia de deslinde no hubiere asistido en persona a la diligencia misma, el haberlo afirmado así en algunas de tales actas constituiría una inexactitud que, por razón de lo dicho, no mengua el mérito de ellas en las que aparece la firma del referido funcionario como signo de autorización de las mismas y, por lo tanto, de las resoluciones allí tomadas

por el juez (art. 121 ord. 2o. C. J.); y si quien firmó como secretario lo fué el oficial mayor, el empleo inadecuado de aquel título resulta intrascendente, desde el momento en que el oficial mayor, como lo preceptúa el artículo 122 ibídem, hace las veces del Secretario, así en sus faltas accidentales y temporales, como en las absolutas, mientras se verifican el nombramiento y posesión de uno nuevo en propiedad, pudiendo reemplazarlo en las audiencias y en las demás diligencias que se practiquen fuera de la Secretaría, o en esta misma, cuando el Secretario no concurra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, D. E. veintinueve de enero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Enrique Giraldo O. contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha 31 de mayo de 1.961, en el juicio ordinario seguido por el mismo Giraldo O. frente a Pastor E. Ospina.

- I -

EL LITIGIO

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, Pastor E. Ospina promovió contra Enrique Giraldo O., juicio especial de deslinde y amojonamiento de unos predios de sus respectivas pertenencias, ubicados en la ciudad de Calarcá, frente a las galerías donde antes existió la plaza de ferias, en la calle 9a. entre carreras 9a. y 11, según la antigua nomenclatura, actualmente en la calle 38 con la carrera 28 de la nueva.

Practicada en varias etapas la diligencia respectiva, culminó ésta con el deslinde practicado el 15 de noviembre de 1.956, acto en el cual se fijó la línea en los términos siguientes: "del punto en donde se encontraba un árbol "sauce", en el lindero con predio que fué del señor Angel Barahona, de aqui, de diagonal, atravesando la actual carrera 28, siguiendo la línea destacada en líneas rojas en el plano del Dr. Humberto Echeverri J., hasta la mitad de la vaga o lo que fue quebrada y lindero que fue con predio de Antonio María Aguirre, donde se clavará un mojón de piedra; de este mojón, quince varas hacia arriba, hasta el punto donde se clavará un mojón de piedra, siempre siguiendo la línea punteada de rojo en el plano, hacia arriba, doce metros (15 varas) hasta el punto donde se clavará un mojón de piedra; de este mojón en línea diagonal, hacia la actual calle 38, hasta un punto distante doce metros (15 varas), del lindero con predio de Angel Barahona o que fue de éste, tomando tal medida por la calle 38 de la nomenclatura actual". Como lo dice el acta de la diligencia, el Juez ordenó "colocar los mojones en los sitios indicados".

La misma acta reza que el apoderado de Enrique Giraldo, quien no la firmó, se retiró de la diligencia, sin presentarse a la hora convenida para trazar la línea de que se trata; y como allí no hubo oposición, se dejó a Pastor Ospina en posesión del predio correspondiente conforme a la línea trazada.

Posterior y oportunamente, dentro del mismo proceso, el apoderado que Enrique Giraldo O. había constituído en el juicio especial, interpuso a su nombre, contra Pastor E. Ospina, demanda de oposición al deslinde practicado el día 15 de noviembre de 1.956, para que, mediante juicio ordinario, se resuelva que la línea fijada en tal fecha para deslindar los predios de demandante y de demandado no es la verdadera, sino la que el mismo actor propone ahora en su demanda de oposición; y, en subsidio, que ninguna de las fijadas por el ingeniero doctor Humberto Echeverri J. corresponde a la realidad.

Los HECHOS en que dice fundarse el demandante Giraldo pueden resumirse en los siguientes términos:

Que los peritos que intervinieron en la diligencia no pudieron hacer la identificación necesaria, como tampoco pudo hacerla el juzgado; que ante tales dificultades, el Juez optó por nombrar para esa labor a un ingeniero, designando al efecto al doctor Humberto Echeverri J., quien levantó un plano acomodaticio y no indicó la verdadera línea, sino que determinó una arbitraria que fué la acogida por el juzgado, sin la identidad requerida por a ley; y que con ello se vulneró el derecho de

propiedad de Giraldo O., cuyo fundo se desmembra, sin miramiento alguno al contenido de los títulos de las partes, ni a la posesión material de muchísimos años ejercitada por el mismo Giraldo y sus antecesores sobre lo que se le arrebata.

El demandado contestó este libelo, negando o contradiciendo, en lo que pudieran ser adversos al deslinde practicado, los hechos propuestos por el demandante, a cuyas peticiones dijo oponerse.

La primera instancia, en la que hubo aducción de pruebas de una y otra parte, concluyó con sentencia por la cual el Juez del Circuito resolvió así:

"1o. Declárase en firme la línea divisoria fijada por (este juzgado en la diligencia de apeo realizada el día quince (15) de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis (1.956), entre los predios alinderados en autos;

"2o. Condènase en costas al Sr. Enrique Giraldo O., las cuales se liquidarán por la secretaría".

La apelación contra este proveído, interpuesta por parte de Giraldo O., dió lugar al segundo grado del juicio, el que fué decidido por el Tribunal Superior de Pereira, con sentencia por la cual se CONFIRMA la del inferior y se ordena la inscripción de uno y otro pronunciamiento en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

-II-

LA SENTENCIA RECURRIDA

Entre las consideraciones en que se funda, se destaca como muy importante la de que el dictamen rendido por la mayoría de los peritos en el plenario, a petición del opositor al deslinde, "fué adverso a las pretensiones de la parte que lo pidió, pues antes -por el contrario- reafirma las razones que asistieron al señor Juez para trazar la línea que se impugna". En relación con este medio probatorio, el Tribunal se remite, para acogerlo, a lo dicho por el Juez, quien expresó: "En el cuaderno de pruebas del Sr. Giraldo aparecen, de los tres dictámenes de los peritos, dos uniformes en aceptar la línea trazada por el Juzgado. El primero de ellos, Jesús María Ortega, después de razonar su dictamen concluye que la línea señalada por el Juzgado en la diligencia de apeo es la misma a la que èl ha llegado a través de su estudio..... El tercer perito nombrado por el Juzgado Sr. Carlos Montes Mejía, después de un análisis de los puntos de referencia que tomò para rendir su dictamen, termina aceptando la línea trazada por el Juzgado y, por consiguiente, adhiriéndose al dictamen del primer perito. Acordes los dos experticios en hechos sujetos a los sentidos, no existiendo ninguna duda sobre ellos puesto que fueron claros, exactos, precisos y razonados, hacen prueba plena al tenor del art. 722 del C. J.". Finalmente, advierte el sentenciador que "la línea trazada por el Juzgado es la que mejor se acomoda al texto de las escrituras y a los planos, elaborados el uno por el perito-ingeniero dentro del juicio, presentado el otro por el oponente Giraldo....", si bien acerca de este último dijo que, aunque "no fue presentado dentro de ninguna de las oportunidades de que trata el artículo 597 del C. Judicial, al menos sí da una información clara respecto al hecho controvertido".

-III-

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Interpuesto por el litigante vencido, se procede a su estudio.

El recurrente, haciendo según su sentir una relación de los hechos del litigio, acompañada de varias críticas, la sintetiza en los siguientes puntos: 1) Pastor Ospina demandó a Enrique Giraldo en el juicio especial de deslinde y amojonamiento de que dan cuenta los autos; 2) el apoderado de Enrique Giraldo tenía poder de éste para ese juicio especial, pero no para el ordinario que se suscitó luego; 3) el Juez a quo "dispuso" el derecho de posesión en favor de Pastor Ospina de un inmueble deslindado; y 4) El Juez a quo alteró la verdad al afirmar que las diligencias de deslinde se efectuaron con el concurso de su Secretario.

Sobre lo cual, procede a formular el ataque de casación en tres cargos, de los cuales dos se relacionan con la causal primera del artículo 520 del C. J., y uno con la causal sexta. El último se estudiará en primer término, por razón de orden lógico (art. 537 ibid.).

Cargo por la causal sexta. Está propuesto textualmente así:

"LA SENTENCIA ACUSADA viola también por error de hecho los artículos 251 y siguientes del Código Judicial en relación con los artículos 2142 y siguientes del Código Civil y en concordancia con el artículo 448 del C. J., que establece que son causas de nulidad en todos los juicios la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante (causal 2ª.). En realidad, según los autos, (ver folio 10 C. principal) Enrique Giraldo otorgó poder solamente para el juicio especial y no para el ordinario".

SE CONSIDERA:

Según el artículo 870 del Código Judicial, cuando en el juicio de deslinde y amojonamiento "alguno de los interesados no se conforma con el deslinde en todo o en parte, el punto se ventila en juicio ordinario, en el cual el opositor tiene el carácter de demandante"; y, como lo preceptúa el artículo 871 ibid., "Si dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, no se formula oposición al deslinde, el Juez, a petición de cualquiera de las partes, lo declara en firme y ordena se inscriba el fallo en el libro número primero del registro y se cancele la inscripción de la demanda".

Ello quiere decir que el juicio especial de deslinde y amojonamiento y el juicio ordinario que surge como consecuencia de la oposición, dentro del dicho término instaurada por cualquiera de las partes, al deslinde practicado, no son juicios diferentes, sino un mismo juicio, que se inicia como especial y asume luego el carácter de ordinario. Y esta conclusión en que se traduce el sistema que tales textos organizan, no sólo se conforma con la naturaleza misma de la materia, sino que está inspirada en la economía procesal.

Así, pues, si Enrique Giraldo, en memorial dirigido al juez del conocimiento, presentado en debida forma y que corre al folio 10 del cuaderno primero, dijo "confiero poder especial, amplio y suficiente al dr. Clímaco Gómez G., mayor y vecino de Armenia, para que me represente ante Ud. en el juicio de deslinde y amojonamiento que me sigue el Sr. Pastor Ospina, con facultad de recibir, desistir, transigir y sustituir", ese poder, que no trae restricción alguna, invistió al mencionado Dr. Gómez, de plena personería para representar a Enrique Giraldo O. en toda la extensión de la litis, es decir, no solo en la primera etapa del proceso o juicio especial, sino en la oposición a que, dentro del término señalado por el referido artículo 871, se interpusiera contra la diligencia de deslinde y amojonamiento y, por lo tanto, en el juicio ordinario en que, a virtud de tal oposición, se convirtiese el especial. Y como evidentemente Enrique Giraldo O., a todo lo largo del juicio, ante el juez **a quo** y ante el tribunal **ad quem**, estuvo representado por el dicho doctor Clímaco Gómez, a mérito del poder mencionado, no aparece en modo alguno la nulidad por ilegitimidad de la personería en el representante de Giraldo, que por parte de éste se alega como causal de casación.

Por lo cual, se desecha el cargo.

Cargos por la causal primera.

Primer cargo. Se encuentra literalmente formulado así:

"La sentencia acusada viola por infracción directa e indirecta los artículos 762 a 792 del Código Civil, en relación con los artículos 724 a 730 del Código Judicial, por incurrir en error de derecho y de hecho a la vez.

"En efecto, siendo el juicio a que me refiero destinado solamente a fijar líneas divisorias de heredades colindantes, no ha debido decretarse posesión en favor de nadie, ya que estos negocios judiciales no son declarativos; se dirigen a determinar hasta dónde se extiende el derecho de dominio de cada uno de los dueños de los predios. El error de hecho deriva especialmente de la no apreciación de las probanzas aportadas por Alejandro Arias, Martín Ramírez, Joaquín Lopera, quienes examinaron los terrenos en litigio, y también de lo afirmado por el Juzgado al folio 14 vuelto, que NO PUDO HACER LA IDENTIFICACION DE LOS PREDIOS. Arias, Ramírez y Lopera lo mismo que el Juzgado, no pudieron identificar los linderos de las propiedades en litigio. El Juzgado, motu proprio, pretendió determinarlos sin la colaboración de su Secretario, ya que para ello no fué auxiliado por él. Luego la diligencia de deslinde no constituye prueba contra mi poderdante".

Cargo final. Aparece consignado en los siguientes términos:

"Viola también la sentencia del ad quem por infracción directa e indirecta los artículos 705 y siguientes del Código Judicial en relación con los artículos 762 y siguientes del Código Civil, ya que el Juzgado desechó los testimonios de los peritos Arias, Ramírez y Lopera, para atenerse solamente al concepto del supuesto ingeniero Humberto Echeverri, quien en última instancia aparece con la categoría de juzgador ya que al dictamen de éste se atuvo el a quo".

SE CONSIDERA:

A virtud de lo dispuesto en los artículos 520 ord. 1o. y 531 del C. J., tratándose de la acusación de una sentencia por la causal primera de casación, es indispensable que se señalen, individualizándolos, los textos de la ley sustancial que se consideren infringidos y se determine también el concepto en que se pretende hayan sido vulnerados. Y si el quebranto que de los preceptos de esta especie se alega fuere indirecto, esto es, se imputare a error de hecho o de derecho en la estimación probatoria, entonces es necesario, además, que se indique con precisión la prueba mal apreciada; que si el yerro hubiere sido de hecho, se haga ver éste demostrando que el sentenciador supuso una prueba inexistente o no vió la que existe en el proceso; y que si el error fuere de derecho en la valoración de un medio, se acredite que el juzgador le dió un valor que la ley no le otorga o le desconoció el que ésta le atribuye, citando en cada caso con exactitud el texto de la ley de pruebas que se pretenda infringido por el sentenciador.

Pero la acusación que se contempla está lejos de realizar el lleno de estos requisitos. Así, en el primero de los cargos no se precisa cuál fuera el texto sustancial violado por el sentenciador, ni, por lo tanto, cuál el sentido de su infracción, como tampoco cuál el artículo de la ley probatoria quebrantado; y otro tanto ocurre en la última de las tachas, en que no se individualiza la regla legal probatoria que hubiera sido vulnerada, como tampoco el concreto texto de derecho sustancial que se pretenda infringido. Es inadmisible el sistema empleado por el impugnante, de proponer la violación de un conjunto de artículos en forma indeterminada, citando únicamente los extremos de la cadena o el inicial de éstos, o de decir que unos artículos se quebrantan por su relación con otros, pues no compete a la Corte la tarea de indagar qué preceptos hayan sido violados y en qué sentido, sino que todo esto ha de ser determinado por el recurrente, que es a quien incumbe trazar los precisos límites dentro de los cuales haya de moverse la Corte, la que no podría oficiosamente suplir las deficiencias del recurso.

No obstante que estas razones son suficientes para rechazar los cargos, si la Corte por amplitud se adentrase en el estudio de los motivos en que el recurrente pretende apoyarlos, tendría que llegar al mismo resultado negativo, en atención a las siguientes razones:

Que el Tribunal, a igual que el juez a quo, no tenía por que fundarse en el dictamen de los peritos Arias, Ramírez y Lopera que intervinieron en la primera parte del juicio de deslinde, porque ciertamente la mayoría de tales peritos no pudo hacer las identificaciones indispensables para la determinación de la línea divisoria entre las propiedades de los litigantes. La sentencia del Tribunal, como la del juez a quo, se funda en la prueba pericial surtida en el plenario a solicitud del demandante Giraldo, según la cual la mayoría de los peritos, constituída por los señores Jesús María Ortega y Carlos Montes Mejía, llegó a la conclusión de que la línea divisoria que ellos pudieron determinar coincide con la fijada por el Juzgado; y este dictamen, que para el Tribunal constituyó plena prueba y es fundamento de su fallo, no ha sido atacado en manera alguna en el recurso extraordinario;

que el hecho de que el Juzgador hubiera también acogido el concepto del ingeniero Humberto Echeverri J., no excede las permisiones legales en la materia, porque habiendo sido designado como auxiliar en la diligencia de 30 de octubre de 1.956 y posesionándose del cargo en la de 8 de noviembre siguiente, diligencias a que concurrieron los apoderados de ambas partes, quienes no hicieron al efecto oposición alguna, sino que antes bien en la última, "Como se considerara indispensable el levantamiento de un croquis o plano se le pidió al Sr. ingeniero hiciera tal levantamiento y para trazar la línea respectiva, se aplazó la diligencia hasta el quince de los corrientes", todo ello cabe dentro del artículo 728 del C. J., según el cual, durante la diligencia de inspección ocular, "el Juez puede hacer cualquier in-

vestigación tendiente al esclarecimiento de los hechos". En el caso, la designación del ingeniero Humberto Echeverri J., con el asentimiento de las partes, para levantar un plano y trazar una línea divisoria, como cooperación a la diligencia de inspección ocular, y el resultado de su trabajo, podían recibir del Juzgador el tratamiento, no de una formal prueba pericial, que tal no fué su trámite, pero sí el de un medio racional de la investigación a que se refiere el artículo 728 y, por lo tanto, el plano elaborado al efecto por el dicho ingeniero, asumir cuando menos el mérito de una prueba indiciaria;

Que el Juez hubiera determinado la línea divisoria sin la asistencia de su secretario, prevenida en el art. 869 del C. J., no sería circunstancia que por sí sola quite a la diligencia su eficacia. Porque no existe texto alguno de la ley que constituya este efecto en motivo de nulidad, y sabido es que en materia procesal no hay nulidad sin texto que la consagre; y porque, como lo tiene dicho la Corte, la facultad de decisión en que se traduce la competencia es función privativa del Juez a quien la ley se la atribuye, y no conjunta con las del secretario. En el caso de autos, si el secretario u oficial mayor que con su firma autoriza las actas de la diligencia de deslinde no hubiere asistido en persona a la diligencia misma, el haberlo afirmado así en algunas de tales actas constituiría una inexactitud que, por razón de lo dicho, no mengua el mérito de ellas en las que aparece la firma del referido funcionario como signo de autorización de las mismas y, por lo tanto, de las resoluciones allí tomadas por el Juez (art. 121 ord. 2o. C. J.); y si quien firmó como secretario lo fué el oficial mayor, el empleo inadecuado de aquel título resulta intrascendente, desde el momento en que el oficial mayor, como lo preceptúa el artículo 122 ibídem, hace las veces del secretario, así en sus faltas accidentales y temporales, como en las absolutas, mientras se verifican el nombramiento y posesión de uno nuevo en propiedad, pudiendo reemplazarlo en las audiencias y en las demás diligencias que se practiquen fuera de la secretaría, o en esta misma, cuando el secretario no concurra.

Por último, que es infundado el reparo de que se haya decretado posesión en favor de Pastor E. Ospina. La sentencia del Tribunal no hizo sino confirmar la del Juez de primera instancia, la que a su turno se limitó a declarar en firme la línea divisoria fijada por el mismo Juzgado en la diligencia de apeo de 15 de noviembre de 1.956. Ahora, que si en tal diligencia se dejó a Ospina en posesión del predio correspondiente, conforme a la línea trazada, ello lo fué así, porque, como lo reza la misma diligencia, el apoderado de Giraldo se retiró de ésta, sin que regresara a la hora convenida para trazar la línea y no hubo entonces oposición (art. 869 C. J.), la que sólo vino a presentarse después.

No prosperan, pues, los cargos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Sin costas en el recurso.

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

Enrique López de la Pava. - Gustavo Fajardo Pinzón.- Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco. José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L. Secretario.

SERVIDUMBRES

Las llamadas acción confesoria y negatoria de servidumbre no están excluidas del contenido del art. 872 del C. Judicial. No hay incongruencia cuando se pronuncia fallo inhibitorio. Causal 7a. de casación. Requisito esencial para la procedencia de este motivo. Errores en que se puede incurrir en la interpretación de la demanda.

1. Es ineficaz el reparo que por incongruencia se formule contra una sentencia inhibitoria. Al respecto puede verse lo dicho por la Corte en casaciones de noviembre 18 de 1.959, XCI, 830 y abril 22 de 1.959, XC, 340.

2. La causal séptima de casación, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, se funda en una razòn de orden público, por equivaler a la denegación de justicia. En un principio se pensó que "sólo podía presentarse cuando un Tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer de un negocio que le está jurisdiccionalmente atribuído por la ley de organización judicial" (LIX,788). Posteriormente, se ha afirmado la posibilidad de atacar la sentencia a través de la causal citada, cuando aquella es inhibitoria. Lo ha dicho también la Corte: "El motivo 7o. de casación halla cabida, bien cuando el juzgador, teniendo cabal concepto de la acción intentada, se inhibe, sin embargo, de conocer del negocio sub judice, en la creencia falsa de corresponderle legalmente a otro funcionario de la misma o extraña jurisdicción; o cuando por errores de entendimiento de la acción, declara de modo expreso su propia inhibitoria, contra las normas positivas de la competencia. Lo esencial para la procedencia del motivo 7o. aludido, es que el Tribunal decline explícitamente y sin base legal la jurisdicción en el pleito de que se trata como allí dice con toda claridad" (LXXVII. 65, LXXXI, 377). Es decir, que la causal sería próspera cuando el Tribunal negase su propia competencia.

3. Con frecuencia se afirma que las llamadas acción confesoria y acción negatoria de servidumbre, no están comprendidas dentro de los términos del artículo 872 del C. J. que se refiere a la imposición, variación a extensión de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes, sin parar mientes en que la llamada acción confesoria puede tener por objeto la imposición de una servidumbre, como cuando el dueño de un predio pretende que en favor de éste debe establecerse una servidumbre sobre el predio de otro dueño que se opone a dicha pretensión y la impide o la estorba; y que la acción negatoria tiene por objeto extinguir la servidumbre ya existente, por considerarla inconveniente, innecesaria, ilegítima o por desacuerdo en su extensión, modo o forma de ejercerla, etc. Por manera que pretender excluír del contenido del artículo 872 del C. Judicial, las dichas acciones, es desconocer sus propias características.

Así lo ha entendido la Corte (LXXVII, 516, LXXXIX, 444 y 445).

4. En la interpretación de la demanda se puede incurrir en error evidente en la apreciación de los hechos, o de las peticiones, o en cuanto a la naturaleza jurídica de las acciones. En el primer evento habría violación indirecta de la ley sustantiva por error de hecho, porque se ve en la demanda algo que no expresa, o nó se encuentra lo que sí dice, lo que traería como consecuencia la aplicación indebida de la ley sustancial o la falta de aplicación de las disposiciones pertinentes. En

el supuesto de equivocación en la estimación de la naturaleza jurídica de la acción, la infracción de la ley sustantiva sería directa por violación de las normas que la regulan.

Cuando hay error en la interpretación de la demanda en cuanto a la acción que en ella se ejercita, el error no sería de hecho, sino jurídico.

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

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1o. Por los trámites de juicio ordinario, Efraín Collazos demandó a Fermín Escobar, ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, para que, en sentencia definitiva, se declare que la finca rural denominada "La Florencia", antes conocida con el nombre de "La Paz", situada en Guachinte, Municipio de Jamundí, cuyos linderos se especifican en el hecho 1o. de la demanda, no está gravada con servidumbre de transito en utilidad del predio rural de propiedad del demandado Fermín Escobar, predio éste situado al oriente de la finca del demandante y comprendido por los linderos especificados en el hecho 3o. de la demanda.

Fue contestado el libelo y también se presentó demanda de reconvención en la cual se solicita que se declare que existe servidumbre legal de tránsito en favor del predio perteneciente a Fermín Escobar y sobre los predios rurales de propiedad de Efraín Collazos.

Tanto en la demanda principal como en la de reconvención se pide condenación en costas.

En sentencia de mérito, pronunciada por el Juez del conocimiento, el 13 de febrero de 1.959, se declaró que la finca del demandante Collazos no está gravada con servidumbre de tránsito en utilidad del predio de Fermín Escobar. Y en lo que respecta a la demanda de reconvención, se declaró no acceder a las peticiones en ellas formuladas.

La parte demandada apeló de este pronunciamento y el Tribunal de C ali, en fallo de 24 de abril de 1.961, revocó el de primera instancia y declaró su inhibición para proveer de mèrito por encontrar equivocado el procedimiento elegido para resolver la controversia.

El recurso de casasión fue interpuesto por el actor del juicio y la parte demandada, en calidad de opositora, contradijo la demanda, que ahora se resuelve

2o. En su sentencia, el Tribunal analiza la evolución del criterio de la Corte respecto al procedimiento que debe seguirse, especial u ordinario, cuando se trata del ejercicio de acción negatoria o confesoria de servidumbre, y, concluye que el procedimiento es el especial según la doctrina de esta Entidad. Asimismo, destaca que la casi unanimidad de los Tribunales del país, acatan este procedimiento por el cual se ha orientado la jurisprudencia nacional. Y de allí que su conclusión sea la de inhibirse de dictar sentencia de fondo por no encontrar que el procedimiento ordinario sea adecuado para resolver el litigio.

3o. Tres reparos hace la demanda de casación a la sentencia del Tribunal, que se estudian en el orden en que fueron presentados.

Primer cargo. Es por incongruencia, o sea la causal segunda del artículo 520 del C. Judicial.

Dice el recurrente que funda la causal en que el actor del juicio propuso demanda ordinaria encaminada a una doble finalidad: "1ª. A obtener la declaración de que su finca rural denominada 'La Florencia' no esta gravada con servidumbre de tránsito en utilidad del predio rural vecino perteneciente al demandado Fermín Escobar; y 2ª. A obtener que el demandado Fermín Escobar le indemnice los perjuicios que le ha ocasionado por el tránsito arbitrario establecido por el demandado sobre el predio del demandante.

"Pero el Tribunal apartándose de la letra y del espiritu de las peticiones de la demanda principal, consideró que la acción propuesta se encaminaba a obtener la extinción de una servidumbre existente a cargo del predio del demandante Collazos y en utilidad del predio del demandado Escobar. Y sobre dicha base, y con apoyo en el mencionado planteamiento totalmente equivocado, falló el pleito en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia, favorable al demandante, y en su lugar abstenerse de estimar en su fondo la deman-

da, declarando inidóneo el conducto elegido para controvertirla, por estimar el Tribunal que la vía procedente era la especial, consagrada en los artículos 872 y siguientes del Código Judicial, y no la vía ordinaria".

Expone el recurrente las razones que respaldan su entendimiento de ser de trámite ordinario los juicios en que se discute la acción negatoria o la confesoria de una servidumbre.

SE CONSIDERA:

Sobre la ineficacia del reparo por incongruencia, cuando por este medio se ataca una sentencia inhibitoria, la Corte ha dicho:

"Por determinación de la causal segunda del artículo 520 del C. J., hay lugar a casar una sentencia cuando no está en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes y, "como la pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica", su secuencia natural es que el fallo respectivo concluye dirimiendo el conflicto de intereses sometidos a los órganos de la Jurisdicción, lo cual, supone sentencia de mérito, estimatoria o desestimatoria, que, al dar a cada cual lo que es suyo, realiza la justicia.

"Pero, para llegar a ese resultado es necesario que el proceso reuna las condiciones indispensables, entre ellas, sus propios presupuestos, para que el juez, enfrentándose al estudio de las pretensiones deducidas a la acción, pueda dictar sentencia de mérito. Cuando el proceso no propicia las condiciones adecuadas para el pronunciamiento de sentencia definitiva -tal el caso de falta de presupuestos procesales-, el fallador no puede estudiar el quid del problema demandado de la justicia y solo debe producir sentencia procesal o de forma, declarando su propia inhibición para el juzgamiento de mérito.

"Si esto sucede, no hay en sentido estricto sentencia. La habría en sentido procesal por no haberse resuelto sobre la sustancia del litigio y, por lo mismo, no habría decisión de las pretensiones que las partes hubiesen presentado en la demanda y en la réplica. Entonces, tampoco hay lugar a aplicar la causal segunda del artículo 520 como no se aplica, de ordinario, cuando la sentencia es absolutoria. La doctrina de la Corte es abundante sobre la materia. Véanse sentencias de noviembre 18 de 1.959, XCI, 830; y de abril 22 de 1.959, XC, 340".

Segundo cargo. Es con fundamento en la causal séptima, o sea, por haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia y declarándolo así en el fallo.

Asevera el recurrente que, por parte del Tribunal hubo abstención de pronunciamiento en asunto en que por la naturaleza de la causa como por el lugar donde debía seguirse el juicio, era obligatorio dictar fallo de mérito.

SE CONSIDERA:

La causal séptima de casación, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, se funda en una razón de orden público, por equivaler a la denegación de justicia. En un principio se pensó que "sólo podía presentarse cuando un tribunal, declarándolo expresamente en su fallo, se abstiene de conocer de un negocio que le está jurisdiccionalmente atribuído por la ley de organización judicial" (LIX. 788). Posteriormente, se ha afirmado la posibilidad de atacar la sentencia a través de la causal citada, cuando aquella es inhibitoria. Lo ha dicho también la Corte: "El motivo 7o. de casación halla cabida, bien cuando el juzgador, teniendo cabal concepto de la acción intentada, se inhibe, sin embargo, de conocer del negocio sub judice, en la creencia falsa de corresponderle legalmente a otro funcionario de la misma o extraña jurisdicción; o cuando por errores de entendimiento de la acción, declara de modo expreso su propia inhibitoria, contra las normas positivas de la competencia. Lo esencial para la procedencia del motivo 7o. aludido, es que el Tribunal decline explícitamente y sin base legal la jurisdicción en el pleito de que se trata como allí dice con toda claridad" (LXXVII 65. LXXXI. 377). Es decir, que la causal sería próspera cuando el Tribunal negase su propia competencia.

Ninguna de las posibilidades anteriores ocurren en el caso de la sentencia que constituye el motivo de la presente casación. El Tribunal afirma su competencia, eso sí, por el medio procesal que él cree adecuado, como es el juicio especial, pues sostiene que, aún en el supuesto de acción negativa o de acción confesoria de servidumbre, el procedimiento

debe ser el especial y no el ordinario empleado en el presente litigio en que se asevera que el predio del demandante no está sujeto a la servidumbre de tránsito que en favor de su fundo pretende el demandado.- Más adelante, al estudiar el cargo tercero del recurso, se dilucidará el problema relativo a esta cuestión.

Tercero cargo. Se hace a través de la causal primera y, se impugna la sentencia por ser "violatoria de la ley sustantiva tanto por infracción directa, como por aplicación indebida y por interpretación errònea".

Después de reproducir el contenido de los artículos 9o. de la ley 95 de 1.890, 881 del C. Civil y 734 del C. Judicial, el recurrente expone:

"Como no se trataba de una demanda sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, ni de fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes a dichas acciones, Efraín Collazos escogió el juicio ordinario para deducir sus pretensiones, en lugar de elegir la vía especial consagrada en los artículos 872 y siguientes del Código Judicial.

"El Tribunal de Cali violó, por aplicación indebida y por interpretación errónea, los artículos 734 y 872 a 876 del Código Judicial, y decidió que la vía ordinaria era inidónea para deducir las pretensiones de Efraín Collazos, y resolvió, por lo mismo, abstenerse de fallar la demanda en el fondo. Y la violación de dichas disposiciones procedimentales, llevó al Tribunal a no resolver favorablemente la demanda negatoria de la servidumbre de tránsito propuesta por Efraín Collazos contra Fermín Escobar, incurriendo con esto en violación directa de los artículos 881 del Código Civil y 9o. de la Ley 95 de 1.890.

"Agregó, que la violación directa de las precitadas leyes sustantivas (artículo 881 del C. C. y artículo 9o. de la Ley 95 de 18.90), en que incurrió el Tribunal, se debió, no solamente a la violación, por interpretación errónea y por aplicación indebida, de los artículos 734 y 872 a 876 del Código Judicial, sino también a la falta de apreciación, por parte del Tribunal, de las pruebas producidas dentro del juicio, referentes a la falta de existencia de título constitutivo de la servidumbre de tránsito y a la demostración de que el predio del demandado Fermín Escobar no es un predio enclavado, desprovisto de toda comunicación con la carretera pública, que tuviera derecho para imponer la servidumbre legal de tránsito sobre el predio de Efraín Collazos, incurriendo el Tribunal en error de derecho al dejar de apreciar dichas pruebas.

"También incurrió el Tribunal en violación directa de los artículos 2341, 2342, 2343, 2347 y 2356 del Código Civil, por infracción directa y falta de aplicación al caso del pleito, pues habiendo propuesto Efraín Collazos demanda ordinaria contra Fermín Escobar para la reparación del daño que Escobar le había causado y le estaba causando por su hecho o culpa, el Tribunal se abstuvo de fallar sobre esa demanda, a pesar de aparecer de autos la prueba del hecho acusado y la prueba del daño inferido por el demandado Escobar al demandante Collazos. Incurrió el Tribunal en error de derecho al dejar de apreciar las pruebas referentes a los actos ejecutados por Fermín Escobar contra el predio de Collazos y a los daños sufridos por Collazos por el hecho y culpa del demandado Escobar, e incurrió también el Tribunal en la violación, por interpretación errónea y por aplicación indebida al caso del pleito, de los artículos 734 y 872 a 876 del Código Judicial, llevando la violación de estas disposiciones procedimentales, al Tribunal sentenciador, a negarse a fallar sobre la demanda propuesta por Efraín Collazos, en cuanto a la acción de condena incluída en dicha demanda.

"Además de haber violado el Tribunal las disposiciones de los artículos 734 y 872 a 876 del Código Judicial, por interpretación errónea, violó directamente el artículo 481 del Código Judicial que establece que los Jueces y Tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio las resoluciones de las cuestiones que hayan sido materia del pleito. Y repitó que la violación de estas disposiciones procedimentales llevó al Tribunal a abstenerse de fallar sobre la acción negatoria de servidumbre y sobre la acción de condena por perjuicios, ¡propuestas por Efraín Collazos contra Fermín Escobar, y a violar, en virtud de tal negativa de fallo, los artículos 881, 2341, 2342, 2343, 2347 y 2356 del Código

Civil y el artículo 9o. de la Ley 95 de 1.890, por infracción directa y por falta de aplicación de ellos al caso del pleito, incurriendo también el Tribunal en la falta de apreciación de las pruebas que demuestran la inexistencia de la servidumbre y que demuestran los actos ejecutados por el demandado contra el predio del demandante en virtud de tales actos y culpa del demandado, falta de apreciación de pruebas debida a error de derecho".

Por fin, y dentro de la causal primera, la demanda plantea error de hecho evidente en la interpretación de la demanda, en los siguientes términos:

"Incurrió también el Tribunal de Cali en un claro y evidente error de hecho en la interpretación de la demanda, pues siendo las acciones deducidas por Efraín Collazos contra Fermín Escobar la acción simplemente negatoria de una servidumbre de tránsito y la acción de condena por hechos ejecutados por el demandado y que habían ocasionado perjuicios al demandante, el Tribunal consideró que se trataba de una acción sobre extinción de una servidumbre de tránsito. Y este error de hecho llevó al Tribunal a estimar que el juicio ordinario no era la vía adecuada para controvertir las pretensiones del demandante, sino que las acciones propuestas debían deducirse por la vía especial consagrada en los artículos 872 a 876 del Código Judicial. El citado error de hecho en la interpretación de la demanda, indujo al Tribunal a dejar de aplicar el artículo 734 del Código Judicial y a aplicar indebidamente los artículos 872 a 876 del mismo Código, violando directamente, en esa forma, las mencionadas disposiciones procedimentales. Y la violación de las citadas leyes procedimentales produjo la abstención de fallar la controversia, y dió origen, consecuencialmente a la violación directa de la ley sustantiva (artículos 881, 2341, 2342, 2343, 2347 y 2356 del Código Civil y el artículo 9°. de la ley 95 de 1.890) mediante la falta de apreciación de las pruebas llevadas al expediente por el demandante y que demuestran la inexistencia de la servidumbre de tránsito (materia de la acción negatoria) y la ejecución de los hechos realizados por el demandado abusivamente y en perjuicio del demandante (materia de la acción de condena). Se negó, pues, el Tribunal de Cali a decidir sobre la demanda propuesta, en virtud de error de hecho en la interpretación de la misma demanda, y con su negativa violó las disposiciones de la Ley sustantiva, que se acaban de citar y que amparan los derechos del demandante, y violó también las disposiciones procedimentales conforme a las cuales las acciones propuestas por el demandante debían ser deducidas en juicio ordinario (artículos 734 y siguientes del Código Judicial).

"Asimilar una demanda propuesta con acción negatoria de una servidumbre y con acción de condena por perjuicios causados por hechos que han inferido daños al demandante, a una demanda con acción de extinción de una servidumbre, constituye un protuberante y manifiesto error de hecho; y este error, en que incurrió el Tribunal de Cali, ha generado todos los demás errores y las violaciones directas de leyes sustantivas y procedimentales, que he alegado en la presente demanda como causales de casación, para pedir la infirmación del fallo recurrido".

SE CONSIDERA:

Constituye una evideneia procesal que la decisión del Tribunal, por ser inhibitoria, no contiene pronunciamiento de mérito. El Tribunal, encontró que el procedimiento no es adecuado para resolver la controversia; por tanto, en esa decisión no hay infracción de norma cuya aplicación se hiciera en el supuesto de definir su fondo.

Sustancialmente, lo que en el juicio se discute es si el predio del demandante debe soportar la imposición de una servidumbre en favor del predio del demandado. Con frecuencia se afirma que las llamadas acción confesoria y acción negatoria de servidumbre, no están comprendidas dentro de los términos del artículo 872 del C. J. que se refiere a la imposición, variación o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes, sin parar mientes en que la llamada acción confesoria puede tener por objeto la imposición de una servidumbre, como cuando el dueño de un predio pretende que en favor de éste debe establecerse una servidumbre sobre el predio de otro dueño que se opone a dicha pretensión y la impide o la

estorba; y que la acción negatoria tiene por objeto extinguir la servidumbre ya existente, por considerarla inconveniente, innecesaria, ilegítima o por desacuerdo en su extensión, modo o forma de ejercerla, etc. Por manera que pretender excluir del contenido del artículo 872 del C. Judicial, las dichas acciones, es desconocer sus propias características.

Así lo ha entendido la Corte cuando afirmó que, "la acción de servidumbre que se ventila en el presente juicio debe tramitarse por la vía especial porque tiende a obtener de la justicia la declaración de que la propiedad del actor está libre de tales gravámenes, o sea, que a la Nación no le asiste el derecho a la constitución o imposición de ellos. La controversia para que se defina si hay derecho a una servidumbre tiene un mismo objeto y conlleva una misma relación jurídica, así se trate de las que se estima previstas concretamente en la ley, o de las que emanen de situaciones de hecho que configuran el mismo fenómeno jurídico contemplado de modo particular por aquèlla. Que antes de la demanda se haya creado una situación de facto, contraria o acomodada a las reglas legales, no es óbice para que el juez se pronuncie declarando el derecho, o negándolo, debiendo en todos los casos aplicarse el procedimiento breve y especial que el legislador señaló con el propósito de acortar la discusión en juicio respecto de servidumbres. Ni se ve la razón para distinguir entre las acciones confesorias o negatorias para efecto de ventilarlas por procedimientos distintos, pues el legislador no distinguió entre los varios casos que pueden presentarse, al disponer el procedimiento especial para los litigios sobre 'imposición, variación o extinción" de las servidumbres, englobando así los eventos de confesión o negación de ellas. Representaría un privilegio inadmisible a todas luces, consagrar el procedimiento ordinario para quienes habiendo creado situaciones de hecho llevaran a sus opositores al trámite dispendioso y largo que implica ese juicio en defensa de su derecho al goce pleno de su propiedad" (LXXVII. 516).

Y en sentencia de 3 de octubre de 1.958, dijo:

"No ha de ser extraño que los procedimientos judiciales se especialicen por razón de los fines perseguidos en cada materia, supuesto due en la vida civil son innumerables y de índole muy diversa las acciones valederas ante la justicia. Es así como el juicio ordinario sólo es admisible cuando la regulación jurisdiccional no tiene previsto determinado trámite para ventilar y decidir la controversia, o cuando no autoriza un procedimiento sumario, según lo expresa nítidamente el artículo 734 del Código Judicial".

"Mas cuando se trata de negar o de regular un derecho real de servidumbre, así sea también por causa de relaciones de vecindad, no es posible desatender los imperativos de las leyes de procedimiento, que señalan trámite especial para esta clase de juicios, sea que verse, la demanda sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes', o, consiguientemente, sobre la afirmación o negación de servidumbre. (872, Código Judicial)". (LXXXIX. 444/445).

La última parte del tercer cargo está dirigida a demostrar error de hecho evidente al interpretar la demanda, porque el Tribunal en vez de aceptar la acción como negatoria de servidumbre de tránsito y de condena por hechos ejecutados por el demandado, consideró que se trataba de una acción sobre extinción.

Al resolver litigios sobre servidumbre debe decidirse sobre las indemnizaciones correspondientes, supuesto comprendido en el artículo 872 del C. Judicial.

En la interpretación de la demanda se puede incurrir en error evidente en la apreciación de los hechos, o de las peticiones, o en cuanto a la naturaleza jurídica de las acciones. En el primer evento habría violación indirecta de la ley sustantiva por error de hecho, porque se vé en la demanda algo que no expresa, o no se encuentra lo que sí dice, lo que traería como consecuencia la aplicación indebida de la ley sustancial o la falta de aplicación de las disposiciones pertinentes. En el supuesto de equivocacion en la estimación de la naturaleza jurìdica de la acción, la infracción de la ley sustantiva sería directa por violación de las normas que la regulan.

Cuando hay error en la interpretación de la demanda en cuanto a la acción que en ella se ejercita, el error no sería de hecho, sino jurídico.

Por fin, increpa la demanda error "por falta de apreciación de las pruebas llevadas al expediente por el demandante.....", y no se citan ni concretan cuales son esas pruebas, ni en qué consistió la mala apreciación; y esto, hace que el cargo sea ineficaz.

Lo anterior demuestra que el Tribunal no incurrió en los errores que la demanda de casación pretende y que, por tanto, su sentencia no puede infirmarse.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha veinticuatro (24) de abril de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en este juicio ordinario de Efraín Collazos contra Fermín Escobar, sobre servidumbres de tránsito.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de La Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

DONACIONES REMUNERATORIAS. -SU NATURALEZA JURIDICA.

La escritura Pública o privada, según los casos, donde se exprese dación de alguna cosa con voluntad remuneratoria, o en pago de servicios que suelen remunerarse y allí mismo se especifican, presenta la figura tipificada jurídicamente por el artículo 1490 del Código Civil como donación remuneratoria.

Entonces la generosidad del donante no está impulsada en forma espontánea sino que se determina por el propósito de retribuir servicios recibidos. Y como en cuanto el valor de lo donado exceda el valor de los que se remuneran, el negocio està sometido a venia judicial, de inmediato fluye que la dación en pago de servicio, además de acto oneroso, es de naturaleza conmutativa, y que sólo dentro del margen de tolerancia "hasta el valor de dos mil pesos", puede acumularse en la causa el espíritu de liberalidad, sin el requisito de la insinuación.

Se deduce también que si lo expreso en la literalidad del instrumento es apenas el ánimo de remunerar servicios, quien tuviere interès en ello está admitido a probar que tales servicios no pertenecen a la categoria de los que suelen remunerarse. Mientras que esta calificación cabe de plano cuando la escritura especifica los servicios de que se trata (2o., 1490 C.C.).

En una u otra forma de escritura el fondo de la cuestión radica en que no se contemplen servicios de cualquiera índole, sino sólo aquellos que según las costumbres aparejan remuneración. Esto es, que aún en el supuesto de que fuesen prestados sin promesa alguna de pago, se está sin embargo en presencia de hechos que no significan el cumplimiento de simples deberes morales, sino de actuaciones que a pesar de no ser fuente de obligación civil, penetran tanto en el sentimiento de las gentes, que inducen el nacimiento de la obligación natural de compensar económicamente a quien ha prestado servicios de ese estilo.

Y así cuadra bien, porque para causar el pago en derecho es bastante que la obligación por satisfacer sea meramente natural. Mientras que si se tratara sólo de un deber moral, la gratuidad o el espiritu de beneficencia no podría ir sino hasta el límite de dos mil pesos para causar la donación que no se insinuare más allá de esa medida.

En consecuencia, la validez de las donaciones remuneratorias se predica por el juego de contravalores susceptibles de justiprecio en el mercado. Lo cual significa que la dación retributiva de servicio puede tener por objeto cualquiera de los bienes con aptitud de ingresar al patrimonio económico de las personas, inclusive, pero no únicamente, el dinero. E implica a la vez que la tasa de dos mil pesos se refiere al valor de lo que se da en pago según el nivel de los precios el día del negocio, y no antes ni después.

Además, no deja de ser obvio que para poder entender el punto en el sentido de que lo donable libremente son $2.000 dentro de la ecuación monetaria $1=$1, y no la cuota proporcional del objeto, sería preciso que la ley prohibiera donar cosas distintas del dinero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL Bogotá, treinta y uno (31). de enero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

El presente juicio se inició con demanda entablada por Juan de Jesús Amèzquita contra María Ascensión Valencia Quintero, José Efraín Madrid y Graciniano Restrepo Trujillo, para pedir:

1a. Acción:

"a). Que los contratos otorgados en las escrituras números 756 de 2 de mayo de 1.945 y 305 de 2 de julio de 1.956, pasadas en la Notaría 2a. de Armenia y en la Notaria de Montenegro, son nulas, de nulidad absoluta, por constituir donaciones no insinuadas de bienes raíces, entre el señor Juan de Jesús Amézquita como donante y la señora María Ascensión Valencia Quintero, como donataria, y en los cuales además la causa de la prestación es el pago de servicio no especificados y de los qúe conforme a la ley suelen pagarse".

"b). Que como consecuencia de lo anterior, Graciniano Restrepo y José Efraín Madrid, poseedores inscritos y materiales actuales de los bienes que fueron objeto de dichas donaciones, deben restituírlos al señor Juan de Jesús Amézquita, con todos sus frutos naturales percibidos y por percibir, a partir del otorgamiento de los contratos nulos y hasta que la entrega se efectúe, como poseedores de mala fe, y dentro del término que usted fije".

"c). Que las prestaciones civiles de ley sean liquidadas conforme al procedimiento del artículo 553 del C. J.".

"d). Que los demandados sean condenados en las costas.

2a. Acción:

En subsidio de la acción inmediatamente anterior y de sus consecuenciales, ruego a usted declarar las siguientes:

"a). Que los contratos otorgados en las escrituras números 756 de 2 de mayo de 1.945 y 305 de 2 de julio de 1.956, pasadas en la Notaría 2a. de Armenia y en la Notaría de Montenegro, en su orden, entre Juan de Jesús Amèzquita, y María Ascensión Valencia, son nulos, por constituir donaciones no insinuadas en el valor excedente a la suma de $2.000. oo que para las fechas de su otorgamiento tuvieron los bienes raíces objeto de dichos contratos, y por tener éstos por esencia y naturaleza el carácter de donaciones remuneratorias en pago de servicios prestados por la adquirente al tradente señor Amézquita".

"b). Que como consecuencia, Graciniano Restrepo y José Efraín Madrid, poseedores inscritos y materiales actuales de los bienes que fueron objeto de dichas donaciones deben restituir a mi mandante en el tèrmino que usted fije, la cuota de los mismos, que exceda a la cuota que en cada uno de ellos represente el valor de los servicios que fueron pagados, quedando los demandados y el actor como comuneros en cada uno de los bienes, y en proporción de dichas cuotas".

"c). Que la restitución solicitada en la letra b) anterior deberá hacerse con todas las prestaciones civiles de ley considerados los demandados como poseedores de mala fe, y a partir del otorgamiento de los actos jurídicos nulos".

"d). Que los demandados sean condenados en las costas".

3a. Acción:

En subsidio de las dos acciones inmediatamente anteriores y de sus consecuenciales, ruego a usted decretar las siguientes:

"a). Que son nulos, por objeto y causa ilícitos, los contratos otorgados en las escrituras números 756 de 2 de mayo de 1.945 y 305 de 2 de julio de 1.956, pasadas en la Notaría 2a. de Armenia y en la de Montenegro, en su orden, entre Juan de Jesús Amézquita y María Ascención Valencia, por haber sido originados los servicios que se remuneran mediante las tradiciones de dominio documentadas en dichos contratos, dentro de una relación marital extralegal".

"b). Que como consecuencia, se decrete lo mismo solicitado en la letra b) de la primera acción de esta parte petitoria".

"c). Lo mismo solicitado como consecuencial en la letra c) de la primera acción de esta parte petitoria".

"d). Lo mismo solicitado como consecuencial, en la letra d) de la primera acción de esta parte petitoria".

Cerró el debate en primera instancia el Juez 1º. Civil del Circuito de Armenia con pronunciamiento plenamente absolutorio del 2 de noviembre de 1.961.

El 22 de octubre de 1.962 fue cerrada la segunda instancia del pleito, cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira resolvió la apelación del actor, en los términos siguientes:

"Primero. Se Confirma el fallo recurrido por cuanto por él se absuelve al señor Graciniano Restrepo Trujillo.

Segundo. Se revoca la sentencia apelada, en cuanto por ella se absuelve al señor José Erain Madrid y a la señora María Ascensión Valencia Q., y en su lugar se resuelve:

Tercero. Se declara nulo el contrato que contiene la escritura 305 de 2 de julio de 1.956, de la Notaría de Montenegro (Caldas) en lo que su valor exceda de tres mil pesos ($ 3.000.oo). En consecuencia, se declara que el señor Juan de Jesús Amézquita es dueño de las cinco octavas (5/8) partes del inmueble objeto del contrato contenido en dicha escritura.

Cuarto. Al demandado José Efraín Madrid se le condena a restituir al señor Juan de Jesús Amèzquita, seis días después de la ejecutoria de este fallo, una cuota de cinco octavas (5/8) partes sobre el inmueble a que se refiere la escritura 305 de 2 de julio de 1.956, de la Notaría de Montenegro, quedando los mismos, comuneros en el inmueble en la proporción de sus cuotas.

Quinto. Se condena al demandado Josè Efraín Madrid a restituir al demandante a partir de la contestación de la demanda, los frutos naturales y civiles y no sólo los percibidos, sino los que su dueño hubiera percibido con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, pero únicamente en relación con la cuota que debe restituir al actor.

Al verificarse la restitución de los frutos dichos, el demandante debe abonar al demandado José Efraín Madrid los gastos ordinarios que ha invertido para producirlos. Los frutos deben liquidarse en la forma prevista en el artículo 553 del Código Judicial.

Sexto. Se condena a la parte demadante, o sea a Juan de Jesús Amézquita, a pagar al demandado Graciniano Restrepo Trujillo, las costas de primera instancia, en cuanto a este demandado se refiere.

Séptimo. Se condena a los demandados José Efraín Madrid y María Ascención Valencia Quintero, a pagar al demandante Juan de Jesús Amézquita las costas por ellos causadas en la primera instancia.

Octavo. En esta instancia no hay lugar a condenar en costas.

Noveno. Se ordena la cancelación de la inscripción de la demanda, para lo cual se oficiará al señor Registrador de II. PP. y Privados de Armenia.

Tanto el actor como el demandado Josè Efraín Madrid recurrieron en casación, formularon los libelos y las réplicas en oportunidad.

LA SENTENCIA ACUSADA

Las treinta y una afirmaciones de la demanda inicial se resumen por el sentenciador, así:

El actor, por escritura pública número 756 de 2 mayo de 1.945, de la Notaría 2a. de Armenia, le transfirió a la señora María Ascensión Valencia Q. un lote de terreno de unas tres cuadras y media, situado en el paraje de La America, jurisdicción del Municipio de Quimbaya, mejorado con café, sombrío, cacao, plátano, rastrojos y monte, para pagarle a la senora Valencia servicios que ésta le había prestado por valor de $1.000.oo. No obstante este pago, posteriormente por escritura número 305 de 2 de julio de 1.956 de la Notaría de Montenegro, el actor transfirió a la misma señora otro lote de terreno el cual hace parte del vendido anteriormente a la misma, con casa de habitación, plantaciones de café, plátano, cacao, sombrío para el café, guamo y monte. El primer lote tenía para la fecha de la transferencia un valor de no menos de veinte mil pesos y el segundo un valor igual y fue también destinado al pago de servicios que el tradente le debía a la adquirente. Fueron pues dos ventas en pago de todos los servicios que el vendedor le debía a la compradora. La señora Valencia vendió el primer lote por medio de la escritura número 26 de 18 de enero de 1.961 de la Notaría de Quimbaya al señor Graciniano Restrepo Trujillo, en la suma de $10.000.oo. El segundo lote lo transfirió la señora Valencia, por medio de la escritura número 372 de 22 de julio de 1.959 de la misma Notaría de Quimbaya, al señor Emiliano Londoño en la suma de $8.000.oo. A la muerte de éste, el mismo bien comprado a la señora Valencia, fue rematado en el juicio de sucesión correspondiente, por el señor José Efraín Madrid, el 30 de mayo de 1.960, en el Juzgado 1o. Civil del Circuito de Armenia, en la suma de $9.000.oo.

Que como los contratos por los cuales el actor dijo transferir a título de donación los

bienes relacionados a la señora María Ascensión Valencia, valía cada uno más de dos mil pesos y no fueron insinuados conforme a la ley, son nulos".

Luego de varias citas doctrinales en materia de donaciones remuneratorias, el fallo expresa:

"Sentadas las bases anteriores, se entra al análisis de las dos escrituras 756 y 305, a que se refiere la demanda.

"Por la primera el tradente Juan de Jesús Amézquita declara recibido de la compradora el precio del bien objeto de la venta, o sea la suma de un mil pesos 'en el valor de los servicios que le ha prestado en los años que lleva de acompañarlo, habiendo convenido que el pago lo recibe en el precio del inmueble que le transfiere'.

"En esta escritura si bien es cierto que no se especificaron los servicios prestados por la señora María Ascensión Valencia, si se estipuló, en forma indeterminada, que era para pagar los que la nombrada señora había prestado al demandante hasta el día en que suscribió la escritura 756, o sea hasta el 2 de mayo de 1.945. Lo que quiere decir que la intención del actor fue hacer una donación remuneratoria: no simplemente gratuita, cosa que está prevista como legal en el inciso 2º. del artículo 1490 del Código Civil, que dice que si no constare en la escritura que la donación ha sido remuneratoria, 'la donación se entenderá gratuita, lo que quiere decir a contrario sensu: Si en la escritura pública consta que la donación fue remuneratoria, la donación debe entenderse como no gratuita.

"Según el artículo 1458 del Código Civil, la donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso.

"El inmueble a que se refiere la escritura 756 fue estimado, por medio de peritos, para la fecha del contrato, en la suma de tres mil pesos, los cuales no exceden al valor de la donación remuneratoria por servicios no especificados, que fueron por un mil pesos ($1.000.oo) y la donación gratuita que es valedera hasta dos mil ($2.000.oo), cuando no media insinuación.

"En relación con la escritura 305, ya mencionada, dice que el señor Amézquita transfiere el bien que en ella se relaciona a la señora Valencia, para pagar a ésta servicios que ha venido prestando por más de treinta años en los menesteres domésticos y agrícolas, los cuales, según la liquidación mencionada en la escritura, tienen un valor de un mil pesos.

"Como esta escritura se refiere a servicios relativos a menesteres domésticos y agrícolas, se admite entonces que se trata de una donación remuneratoria por servicios efectuados, estimados por las partes en la suma de un mil pesos, que es la cantidad equivalente al valor de dichos servicios. Ahora bien: como el inmueble a que hace mención la escritura 305 fue avaluado para la época del contrato, en la suma de $8.000.oo, la donación remuneratoria es válida hasta la cantidad en que se estipuló esta donación onerosa, y, la donación gratuita debe entenderse que por no haberse insinuado, tendrá efectos sólo hasta el valor de $2.000.oo, y será nula de allí en adelante. Lo que quiere decir que el contrato que encierra la escritura 305 es válido hasta la suma de $3.000.oo en relación con el avalúo del inmueble que se estimó en la cantidad de $8.000.oo".

De ahí la absolución de Graciniano Restrepo Trujillo, a quien pasó el inmueble sobre que versa la escritura 756; y la condenación de José Efraín Madrid a restituir a Juan de Jesús Amèzquita las cinco octavas partes de la finca que fue objeto de la escritura 305.

LA DOBLE ACUSACION

Los cargos aparecen formulados por la causal 1a., excepto uno que por la causal 2a. trae el libelo de la parte actora. Y como el estudio de fondo ha de referirse a la naturaleza jurídica de las donaciones remuneratorias, conviene considerar la censura en conjunto, después del examen de la tacha de incongruencia.

Causal 2a.

Consiste el cargo en que el sentenciador debe estimar el interès jurìdico "tal y como haya sido postulado en la demanda" para que el fallo no sea incongruente por exceso o por defecto, o por decidir sobre cuestiones ajenas a las súplicas o a su contestación. De donde desprende que como el pedimento principal contempla nulidad de los actos en litigio como donaciones gratuitas, y por cuanto la segunda

petición, que los mira como donaciones remuneratorias, se estableció en subsidio de la primera, y el Tribunal no dijo nada sobre esta última, sino que se concentró únicamente en el estudio y análisis de la segunda acción, "el fallo es impugnable por omisión de la primera de las acciones propuestas en relación con el contrato otorgado en la escritura número 305 de 2 de julio de 1.956 de la Notaría de Montenegro".

"Hago exclusión -dice el libelo- de la escritura número 756 de 2 de mayo de 1.945, porque en lo referente al contrato otorgado por ese título el fallo fue absolutorio respecto a Graciniano Restrepo T.".

SE CONSIDERA:

1. Basta ver el nexo estrecho entre las pretensiones principales y primera subsidiaria para hallar de inmediato que el pronunciamiento fundado en la existencia de donaciones remuneratorias lleva necesariamente envuelto el juicio de que los actos **sub judice** no constituye donación meramente gratuita. Lo cual muestra que no hay verdadera omisión en el sentenciador si en la alternativa que la demanda inicial le propuso, optó de una vez por resolver la petición subsidiaria fundada en la fisonomía que para los actos en disputa encontró definida el Tribunal como donaciones remuneratorias.

Causal 1a.

El recurso del actor aduce tres reparos, y dos el demandado recurrente, aparte de uno tercero "hipotético" para el evento de entenderse que la acción de prevalencia de acto oculto en contrato simulado se ejerciera y se fallara por el Tribunal de Pereira.

Cargos del Actor

I. "Interpretación errada del artículo 1490 del Código Civil, aplicación indebida del mismo artículo al caso del litigio, lo mismo que el artículo 1458 del Código Civil".

El libelo trascribe los artículos 1490 y 1491 **ibidem**, extrae los requisitos que en sentir del recurrente integra las donaciones remuneratorias, toma varios apartes del fallo, y alega:

"De la anterior trascripción resulta obvio que para el Tribunal, basta la intención manifiesta de donar, **latu sensu**, aunque los servicios no se especifiquen para que la donación se entienda como **remuneratoria**, contrariando con esta interpretación el texto claro de la ley que sanciona como gratuita, la donación que quisiéndose hacer como remuneratoria, no se la acompaña en forma expresa, textualmente, con la especificación de los servicios que son objeto de remuneración. El Tribunal acepta que en la escritura no se determinaron los servicios, pero concluye, no obstante, que la donación es remuneratoria porque en su texto dijo el otorgante que su intención fue el donar en remuneración de servicios. El Tribunal suple la condición de determinar, de especificar, de individualizar servicios, con la manifestación pura y simple de la intención contractual del donante".

II. "Interpretación errada de los artículos 1490 y 1491 Código Civil, y artículo 1458 **ibidem**. Aplicación indebida de los mismos al caso de autos, y violación directa por no aplicación de los artículos 1746 y 1748 del Código Civil".

"Para el Tribunal -dice el recurrente- la donación que fué objeto de otorgamiento en la escritura 305 de 2 de julio de 1.956 de la Notaría de Montenegro es una donación remuneratoria, sin embargo de que en ella no se especificaron, individualizándolos los servicios domésticos y agrícolas que se dice fueron prestados por la señora María A. Valencia a Juan de Jesús Amézquita, especificación que es absolutamente necesaria en este tipo de donaciones, para establecer, precisamente, con la debida seguridad, si dichos servicios son de los que "suelen ser pagados". Afirmar que una persona ha prestado a otra servicios domésticos y agrícolas, es predicar el género de dichos servicios, pero no su especie, los cuales siguen así indeterminados respecto a su individualidad.

"Como consecuencia, la donación contenida en el contrato de la escritura 305 no es remuneratoria, sino gratuita, debiéndosela haber insinuado por tener la cosa donada -al decir de los peritos- un valor de ocho mil pesos. Por consiguiente, el valor de los mil pesos que el donante fijó como equivalente a los servicios recibidos desaparece como contraprestación, a título de dación en pago, y en su lugar queda una donación gratuita pura y simple, cuyos primeros dos mil pesos debieron insinuarse (sic)".

III.-" Interpretación errada y aplicación indebida al caso del litigio de los artículos 1490 y 1491 del Código Civil, y de los artículos 1458 y 1493 ibidem".

Se refiere a la restitución de las cinco octavas partes ordenadas por el Tribunal sobre el inmueble que la escritura 305 de 2 de Julio de 1.956 contempla. Y arguye que como según el artículo 1458 del Código Civil la donaciòn que no se insinuare sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos, y será nula en el exceso, ha de entenderse que si la especie donada vale más de esa suma, no debe quedar en comunidad entre donante y donatario, sino simplemente "que la donaciòn es válida hasta un valor de dos mil pesos".

Considera el recurrente que la cuota o porción de dos mil pesos queda limitada y fija por la ley para el donatario, sin que pueda buscarse una nueva determinación "como ocurriría si debiendo quedar la cosa en comùn, las cuotas de los condòminos quedasen representadas en números fraccionarios y no en números o unidades enteras. Porque no es lo mismo afirmar que el donatario queda con un derecho de cuota de dos mil pesos, que afirmar como ocurre en nuestro caso, que éste queda con un derecho equivalente a las 3/8 partes del donante (sic). Conforme a esta última hipótesis la proporción así establecida ya deja de ser fija como unidad de medida, y pasa a ser variable e indeterminada, poniéndose en posibilidad de exceder al valor de dos mil pesos, si el inmueble aumentare de precio; o en contrario, de desminuir de dicha suma, si se deprecia".

Hace algunas otras consideraciones corroborantes de su aserto, y para concluir opina que "el legislador quiso sólo reconocer al donatario un valor crédito de dinero (dos mil pesos) independiente de todo concepto de comunidad, o bien, quiso al fijar dicho valor dar origen a una comunidad representada no en cuotas de números fraccionarios, sino en una cuota fija por precio determinado, en relación con otra cuota representada en el resto del valor del inmueble, cualquiera que fuese èste en el tiempo de la donación o en el tiempo futuro".

Cargos del demandado.

A). Infracción directa del artículo 1602 del Código Civil, consistente en desconocer la validez integral para las partes, del contrato contenido en la escritura 305 de 2 de julio de 1956, Notaría de Montenegro, en cuanto el sentenciador le atribuyó "de manera evidentemente equivocada la calidad de donación, cuando de sus estipulaciones aparece sin lugar a la menor duda que es la figura tipica de dación en pago".

Alude a que allí los contratantes convinieron en valorar en la cantidad de $1.000.oo los servicios domésticos y agrícolas que se dijo haber prestado el uno al otro. Y en vez de pagar en dinero dicha cantidad, se le pagó por el deudor al acreedor, transfiriéndole el derecho de dominio en el inmneble especificado en la escritura.

Es este -agrega- un contrato manifiestamente conmutativo y oneroso, que no deja ver, ni ostensible ni ocultamente, el animus donandi en el enajenante, elemento esencial en toda donación entre vivos, inclusive en las llamadas remuneratorias.

"La sola diferencia de valores entre el objeto propio de la deuda pagada y lo que en vez de ese objeto se diò en pago, no implica donación del exceso. Esas diferencias, más o menos grandes, en el valor de los objetos de las recíprocas prestaciones, pueden existir a menudo en todos los contratos conmutativos y onerosos, sin que por ello pueda decirse que una de las partes donó a la otra el exceso de valor en el objeto de su prestación".

Y termina en el sentido de que "no existe disposición alguna que prescriba el requisito de la insinuaciòn para la validez del acto jurídico de dación en pago".

B). Violación de los artículos 1458, 1490, inciso 1o. y 1491 del Código Civil, por haberlos aplicado el Tribunal "al acto jurídico contenido en la escritura número 305 de 2 de julio de 1.956, de la Notaría de Montenegro, sin que dicho acto constituya donación de ninguna clase, ni simple ni remunoratoria, sino un contrato oneroso y conmutativo de dación en pago, carente por completo del animus donandi, esencial en toda donaciòn, según quedó evidenciado".

Puntualiza este segundo reparo que el quebranto de las normas no toca con la apreciación probatoria, sino que "se produjo por un error manifiesto en la calificación jurídica del acto materia de la demanda, no obstante que el Tribunal hizo referencia a las declaraciones escriturarias que integran dicho negocio, tal como aparecen en el instrumento. Y de este modo le aplicó al acto las normas legales citadas, sin que ellas le sean aplicables". Al respecto hace citas doctrinales conducentes a señalar el error en la diagnosis jurídica como fundamento del recurso extraordinario dentro del concepto lato de violaciòn directa de ley sustantiva.

C). Por último, en forma netamente hipotética acusa el fallo "por violación directa del artículo 1766 del Código Civil, que pone a salvo a terceros adquirentes contra los actos ocultos de los contratantes que alteren lo pactado en escritura pública". Mas como el propio recurrente reconoce que "en la demanda con que se promoviò el juicio no se ejercita la acción de simulación del contrato, en que se pida la declaración de prevalencia de un acto oculto de donación bajo las apariencias de **dación en pago**", el cargo queda hecho al vacío y no incide en el recurso.

SE CONSIDERA:

2. La escritura pública o privada, según los casos, donde se exprese dación de alguna cosa con voluntad remuneratoria, o en pago de servicios que suelen remunerarse y allí mismo se especifican, presenta la figura tipificada jurídicamente por el artículo 1490 del Código Civil como **donación remuneratoria.**

Entonces la generosidad del donante no está impulsada en forma espontànea sino que se determina por el propósito de retribuir servicios recibidos. Y como en cuanto el valor de lo donado exceda el valor de los que se remuneran, el negocio está sometido a venia judicial, de inmediato fluye que la dación en pago de servicios, además de acto oneroso, es de naturaleza conmutativa, y que sólo dentro del margen de tolerancia "hasta el valor de dos mil pesos", puede acumularse en la causa el espíritu de liberalidad, sin el requisito de la insinuación.

Se deduce también que si lo expreso en la literalidad del instrumento es apenas el ánimo de remunerar servicios, quien tuviere interés en ello está admitido a probar que tales servicios no pertenecen a la categoría de los que suelen remunerarse. Mientras que esta calificación cabe de plano cuando la escritura especifica los servicios de que se trata. (2o., 1490 C. C.)

3. En una u otra forma de escritura el fondo de la cuestión radica en que no se contemplen servicios de cualquiera índole, sino sólo aquellos que según las costumbres aparejan remuneración. Esto es, que aún en el supuesto de que fuesen prestados sin promesa alguna de pago, se está sin embargo en presencia de hechos que no significan el cumplimiento de simples deberes morales, sino de actuaciones que a pesar de no ser fuente de obligación civil, penetran tanto en el sentimiento de las gentes, que inducen el nacimiento de la obligación natural de compensar económicamente a quien ha prestado servicios de ese estilo. Y así cuadra bien, porque para causar el pago en derecho es bastante que la obligación por satisfacer sea meramente natural. Mientras que si se tratara sólo de un deber moral, la gratuidad o el espíritu de beneficencia no podría ir sino hasta el límite de dos mil pesos para causar la donación que no se insinuare más allá de esa medida.

4. En consecuencia, la validez de las donaciones remuneratorias se predica por el juego de contravalores susceptibles de justiprecio en el mercado. Lo cual significa que la dación retributiva de servicios puede tener por objeto cualquiera de los bienes con aptitud de ingresar al patrimonio económico de las personas, inclusive, pero no únicamente, el dinero. E implica a la vez que la tasa de dos mil pesos se refiere al valor de lo que se da en pago según el nivel de los precios el día del negocio, y no antes ni después.

Además, no deja de ser obvio que para poder entender el punto en el sentido de que lo donable libremente son $2.000 dentro de la ecuación monetaria $1 = $1, y no la cuota proporcional del objeto, sería preciso que la ley prohibiera donar cosas distintas del dinero.

5. Si, pues, el inmueble que por escritura pública se expresó dar en pago de servicios domésticos y agrícolas por valor de $1.000, tuvo por avalúo para la fecha del contrato la

suma de $8.000, no hay duda de que la autonomía de la voluntad de las partes según el artículo 1602 del Código Civil, está dotada de eficacia plena hasta concurrencia de 3.000 unidades sobre las 8.000 integrantes del valor del inmueble contemplado por la escritura 305 de 2 de julio de 1.956, Notaría de Montenegro, lo que se expresa por la relaciòn de tres a ocho, constitutiva de las tres octavas partes de la finca, que fue el objeto dado en pago y no una cantidad de dinero.

6. Ahora bien: si en el negocio discutido se remuneran servicios agrícolas y domèsticos, y se sabe que unos y otros suelen remunerarse, no erró el Tribunal cuando calificó jurídicamente el acto como donación remuneratoria. Conmutativa hasta concurrencia de $1.000 por los servicios; simplemente gratuita y valedera sin otro requisito, en $2.000 adicionales; y a falta de insinuación, nula en la cuota restante de $5.000 para completar el valor de $8.000, correspondiente al objeto el día del contrato.

Ni se descubre tampoco yerro del sentenciador en lo que respecta a la especificación de los servicios, ya que no es necesario individualizarlos, uno por uno, sino sólo hacerlos suficientemente determinados para saber de plano si son de aquellos que suelen retribuirse, y para dar base, si en ello hubiere disputa, al avalúo en dinero con el fin de medir hasta donde ingresa y vale en la causa el ánimo liberal, sin insinuación o con venia del juez, según sea el exceso de valor en que cristaliza la generosidad del donante.

Es notorio, eso sí, que cuando el objeto de la donación es cosa diferente del dinero, el límite de dos mil pesos marca la parte del objeto en que el traspaso es valedero y aquella otra en que es nulo, según la norma práctica que arroja la cotización corespondiente en el mercado el día del contrato.

7. Con respecto a la escritura 756 del 2 de mayo de 1.945, Notaría 2a. de Armenia, no se ha discutido ni la existencia ni el valor de $1.000 para los servicios que allí el donante expresa retribuir. Por lo que, según lo expuesto, el carácter de donación remuneratoria que le reconoció el Tribunal, halla acogida en el inciso 2o., artículo 1490 del Código Civil, que si bien permite impugnar no sólo la existencia sino también la naturaleza remunerable de los servicios no especificados en la escritura, no le suprime el dicho carácter de donación retributiva al acto jurídico de que se trata, si en la escritura consta "que la donación ha sido remuneratoria".

RESOLUCION:

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 22 de octubre de 1.962 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el presente litigio de Juan de Jesús Amézquita contra Graciniano Restrepo Trujillo, José Efraín Madrid y María Ascensión Valencia Quintero.

Sin costas en casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Julián Uribe Cadavid.- Enrique Coral Velasco.- Enrique López de la Pava.- José Hernández Arbeláez.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DENUNCIOS PENALES

No surge únicamente del insuceso del negocio de esa índole.

Es cierto que el Código de Procedimiento Penal (art. 12), en razón del bien público obliga a todo ciudadano colombiano a denunciar a las autoridades las infracciones penales de que tenga conocimiento. Pero eso no conduce a exonerar de responsabilidad a los autores de denuncias hechas temeraria o imprudentemente, imputando la comisión de un delito a determinada persona.

La circunstancia de que la investigación se haga por un juez y por él se dicte el auto de detención, no le quita responsabilidad al denunciante. En esta materia conviene recordar lo dicho por la Corte en casación de agosto 5 de 1.937 (XLV. 421).

El sobreseimiento definitivo causa ejecutoria, pone fin al proceso penal (Art. 438 del C. P. P.) y tiene la autoridad de cosa juzgada. No quiere decir lo anterior que la responsabilidad civil por los denuncios penales resulte solamente del insuceso del negocio de esa índole; se afirma únicamente que si el error del actor en materia penal se haya evidentemente caracterizado, su culpa lo hace responsable de las indemnizaciones civiles correspondientes.

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

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1o. Relatan los hechos que el 6 de marzo de 1.957, Guillermo Escobar Lemos formuló denuncia criminal contra Juan N. Arroyave por el delito de estafa, con base en el Decreto 0014 de 1.955, ante el Inspector General Departamental de Antioquia, la que fue ratificada bajo juramento el 23 de abril del mismo año. Posteriormente Escobar Lemos se constituyó parte civil y formuló la demanda respectiva el 5 de septiembre.

Como consecuencia de la denuncia, Arroyave fue capturado y detenido en la Carcel de Varones de Medellín, detención que duró varios días. La investigación se adelantó y después de algunas alternativas el proceso terminò por sobreseimiento definitivo, proferido por el Juzgado 52 de Instrucción Criminal y confirmado por la Gobernaciòn del Departamento de Antioquia, en providencia de 9 de diciembre de 1.958.

"La actividad del señor denunciante GUILLERMO ESCOBAR LEMOS al denunciar criminalmente a mi patrocinado y al llevar a cabo todas las actuaciones dentro del proceso penal implica la existencia de culpa, ya que por aquél se hicieron aseveraciones totalmente inexactas, se le dió cariz de delito a un negocio puramente civil, se trató de hacer aparecer como obligado a quien se le debía mirar como extraño según el aforismo res inter alios acta. . . . . , y se incurrió en graves omisiones".

Dice lo anterior la demanda, porque ella pretende obtener las siguientes condenaciones:

"a). Que el señor GUILLERMO ESCOBAR LEMOS es civilmente responsable para con mi mandante señor JUAN N. ARROYAVE de los perjuicios de toda índole tanto materiales como morales que le causó con su culpa abusando de sus derechos, arrogándose los que no tenia o violando sus deberes con motivo de la denuncia criminal ya mencionada y demás actuaciones llevadas a cabo dentro del

proceso penal a que se ha hecho alusión en la parte narrativa de este libelo demandador, perjuicios que estimo en más de cien mil pesos ($ 100.000.oo) moneda legal y cuyo valor definitivo será fijado en este juicio o en los términos indicados por el artículo 480 del C. J. y mediante el trámite señalado por el artículo 553 ibidem.

"b). Que como consecuencia de ello, la parte demandada sea condenada al pago de las costas procesales, si afrontare la litis".

Sucedió, según aparece de autos, que el demandante en este juicio civil Juan N. Arroyave celebró un contrato de urbanización con la sociedad "Urbanizadora Antioqueña Limitada", domiciliada en Medellín y representada por el señor Gilberto Zapata Isaza, en calidad de Gerente. Se convinieron allí las condiciones del contrato de urbanización, se delimitaron las manzanas y se pactó que en ese negocio "no quedaban incluidas las manzanas 1ª. y 2ª. del plano respectivo". Los documentos èn que constan estos convenios fueron protocolizados por escritura pública número 1435 de 31 de diciembre de 1.956, pasada ante el Notario 5o. de Medellín.

Escobar Lemos presentó el denuncio criminal fundándose en que Arroyave no cumplió con lo prometido en el contrato de promesa de venta, según lo afirmado por el denunciante. Pero resulta que Arroyave, según aparece de estos autos, no firmó esa promesa de venta y por eso, y encontrando culpa en Escobar Lemos por la temeridad de la denuncia penal, inició el presente juicio civil, con fundamento en el artículo 2341 del C. Civil.

El demandado replica, en la contestación, que èl hizo el denuncio en ejercicio de un derecho y un deber consagrados por la Constitución Nacional y que en el memorial respectivo se limitó a expresar los hechos tales como habían ocurrido, "sin desfigurarlos, adicionarlos ni aminorarlos. Los presenté a la autoridad para que ella calificara y procediera conducentemente. Otra cosa sería que yo hubiera desfigurado los hechos, los hubiera inventado o tergiversado por adición, sustracción o alteración".

Terminó la primera instancia del juicio absolviendo al demandado, con costas a cargo del demandante.

La segunda instancia abierta por apelación de la parte actora, resolvió confirmar la sentencia de primer grado. El recurso de casación lo propuso el demandante en el juicio, a quien las dos sentencias de instancia le fueron adversas.

2o. Dice el Tribunal que "es evidente que si se repara sólo en el contrato de promesa de venta celebrado con Escobar Lemos (sic) y se analiza éste únicamente por el aspecto del incumplimiento en que haya podido incurrir el señor Arroyave de la obligación contraída con la compañía urbanizadora de formalizar el respectivo contrato, la responsabilidad que pueda derivarse de tal incumplimiento es de naturaleza civil. Pero si este contrato se enlaza con una serie de convenios anàlogos celebrados por una empresa urbanizadora, que ha anunciado sus servicios al público y en la cual aparece como urbanizador y dueño de las tierras una especie de socio capitalista a quien se acusa de haber faltado a la confianza de ese mismo pùblico, dejando sin efecto negociaciones referentes a la venta de lotes, cualquier persona desprevenida que no conozca los secretos de una organización semejante, puede verse inducida a pensar razonablemente que, bajo el aparato jurídico, comercial y publicitario, se disfraza un propósito doloso, encaminado a engañar a los compradores, como tan frecuentemente ha ocurrido entre nosotros y en todas partes del mundo. Muchas veces en el incumplimiento de un contrato se plantea la existencia del dolo, generador de responsabilidad, como una cuestión meramente civil. Pero ello no significa que al lado de esa cuestión se perfile tambièn un dolo generador de responsabilidad penal, por estar tipificado como delito en el código de las penas, y ello ocurre a menudo cuando un acto jurídico aislado o un conjunto de actos no persiguen una finalidad seria sino que se emplean como medios para realizar un provecho ilícito".

3o. La demanda de casación acusò la sentencia por la causal primera del artículo 520 del C. Judicial. El Tribunal dice el recurrente incurrió en errores de hecho y de derecho que lo condujeron a la violación de los artículos 2341, 1613 y 1614 del C. Civil, en relación con los artículos 89 y 91 de la Ley 153 de 1.887, por no haberlos aplicado al caso del pleito.

El fundamento de cargo por error de derecho que determinó la inaplicación de las normas antes citadas, lo deduce el recurrente "de que el demandado Escobar Lemos procedió a la ligera, con temeridad manifiesta, al formular una denuncia penal contra Juan N. Arroyave, sin tener fundamento en su contra para una acción civil, mucho menos para una penal y con el único fin de constreñirlo a otorgar una escritura de venta a que Arroyave no estaba obligado. Tal conducta implica culpa en el demandado".

SE CONSIDERA:

4º. a). La providencia de sobreseimiento definitivo en favor de Juan N. Arroyave tuvo como fundamento el de que, "no es posible deducir una responsabilidad, màxime en el caso a estudio, si desde el mismo momento en que se introduce la querella o el denuncio criminal, no existe entre denunciante y denunciado un acto o convenio que lleve a uno u otro al incumplimiento de lo pactado o a la comisión de un delito, porque para ello se valieron de medios ilícitos o dolosos, con el ánimo de causar un perjuicio determinado, o un beneficio concreto. No sobra repetir que entre Arroyave y Escobar Lemos no existió, no existe aun, pacto, contrato o convención, que los ate jurídicamente. No existiendo esto, no se puede decir que Arroyave se valió de medio alguno ilícito o lícito, o empleó maniobras o artificios engañosos para comprometer al señor Escobar en un negocio del cual iba a salir perjudicado en sus intereses particulares. Conforme a lo anteriormente dicho, no existen las pruebas que tipifiquen el estado peligroso por el cual se adelantó esta investigación. Por el contrario, de las pruebas allegadas, se refleja una cuestión puramente civil, que debe desatarse, no entre Escobar Lemos y Arroyave sino entre el primero y el señor Hernando Gaviria, personas éstas que fueron las que efectuaron el contrato de que da razón el documento de folios No. 4 del expediente. De ahí que lo legal y justo, es el de ponerle fin a estas diligencias por medio de un sobreseimiento definitivo en favor del señor Arroyave". (Fs. 67, cuaderno de pruebas de la parte demandante).

Desechando en Escobar Lemos la intención de dañar a Arroyave, es lo cierto que aquèl cometió un error de táctica en la elección de la vía penal, o error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias del denunciante Escobar. La providencia de sobreseimiento definitivo, cuyo razonamiento fundamental se ha transcrito, revela en la conducta del denunciante la ausencia de precauciones que un hombre atento y diligente adaptaría frente a la posibilidad de iniciar un negocio de índole penal.

Es cierto que el Código de procedimiento Penal (Art. 12), en razón del bien público obliga a todo ciudadano colombiano a denunciar a las autoridades las infracciones penales de que tenga conocimiento. Pero eso no conduce a exonerar de responsabilidad a los autores de denuncias hechas temeraria o imprudentemente, imputando la comisión de un delito a determinada persona.

La circunstancia de que la investigactón se haga por un juez y por él se dicte el auto de detención, no le quita responsabilidad al denunciante. En esta materia, ha dicho la Corte, "la relación de causa a efecto entre la culpa y el daño no es la misma que rige la sucesión de los fenómenos físicos. La causalidad jurídica consiste propiamente en motivaciones. No importa, por tanto, que la causa del daño sea mediata o inmediata. Basta que ella concurra con igual fuerza a producir la responsabilidad de quien, por su culpa, motivó la relación del perjuicio. Unicamente es necesario tener en cuenta que en la serie de perjuicios sucesivos existe un momento en que no es dable afirmar con certidumbre que sin la culpa el daño no se hubiera producido. Por consiguiente, de los daños que sufrió el actor con motivo de su prisión preventiva y del embargo también preventivo de su establecimiento comercial, es responsable el demandado, porque no es razonable suponer que sin el denuncio penal de N. N. los hubiera igualmente soportado". (XLV.421).

b). Con la copia del sobreseimiento definitivo a su favor, el actor en este juicio probó que la denuncia penal carecía de fundamento, no porque el denunciante dejara de aportar la prueba de los hechos enunciados en la querella, sino en la inexactitud de los actos delictuosos atribuídos a Arroyave.

El sobreseimiento definitivo causa ejecutoria, pone fin al proceso penal (Art. 438 del C de P.

Penal) y tiene la autoridad de cosa juzgada. No quiere decir lo anterior que la responsabilidad civil por los denuncios penales resulte solamente del insuceso del negocio de esa índole; se afirma únicamente que si el error del actor en materia penal se halla evidentemente caracterizado, su culpa lo hace responsable de las indemnizaciones civiles correspondientes.

Lo anterior indica que el Tribunal, al dejar de aplicar el artículo 2341 del C. Civil, incurrió en el error señalado en la demanda de casación y hace próspero el cargo.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de catorce (14) de julio de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en este juicio, REVOCA la del Juzgado Sexto Civil de ese Circuito, de dos (2) de diciembre de mil novecientos sesenta (1.960), y en su lugar, como tribunal de instancia,

FALLA:

1º. DECLARASE que el señor Guillermo Escobar Lemos, es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por el señor Juan N. Arroyave, en razón de la culpa proveniente de la denuncia criminal a que se refiere la parte motiva de esta sentencia; y

2o. CONDENASE, en consecuencia, al señor Guillermo Escobar Lemos, al pago de los perjuicios materiales a favor de Juan N. Arroyave, los que se fijarán mediante el trámite señalado por el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil. Los perjuicios morales se señalan en la suma de dos mil pesos ($2.000.oo) m. l.

Costas de primera y segunda instancia a cargo del demandado en este juicio.

Sin costas en casación.

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

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón .- Enrique López de la Pava.- Enrique Coral Velasco.- José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L. Secretario.

RECURSO DE HECHO. MOTIVO DE DUDA EN LA CUANTIA PARA LA CASACION.

No es a las partes sino a los Tribunales Superiores a quienes el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil les atribuye poderes de apreciación en lo conducente a determinar si existe "verdadero motivo de duda" sobre la cuantía del pleito.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

En el juicio ordinario de María Concepción Matamoros V. de Ojeda contra Angel María Romero, el apoderado de la parte demandante recurre de hecho con respecto al auto de 22 de octubre de 1.963, en que el Tribunal Superior del distrito Judicial de Bogotá, antes de resolver sobre el recurso de casación interpuesto por la misma parte contra la sentencia del 9 de septiembre inmediatamente anterior, dispuso que se avaluase por medio de peritos la cuantía de la acción, y que el interesado consignara dentro del término de la ejecutoria "la suma de $200.oo para tomar de ella el valor de los honorarios de los señores peritos. Con la prevención de que si no se hace la consignación, será desechado el recurso".

Sólo hasta el 2 de noviembre de 1.963 el susodicho apoderado pidió reposición, sobre la base de que los tres días de ejecutoria "para efectos de consignar los $200.oo vencían a la media noche del día 30 de octubre de 1.963, y ese mismo día, que hacía parte del término, fue puesto a despacho, siendo que ese mismo día se hubiera podido hacer la consignación". Y agregó que "ese auto no podía producir ejecutoria toda vez que no cabe duda alguna acerca de la cuantía, pues ésta -dice- quedó claramente, manifiestamente establecida en diez mil pesos, con el dictamen del perito tercero nombrado por el Juez a quo".

El Secretario del Tribunal informó el día 8:

"El auto que ordenó la regulación por peritos de la cuantía se notificó por estado el 26 de octubre, o sea que su ejecutoria vencía el 30 de ese mes a las 6 p.m. Sin embargo por un error al no descontar el 27 que fue feriado (domingo), informé sobre no suministro o consignación de honorarios ese día 30, cuando, si era el caso, lo debería haber hecho el 31. En todo caso hoy (8 de noviembre) no se ha hecho la consignación ordenada".

Consideró el Tribunal que los datos del expediente no permitían conocer con exatitud la cuantía de la acción, porque en la primitiva demanda apenas se dijo que valía más de cuatro mil pesos, y en la corrección se estimó en más de diez mil pesos, y en menos de once mil; en tanto que los peritos que intervinieron en el incidente de objeción de la cuantía se dividieron, de tal suerte que para el nombrado por la actora alcanzaba a $ 10.800.oo; sólo a $2.194.23 para el que nombró el demandado; y ascendía a $10.000.oo para el perito tercero. Por lo cual dispuso el sentenciador que nuevos peritos dictaminaran en orden al recurso de casación.

El recurrente de hecho insiste ante la Corte en el sentido de que el auto de 22 de octubre de 1.963 "no causó ejecutoria y no habiendo tenido causa tampoco debe tener efecto alguno". Repite que la acción fue avaluada en $10.000.oo por el perito tercero nombrado por el Juez en primera instancia, y que el asunto fue pasado al despacho antes de vencerse los tres días de ejecutoria que el artículo 487 del Código Judicial señala. Por lo-

demás, acompaña el título A-No. 56303 de 5 de diciembre de 1.963, de depósito en el Banco Popular a la orden de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, por la cantidad de $200.oo, para que se tenga por consignada en tiempo, por restitución del respectivo término, en vista del error de cómputo en que incidiera la Secretaría del Tribunal.

SE CONSIDERA:

No es el caso de que hecho en oportunidad el depósito ordenado por el sentenciador para atender honorarios de peritos en el avalúo de la cuantía antes de conceder o negar el recurso de casación, apareciera como extemporáneo a consecuencia del anotado error secretarial. Simplemente resulta que aquel depósito se hizo el 5 de diciembre de 1.963, cuando ya había transcurrido no escaso tiempo después de aquella ejecutoria, cumplida el 30 de octubre anterior. Lo cual suprime trascendencia a la equivocación de un día de menos en el informe del Secretario.

Y puesto que dentro de ese mismo término de ejecutoria, bien computado, el auto que ordenó la estimación de la cuantía y el depósito para honorarios de peritos no fue recurrido, el sentenciador careció de base para conceder la casación. Sin que pueda perderse de vista que no es a las partes sino a los Tribunales Superiores a quienes el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil les atribuye poderes de apreciacion en lo conducente a determinar si existe "verdadero motivo de duda" sobre la cuantia del pleito.

RESOLUCION.

Por lo expuesto, la Corte declara BIEN DENEGADO el recurso de casación en referencia, y dispone que se remita al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá copia del presente proveído para que obre en los respectivos autos.

Con las formalidades de rigor, déjese copia del citado título de depósito a la orden, y original envíese al sentenciador para los efectos pertinentes.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, cúmplase y archívese.

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón.-Enrique Coral Velasco.- Enrique López de la Pava.-Julián Uribe Cadavid.- José Hernández Arbeláez.-Ricardo Ramírez L., Secretario.

REFORMATIO IN PEIUS. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Intangibilidad de la cosa juzgada. Los arts. 473 y 494 del C. J. son normas de carácter sustancial.

1. La repudiación de la anomalía llamada REFORMATIO IN PEIUS se impone, como lo tiene firmemente enseñado la Corte, con base en el artículo 494 del C. J., por cuanto la apelación no puede racionalmente referirse sino a lo desfavorable al apelante, o sea, que, cuando es una sola de las partes la que recurre, el superior no puede modificar la providencia impugnada en forma que haga más grave la situación del recurrente.

Lo cual se explica por la conjunción de dos principios, fundamentales en la materia: el DISPOSITIVO, según el cual es la voluntad de las partes la que gobierna el proceso civil, vale decir, la que circunscribe al juzgador la órbita de su actividad decisoria, significando así en punto de apelación que el Tribunal ad quem por regla general no puede ir más allá de los límites objetivos dentro de los cuales el recurrente ha colocado la finalidad de su alzada; y el principio del VENCIMIENTO, según el cual esa finalidad no puede lógicamente entenderse, sino en la medida del quebranto padecido por el apelante, es decir, que donde no hay agravio no hay apelación, y que si alguno hubiere, entonces ella tiene que entenderse interpuesta, para que la providencia del a quo se revoque o se reforme en favor del apelante, mejorando su situación, pero no para que ésta se le vuelva más gravosa, empeorando su vencimiento (Cas. 21 marzo 1.955, LXXIX, 2151, págs. 810 y ss.).

Sabia es así la disposición del artículo 494 citado, conforme al cual "La apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra". Ciertamente, esta disposición es de carácter sustancial, en cuanto consagra para el apelante el derecho a que, si no triunfa en el recurso, por lo menos se deje intacto el pronunciamiento recurrido, sin imponerle una desventaja mayor de la que de éste resulta.

2. También tiene el carácter de sustancial, la otra de las disposiciones que el recurrente cita como violadas, o sea el art. 473 C. J., que consagra la intangibilidad de la cosa juzgada; y este principio se vulnera, cuando, consentida la sentencia del inferior por una de las partes y apelada sólo por la otra, el superior la reforma agravando el vencimiento del recurrente, como quiera que, dada esa apelación parcial y unilateral, la providencia del a quo, al no poder ser modificada en contra del apelante, pasó en autoridad de cosa juzgada en la parte favorable a éste.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, siete de Febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 24 de junio de 1961, en el juicio ordinario seguido por Víctor M. Díaz frente a Priscila del Carmen Suárez de Cifuentes.

- I -

EL LITIGIO

Ante el Juzgado 6o. Civil de este Circuito, Víctor M. Díaz trajo a juicio ordinario a Priscila del Carmen Suárez de Cifuentes, demandando a ésta en su propio nombre y como representante de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que formó con el señor Jorge Cifuentes, para que se decrete, **principalmente**: Que el demandante es constructor de una casa dentro del lote de terreno de propiedad de la demandada, marcado con el número 74-26 de la carrera 62 de esta ciudad, con la cabida y linderos que allí se expresan; que la edificación compuesta de las partes que asimismo se especifican, fué levantada por el actor a ciencia y paciencia de la propietaria del terreno; que el mismo actor es dueño único de la construcción mencionada, y que, por valer ella más que el terreno, el demandante tiene derecho a comprar éste y la demandada la obligación de vendérselo, al precio que se establezca en el juicio. **Subsidiariamente**: Que la última está en la obligación de pagar al primero el valor de la construcción, estimada por peritos, y sus frutos, considerando a la demandada como poseedora o tenedora de mala fe.

La narración de los HECHOS de la demanda trae, entre otros, los siguientes:

"6). Doña Priscila del Carmen Suárez de Cifuentes, personalmente, autorizó a Víctor M. Díaz a que construyera dentro del lote de terreno ya indicado, la casa a que se refiere esta demanda; 7). Víctor M. Díaz levantó a sus expensas con dineros propios y a todo costo la finca número 74-26 de la carrera 62 de Bogotá D. E., dentro del lote de terreno antes alinderado; 8.) Cuando la casa estaba terminada y se le estaban dando los últimos retoques, la señora Priscila del Carmen Suárez de Cifuentes tomó posesión de ella y la tiene dada en arrendamiento, recibiendo ella únicamente los frutos del inmueble; 9.) La mencionada casa número 74-26 de la carrera 62 de Bogotá, varias veces indicada, fué levantada dentro del lote de terreno de Priscila del Carmen Suárez de Cifuentes, a ciencia y paciencia de ésta, con su consentimiento y asentimiento".

La demandada contestó, oponiéndose a las peticiones del actor y sosteniendo, al efecto, que tal edificación se levantó en terreno de la misma demandada, con dinero de su propiedad, habiendo ella por conducto del demandante pagado todos los gastos que al respecto se ofrecieron.

La primera instancia recibió fallo de fecha 17 de febrero de 1.961, por el cual el Juez del conocimiento, considerando no encontrarse establecidos "los presupuestos procesales de CAPACIDAD PARA SER PARTE Y CAPACIDAD PROCESAL de la parte demandada", se pronunció así: "1o. De acuerdo con lo dicho en la parte motiva, no es el caso de entrar a resolver en el fondo el negocio por falta de los presupuestos procesales en ella indicados. 2o. Decrétase el levantamiento del registro de la demanda. Comuníquese, para los efectos legales, al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados respectivos. 3o. Condénase en costas a la parte demandante. Tásense por la Secretaría".

Contra este pronunciamiento apeló únicamente el demandante, y la segunda instancia a que tal recurso dió lugar, concluyó con la sentencia, de fecha 24 de junio de 1.961, por la cual el Tribunal Superior de Bogotá, estimando que, si la demandada no tiene aptitud de parte como interesada en una sociedad conyúgal, cuya existencia no se demostró, sí tiene capacidad para responder de las consecuencias jurídicas que puedan seguírsele como propietaria personal del suelo en que, dice el actor, haber levantado a sus expensas la edificación, y considerando que las súplicas principales son improcedentes y que no aparecen debidamente acreditados los hechos en que se fundan las acciones propuestas, "REVOCA la sentencia que ha sido materia de la apelación, y en su lugar RESUELVE: No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda con que se promovió este juicio, por lo cual, se absuelve a la demandada de los cargos que se le propusieron. Las costas de la primera instancia a cargo del demandante, No las hay en la segunda".

Interpuesto por el actor el recurso de casación y habiendo recibido éste la tramitación correspondiente, procede la Corte a resolverlo.

- II -

EL RECURSO EXTRAORDINARIO.

Varios cargos informan la censura contra la sentencia recurrida, el primero de los cuales,

atinente a la primera de las causales de casación, se ofrece en los siguientes literales términos:

"Acuso la sentencia del H. Tribunal, ya mencionada, por violación directa de los artículos 473 y 494 del C. Judicial. Lo cual hizo el Tribunal al empeorar la situación jurídica de mi poderdante dictando el citado Tribunal una sentencia absolutoria, a tiempo que la dictada por el Juzgado a quo, apenas era inhibitoria. Dijo el Juzgado 6o. en la sentencia recurrida: "De acuerdo con lo dicho en la parte motiva no es el caso de entrar a resolver en el fondo el negocio por falta de los presupuestos procesales en ella indicados". Y dijo el H. Tribunal Superior de Bogotá en la parte resolutiva de la sentencia que acuso: "no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda con que se promovió este juicio, por lo cual se absuelve a la demandada de los cargos de la demanda".

"Mi poderdante fuè la única parte que apeló del fallo de primera instancia, y muy claro está que lo hacía únicamente en lo desfavorable. La sentencia de primera instancia fundada en lo que veía como falta de presupuestos procesales, dejaba la vía libre al actor para reiniciar luego la acción corrigiendo los yerros que le acusaba la sentencia de primera instancia. El mismo H. Tribunal, como ha quedado visto en la parte pertinente de su fallo, refuta la tesis del Juzgado a quo, sacando como conclusión: "Y este planteamiento no es exacto". Luego no podia reformar la sentencia absolviendo a la parte demandada y estructurando así en contra del apelante los elementos de cosa juzgada, que no habia hecho el juzgado del conocimiento. Hubo una reformatio in peius, contra el actor, único apelante de la sentencia de primera instancia.

"Incidencia de este error. El H. Tribunal halló que el argumento básico de la sentencia del Juez que lo inhibía para conocer en el fondo la cuestión sometida a su fallo, no era valedero. Pero al proferir su fallo ha debido ver que no podía perjudicar al único apelante. No podía dictar sentencia absolutoria porque incurria en la figura de "reformatio in peius". La ley le prohibía tal absolución. Se trata de violación directa de las normas citadas".

LA CORTE CONSIDERA:

La repudiación de la anomalía llamada REFORMATIO IN PEIUS se impone, como lo tiene firmemente enseñado la Corte, con base en el artículo 494 del C. J., por cuanto la apelación no puede racionalmente referirse sino a lo desfavorable al apelante, o sea, que cuando es una sola de las partes la que recurre, el superior no puede modificar la providencia impugnada en forma que haga más grave la situación del recurrente.

Lo cual se explica por la conjunción de dos principios, fundamentales en la materia: el DISPOSITIVO, según el cual es la voluntad de las partes la que gobierna el proceso civil, vale decir, la que circunscribe al juzgador la órbita de su actividad decisoria, significando así en punto de apelación que el Tribunal **ad quem** por regla general no puede ir más allá de los límites objetivos dentro de los cuales el recurrente ha colocado la finalidad de su alzada; y el principio del VENCIMIENTO, según el cual esa finalidad no puede lógicamente entenderse, sino en la medida del quebranto padecido por el apelante, es decir, que donde no hay agravio no hay apelación, y que si alguno hubiere, entonces ella tiene que entenderse interpuesta, para que la providencia del **a quo** se revoque o se reforme en favor del apelante, mejorando su situación, pero no para que ésta se le vuelva más gravosa, empeorando su vencimiento (Cas. 21 marzo 1.955, LXXIX, 2151, págs. 810 y ss.).

Sabia es así la disposición del artículo 494 citado, conforme al cual "La apelación se entiende interpuesta solo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra". Ciertamente, esta disposición es de carácter sustancial, en cuanto consagra para el apelante el derecho a que, si no triunfa en el recurso, por lo menos se deje intacto el pronunciamiento recurrido, sin imponerle una desventaja mayor de la que de éste resulta.

También tiene el mismo carácter, la otra de las disposiciones que el recurrente cita como violadas, o sea el art. 473 ibídem que consa-

gra la intangibilidad de la cosa juzgada; y este principio se vulnera, cuando, consentida la sentencia del inferior por una de las partes y apelada sòlo por la otra, el superior la reforma agravando el vencimiento del recurrente, como quiera que, dada esa apelación parcial y unilateral, la providencia del a quo, al no poder ser modificada en contra del apelante, pasó en autoridad de cosa juzgada en la parte favorable a éste.

En el caso sub judice, concurren las condiciones de la reformatio in peius.

En efecto:

1ª. El actor obtuvo en el primer grado una resolución apenas inhibitoria. Su vencimiento fué, pues, transitorio, y no de fondo. Hubiera sido total y definitivo, si la demandada es entonces absuelta;

2ª. Solamente el actor apeló de ese fallo y la demandada se contentó con él. Ni en parte alguna aparece que el apelante hubiera prorrogado la competencia del superior, en el sentido de que éste pudiera decidir la alzada en forma más gravosa para el apelante, es decir, entrando a resolver en el fondo contra éste; y

3ª. Es evidente que el fallo de segunda instancia empeoró la situación del actor apelante. Porque la simple asbtención "de entrar a resolver en el fondo", a que se contrajo el pronunciamiento del juez a quo, dejó al demandante en la posibilidad de entablar un nuevo pleito para discutir en su mérito las cuestiones debatidas. Sustituído ese fallo por la absolución de la demandada, el actor no puede promover una nueva litis con el mismo fin del perseguido en la presente, lo cual constituye para él una agravación manifiesta.

Se ha infringido, pues, de modo directo, por el Tribunal, el principio del art. 494 del C. J., repulsante de la reformatio in peius, como también el 473 ibid., porque, al no revocarse la sentencia de primer grado, la cosa juzgada quedaba amparándola con su autoridad en todo lo favorable al apelante y ahora recurrente en casación.

Así que cualquiera de estos dos motivos es suficiente para que el fallo de segunda instancia deba ser casado.

LA SENTENCIA DE REEMPLAZO

La que ahora se dicte, en lugar de la del Tribunal, tendrá que limitarse a confirmar la inhibitoria del juez a quo, porque si la Corte entrase a decidir de mérito, podría tropezar con la contingencia de que el examen de fondo condujera a la absolución de la demandada, con lo que incurriría entonces en los mismos errores que atrás se le anotaron a la sentencia de segunda instancia, como motivos de casación de la misma.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veinticuatro (24) de junio de mil novecientos sesenta y uno (1.961), materia del recurso, y, como juzgador de instancia, RESUELVE:

Confírmase la sentencia de primer grado proferida en este juicio por el Juez Sexto (6º.) Civil del Circuito de Bogotá, con fecha diez y siete (17) de febrero de mil novecientos sesenta y uno (1.961).

Sin costas en la segunda instancia, ni en el recurso extraordinario.

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

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón.-Enrique López de la Pava.-Enrique Coral Velasco. José Hernández Arbeláez.-Julián Uribe Cadavid. Ricardo Ramírez L., Secretario.

VENTA DE UN PREDIO RUSTICO COMO CUERPO CIERTO O CON RELACION A SU CABIDA.

Alcance y aplicación del art. 1887 del Código Civil.

El artículo 1864 del Código Civil dispone: "El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes. Podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen".

En desarrollo de este principio el artículo 1887, ibídem, autoriza efectuar la venta de un predio rústico como cuerpo cierto o con relación a su cabida. En el primer caso, las partes han considerado que el área con que resulte el bien no tiene ninguna consecuencia en el aumento o reducción del precio convenido (Art. 1889). En el segundo, los estipulantes fijan el precio y la cabida, lo cual significa, en definitiva, que la venta se hace a razón de una determinada suma por la unidad de la medida adoptada. Al respecto el inciso 3o. del art. 1887 expresa: "Es indiferente que se fije directamente un precio total, o que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresa, y del precio de cada medida".

Síguese que la venta por cabida requiera la expresión de ésta y del precio en forma que se pueda saber cuál es el que corresponde a la unidad de medida convenida, para los efectos subsiguientes a la celebración del contrato, si la cabida resulta inferior o superior a la determinada en éste.

Por la directa relación que tiene la cabida con el precio estipulado, es palmario que aquella debe expresarse en forma determinada y exacta, bien sea en unidades o en cantidades enteras o mixtas; porque es la única manera de saber cuál suma del precio pactado le corresponde a cada unidad y fracción de la superficie con que resulte el inmueble. Si la cabida se pudiera enunciar en el contrato en cantidad aproximada o de más o menos, diez fanegadas aproximadamente o más o menos diez fanegadas, matemática, numérica y lógicamente no se podría saber cuál es el precio correspondiente a cada fanegada, porque no es el mismo el de diez fanegedas que el de diez fanegadas más o menos o aproximadamente, ya que en último caso no se trataría del precio fijado en el contrato, igual, menor o mayor del que tenga el inmueble, para determinar el que correspondería al real sino del que resulte, evento en el cual no se trataría de la venta por cabida, dado que en esta la fijación del precio correspondiente a las unidades que tenga de más o de menos la finca se fija por el precio señalado en el contrato a la cabida pactada. En otras palabras, el precio señalado a la cabida estipulada, es el dominante para determinar el de la cabida real. En cambio, el precio fijado a una cabida aproximada o de más o menos, por lo mismo que no es el correspondiente a la unidad de medida adoptada por los contratantes, no puede configurar la venta por cabida autorizada por el artículo 1887 del C. C. ya que no se compagina con las consecuencias que el artículo 1888 ibidem consagra a dicha venta: "Si la cabida real fuere mayor que la cabida declarada, deberá el comprador aumentar proporcionalmente el precio . . . . y si la cabida real es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor si no fuere posible completarla o no se le exigiere esto, sufrir una disminución proporcional del precio". Claramente se colige que el aumento o la disminución de aquel por la cabida mayor o menor de la pactada, se entiende en relación con el precio señalado en el contrato. Aplicación que es imposible en el caso de venta por cabida aproximada o de más o me-

nos, dado que no se trataría de un precio cierto y determinado en el contrato con relación al cual se determinaría el correspondiente al predio una vez hecha su mensura, sino, en realidad, de un precio de cuerpo cierto. Supuesto que no se compagina con el texto conjunto de los artículos 1887 y 1888 del Código Civil que fijan claramente la noción y el alcance de la venta de predios rústicos con relación a su cabida.

El inciso 3o. del citado artículo 1887 se refiere a la venta de un predio compuesto de porciones de diferentes calidades y precios, y considera que es indiferente que éstas se expresen así, "con tal que de estos datos resulte el precio total y la cabida total", lo cual corrobora el alcance que se le ha dado a toda la norma, cual es el de que la venta por cabida de un predio rústico, trátese del que consideren las partes de una sola calidad, o del que estimen de diversas calidades, requiere que resulte de la estipulación contractual una cabida total y un precio total, no una cabida aproximada, y por ende, un precio aproximado. Finalmente, esta norma se aplica también a la primera parte del último inciso del artículo en cita que contempla "la enajenación de dos o más predios por una sola venta".

Si para que la venta de un predio rústico se tenga celebrada con relación a la cabida, se requiere que ésta y su precio se expresen en su totalidad, "que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresen y del precio de cada medida", la autorización consignada por el inciso 2o. del artículo 1887 de que la cabida "se exprese de cualquier modo en el contrato" no puede tener el alcance que algunos pretenden en el sentido de que basta indicarla en cantidad aproximada o de más o menos, porque, se repite, no sería cabida total sino aquella cuyo precio total dividido por ella diera el correspondiente a la unidad adoptada como medida, evento que no es posible, cuando la cabida expresada en el contrato no es exacta sino aproximada o de más o menos. Expresar de cualquier modo la cabida no puede tener otra interpretación que la de adoptar cualquier medida, varas, metros cuadrados, fanegadas, cuadras, cabuyas en total o por unidades enteras o fraccionarias, en forma que resulte la de todo el inmueble o de las porciones de él, o la de cada lote o la del conjunto de ellos cuando la venta comprende dos o más fincas o predios.

Esta es la aplicación que la Corte ha dado al artículo 1887, como puede verse en los fallos publicados en la G. J. T. 47, pág. 181, No. 1.940, mayo 1.938; T. 63, 93; T. 70, 922 ss. y T. 88, pág. 103.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, once de Febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Luis Eduardo Bedoya Sepúlveda en libelo dirigido al Juez 2o. Civil del Circuito de Armenia expuso, en lo conducente los siguientes hechos:

Para cumplir convenios verbales previos, Arturo Castaño O. transfirió en venta a Luis E. Bedoya por medio de la escritura 97 pasada ante el Notario 3o. de Armenia el 24 de enero de 1.958 el dominio de estos bienes: a) Una finca denominada las Violetas "constante de diez cuadras más o menos, ubicada en el paraje de Campohermoso en jurisdicción del Municipio de Montenegro, mejorada con sementeras de café y plátano, sombrío de guamos, pastos, orillas de guadual y casa de habitación, la cual tiene local apropiado para fonda", y comprendido por los linderos expresados en la escritura y en la demanda; y "b). Un lote de terreno de una extensión exactamente de dos cuadras, mejorado con plantaciones de rastrojeras, ubicado en la fracción de La Cecilia o Campohermoso, denominado Bizerta o La Cecilia, en jurisdicción de Montenegro, lote que hacia parte de la finca conocida con el nombre "El Reflejo", y alindado como rezan la escritura y el libelo.

La venta se hizo por un precio de ochenta mil pesos ($ 80.000.oo), si bien las partes convinieron en que en la escritura figurara apenas el de setenta mil pesos ($ 70.000.oo).

Esta suma "fue cancelada o cubierta" por el demandante así: $ 30.000.oo en dos cheques de 18 y 21 de enero de 1.958 por $ 20.000.oo y $ 10. 124. 75, respectivamente, a cargo del Banco de Bogotá, sucursal de Armenia. El

excedente de $ 124.75 del segundo cheque representa la cuota de gastos notariales y de registro a cargo de Bedoya S. "Los cincuenta mil peso ($ 50.000.oo) restantes quedaron garantizados con primera hipoteca sobre los bienes vendidos en la forma como reza la misma escritura 97 citada".

La venta "se efectuó en atención a la cabida prometida por el vendedor al comprador, y se rige, en consecuencia, por los preceptos de los arts. 1887 y 1888 del Código Civil".

Bedoya S. tomó posesión de los predios La Cecilia o Bizerta y las Violetas, y habiéndolos hecho medir, resultó una cabida inferior a la señalada en el contrato de venta, de la cual fue móvil determinante dicha cabida.

La cabida inferior da derecho a la disminución del precio de venta y, como consecuencia, a que Bedoya no esté obligado a pagar de la parte insoluta del precio de la venta sino la que "a prorrata corresponda a la cabida real y a que el gravamen hipotecario que garantiza el pago del saldo quede disminuído en la misma proporción".

Con base en los hechos anteriores, Luis Eduardo Bedoya Sepúlveda demanda en vía ordinaria a Arturo Castaño O. para obtener las siguientes declaraciones:

"a). Que los dos lotes vendidos por medio de la escritura número noventa y siete (97) de veinticuatro de enero de mil novecientos cincuenta y ocho (24 - 1.958), pasada en la Notaría 3a. de Armenia, entre Arturo Castaño O. como vendedor y Luis Eduardo Bedoya S. como comprador, tienen una cabida inferior al número de cuadras y fracción de las mismas que se demostrare en el curso de este juicio, a las doce cuadras que el vendedor garantizó como cabida real de dichos lotes;

"b). Que como consecuencia de la declaración anterior el precio de la compra debe ser rebajado en la proporción correspondiente, a la diferencia entre la cabida garantizada y la cabida real de los dos lotes vendidos, teniendo como precio para el establecimiento de la proporción el de ochenta mil pesos ($ 80.000.oo) que fue el verdadero y real del contrato;

"c). Que la diferencia del precio y la rebaja correspondiente debe hacerse en la parte del precio que aún no ha pagado mi mandante, y cuyo pago se halla garantizado con hipoteca a favor del vendedor demandado;

"d). Que el valor de la deuda a cargo de mi mandante, como remanente del precio de venta, queda rebajado en la proporción pedida y en la misma proporción queda reducida la garantía hipotecaria para la liquidación también de capital e intereses.

"e). Que el demandado sea condenado en las costas".

Subsidiariamente hace las mismas peticiones anteriores, pero subordinando las marcadas con las letras b, c y d, así: "Esta segunda acción subsidiaria se interpone para el evento de que el fallador acogiere como real y definitivo el precio de venta estipulado en el texto de la escritura número 97 citada, y no el de ochenta mil pesos ($80.000.oo) que fue el que informó realmente el contrato y fue cubierta por el Sr. Bedoya S.".

Como derecho cita los artículos 1887 y 1888 y demás concordantes del C. Civil.

El demandado contestó oponiéndose a las declaraciones impetradas, negando los hechos y proponiendo las excepciones de carencia de derecho, ineptitud sustantiva de la demanda y la genérica.

El Juzgado decidió la primera instancia en sentencia de diez y seis de septiembre de mil novecientos sesenta, por la cual declaró:

1o. No probadas las excepciones propuestas.

2o. Que los dos lotes vendidos mediante la escritura 97 de 24 de enero de 1.958 por Arturo Castaño a Luis Eduardo Bedoya S. "tienen una cabida inferior al número de cuadras pactado en tal instrumento, equivalente a la diferencia entre doce cuadras vendidas y ocho cuadras con cuatro mil seiscientos dos metros, de la medida practicada en el juicio".

3o. Bedoya tiene derecho a que Castaño le rebaje el valor proporcional a la diferencia entre la cabida real y la cabida garantizada de los lotes vendidos, y que pericialmente fue fijada por un valor de diez y nueve mil ciento ocho pesos con diez y ocho centavos. ($ 19.108.18).

4o. Castaño debe rebajar la cantidad de $ 19.108.18 en la parte del precio que todavía no ha pagado Bedoya y cuyo pago se halla garantizado con hipoteca a favor de Castaño.

5o. El valor de la deuda que consta en la escritura 97, a cargo de Bedoya y a favor de Castaño queda rebajada en la cantidad de $ 19.108.18 en relación con el crédito de cincuenta mil pesos que consta en el mismo instrumento, reducción que se entiende para la liquidación de intereses desde la fecha del contrato.

6o. No hay lugar a condenación en costas.

El Tribunal Superior de Pereira, en virtud de la apelación en que acudieron ambas partes, por sentencia de seis de junio de mil novecientos sesenta y uno, revocó la de primer grado, y, en su lugar, absolvió a los demandados y condenó en costas a la parte demandante.

Motivación del fallo de segunda instancia.

El Tribunal resume así la tesis planteada en el juicio:

El actor Bedoya sostiene que compró los dos inmuebles en atención a su cabida; y "que, como la cabida real es inferior a la declarada en el contrato, tiene derecho a una disminución en el precio de la venta". Y Castaño, tanto en las posiciones que absolvió como en la contestación de la demanda, afirma "que esa no fue la intención de las partes y que solo hubo venta de cuerpo cierto".

Anota que la escritura 97 de 24 de enero de 1.958 expresa que Castaño transfiere a Bedoya la finca Las Violetas, situada en Campohermoso, municipio de Montenegro, "constante de diez cuadras más o menos", mejorada con sementeras de café, plátano, sombrío de guamo, pastos, orillas de guadual y casa de habitación, la cual tiene local apropiado para fonda; y el "lote de terreno de una extensión exactamente de dos cuadras mejorado con plantaciones de rastrojos, denominado La Cecilia o Bizerta.

Se refiere a la inspección ocular en que se identificaron los dos predios, y al dictamen pericial, según el cual, Las Violetas tiene una cabida superficiaria de seis cuadras y dos mil ochocientos cincuenta metros cuadrados, y Bizerta o La Cecilia, dos cuadras, mil setecientos cincuenta y dos metros cuadrados. Le observa a la exposición pericial que, aunque no incide en la tesis sostenida por la mayoría de la sala, "carece de todo fundamento".

El razonamiento básico de la decisión del fallador se encierra en el siguiente aparte: "Considera el Tribunal que la venta de que trata la escritura 97, tantas veces aludida, no es venta con relacion a su cabida, por lo menos en cuanto al lote llamado Las Violetas. Ello es así porque la cabida de ese fundo no ha sido expresada, sino en forma de más o menos. Y para que la cabida se tenga como real y eficazmente declarada, no puede en ningún momento estar acompañada de expresiones como esa, o como la de aproximadamente, porque entonces no es ya una cantidad cierta y determinada. El "más o menos" o el "aproximadamente" son términos que nada definen, porque son muy generales; carecen de precisión y la precisión y exactitud son inseparables de la negociación por cabidas. Este es un término que no admite distingos: es evidente o no. Al menos esa es la obligada conclusión dentro de nuestro Código Civil.

La frase "más o menos" presupone indeterminación; lo indeterminado, no se iguala con la certidumbre. Lo que admite recortes o agregaciones, no puede ser exacto.

Añade que si la intención hubiera sido la de negociar en atención a la cabida, la habrían expresado sin ningún género de dudas o aproximaciones, como lo hicieron con el predio Bizerta o la Cecilia "cuya superficie fijaron exactamente, cosa que no acontece con Las Violetas".

Transcribe la doctrina de algunos autores y apartes de sentencias de la Corte, en las cuales se sostiene que la superficie de un inmueble señalada en medidas aproximadas o de poco más o menos no configura la venta por cabida de que trata el artículo 1887 del C. Civil. Y concluye: "de acuerdo con los precedentes razonamientos, no hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas, ya como principales ora como subsidiarias, y en consecuencia debe absolverse a los demandados".

Recurso de casación.

El apoderado del demandante impugnó la sentencia del Tribunal con el recurso extraor-

dinario de casación en demanda que contiene cuatro censuras, basadas: la primera, en interpretación errónea del artículo 1887 del C. Civil; la segunda, en cuanto erró en la calificación jurídica del contrato contenido en la escritura 97 a consecuencia de haber interpretado erróneamente el mismo precepto sustancial; la tercera en error de derecho en la estimación del contrato de venta de que da cuenta la citada escritura 97; y la cuarta, en error de hecho en la apreciación del mismo contrato.

Primer cargo.

El primer cargo lo enuncia en estos términos: "precepto autorizante: Causal 1a. del art. 520 del C. J. -Concepto de infracción- Violación de la ley sustantiva por error en la interpretación del art. 1887 del C. Civil".

La motivación se resume en estos términos:

Se refiere al paso transcrito de la sentencia en que el Tribunal expone que la venta de que trata la escritura 97 no es con relación a la cabida, al menos en lo que toca con el predio Las Violetas, porque se halla expresada "en forma de más o menos. Y para que la cabida se tenga como real y eficazmente declarada, no puede ir acompañada de expresiones como esta o aproximadamente", porque en tal caso no es una cabida cierta y determinada.

Comenta que para el Tribunal la venta por cabida exige que ésta se indique en el contrato con unidad de medidas determinadas expresadas en cantidad entera o fraccionada como dos cuadras y cuatro cuadras y media. Con este razonamiento infiere el Tribunal que, como de la finca Las Violetas se dijo que tenía una cabida de diez cuadras, más o menos, la venta fue de cuerpo cierto y no de cabida.

Para el recurrente este concepto viola el artículo 1887 del C. Civil que establece condiciones contrarias a las expuestas por el fallador. Transcribe el artículo nombrado y el significado que el diccionario de la Academia trae de los vocablos **cabida** y **salvo**, empleados por el artículo 1887, y prosigue que una extensión superficiaria no deja de estar determinada porque se exprese "con una unidad entera o fraccionaria como diez cuadras y media y diez cuadras más o menos", ya que esta última expresión no indica determinación sino limitación entre la unidad anterior y la siguiente, de modo que no puede ser inferior a la unidad de medida que le precede ni superior a la que le sigue, nueve y once cuadras en el caso presente.

Por significar la palabra cabida una extensión superficiaria de un terreno susceptible de ser medido, el legislado rautoriza su indicación de "cualquier modo" en el contrato. No dijo que debía expresarse en una medida entera o fraccionaria. Si así lo hubiera querido lo habría expresado, y no hubiera empleado la locución "de cualquier modo".

Prosigue el recurrente que el contrato de venta se entiende celebrado con relación a la cabida, cuando ésta se expresa de cualquier modo, no dice la ley que debe estar indicada en una unidad de medida entera o fraccionaria, solamente entera o solamente fraccionada. Y es por ello por lo que no tiene tal alcance el acuerdo, sino cuando manifiestan las partes que no tienen influencia alguna en el precio la cabida mayor o menor que resultare con relación a la expresada en el contrato. La presencia de esta declaración en el contrato es tan esencial que su falta no puede suplirse por ningún medio probatorio que no sea la confesión o el juramento.

Basado en la noción de causa o móvil del contrato de venta, añade: la cosa y el precio son los móviles determinantes del comprador y del vendedor entre los cuales media una relación de equidad. La cosa es la contraprestación del precio. Este se puede establecer directamente cuando el bien se transfiere por determinada suma, o indirectamente cuando se fija un factor para determinarlo como la venta por cabida, caso en el cual se determina en consideración a la extensión superficiaria del inmueble rústico. La ley no exige que la causa se exprese en el contrato, art. 1524 del C. Civil, pero sí por excepción, como en el caso del artículo 1887, según el cual, hecha la venta en consideración a la cabida expresada de cualquier modo en el contrato, solo se destruye cuando las partes en forma expresa declaran que la extensión superficiaria que resulta no influye en el precio acordado. De donde deduce que, sin esta salvedad, si el contrato de venta se hace con relación a la cabi-

da expresada de cualquier modo, "se presume que la venta se hace con relación a ella".

Este concepto errado del Tribunal en la interpretación del artículo 1887, lo llevó a su violación y a la de los artículos 1888, 1884, 1602, 1603, 1524 y 27 y concordantes del C.C. por falta de aplicación al caso litigioso.

Segundo cargo.

También lo presenta así: "Precepto autorizante: Art. 520 del C. J. numeral 1o. Concepto de la infracción: violación de los arts. 1887 y 1888 del C. Civil".

Intenta demostrarlo con las siguientes razones:

El Tribunal, al interpretar el contrato recogido en la escritura número 97, como venta de cuerpo cierto y no como venta a la cabida, "le dió una calificación jurídica errada, violando las normas sustantivas al respecto o "en la determinación de sus efectos".

En verdad, la calificación que el Tribunal hace del contrato sub judice como venta de cuerpo cierto y no de cabida, se funda en que el artículo 1887, en su concepto, exige "la expresión exacta de la cabida en relación con una unidad de medida, y que esté claro e indudable en el texto escrito del contrato, que el móvil determinante del mismo, haya sido la venta a la cabida". Pero esta calificación interpreta erróneamente dicho precepto, porque en él no se dan tales exigencias, sino que establece presunción de haberse hecho la venta con relación a la cabida, cuando ésta se expresa de cualquier modo en el contrato, salvo que las partes hayan hecho la declaración expresa de que la cabida no influye en el precio del inmueble.

Como en el contrato sub lite no se hizo declaración alguna de que la venta fuera de cuerpo cierto, al calificarlo así el fallador hizo una distinción no establecida por el legislador con violación del principio de "que la excepción confirma la regla en los casos no exceptuados".

El Tribunal erró en la calificación jurídica del contrato, independientemente de todo examen de pruebas, sobre el texto mismo del contrato, y como efecto inmediato de la errada interpretación del artículo 1887.

Transcribe doctrinas de la Corte sobre el poder que corresponde al Tribunal en la interpretación de los contratos cuando no degenera en error de hecho, y termina diciendo que por el error en la calificación jurídica del contrato contenido en la escritura 97, aparte de toda cuestión probatoria, a causa de una interpretación errada del artículo 1887, dejó de aplicar los mismos artículos 1888, 1884, 1603 y concordantes del Código Civil.

Tercer cargo.

Lo formula por error de derecho en la estimación del contrato de venta como celebrado con relación a la cabida, de que da cuenta la escritura 97, por cuya consecuencia dejó de aplicar los artículos 66, 1887, 1888, 1768, 1759 del C. Civil, y 593 del C. Judicial en armonía con los 471, 472, 603 ibidem, 1602 y 1603 del C. Civil.

Sustenta la tacha con la exposición que se puede resumir así:

El artículo 1759 del C. Civil dispone que el instrumento hace plena prueba contra las partes en cuanto a la verdad de las declaraciones hechas en él.

El Tribunal, no obstante que el contrato de venta relacionado en la escritura 97 hizo relación a la cabida de los lotes, se negó a darle este alcance dejando sin aplicación al litigio los artículos 66, 1887, 1888, 1757, 1768, 1759 del C. Civil, "lo mismo que los artículos 593, 471 y 472 del C. Judicial".

Vuelve a la consideración de que el Tribunal invirtió los presupuestos del artículo 1887 del C. Civil, porque para él, la regla general, o sea "la expresión de cualquier modo de la cabida, vino a ser la excepción".

Por esta errada interpretación del artículo 1887, desconoció la presunción legal que este precepto encierra, en cuanto a la venta por cabida, presunción que no fue desvirtuada por el demandado por medios que no podían ser otros que la confesión o el juramento del demandante en el sentido de que la venta se hizo como cuerpo cierto.

Frente a la presunción de que la venta se hizo en consideración a la cabida de los lotes, al Tribunal le correspondía aceptarla y darle

plena prueba al contrato en el sentido de que la venta de los lotes Bizerta y Las Violetas lo fue por su cabida y no como cuerpo cierto.

Cuarto cargo.

Este último cargo lo hace por cuanto la sentencia incurrió en error de hecho en la apreciación del contrato de venta contenido en la escritura 97 a consecuencia del cual violó indirectamente los artículos 66, 1887, 1888, 1756, 1757, 1768, 1602 y 1604 del C. Civil, 593, 471, 472 y 603 del C. Judicial.

Motiva la acusación en los siguientes términos: "En el contrato de venta contenido en la escritura 97 de 24 de enero de 1.958 de la Notaría 3a. de Armenia, las partes que lo suscribieron dijeron contratar sobre dos lotes, uno de ellos, Las Violetas, de diez cuadras más o menos, y el otro, Bizerta, de dos cuadras exactas". Su declaración fue expresa, llana y simple, sin adición alguna, y sin que hubieran agregado que no entendían "hacer diferencia en el precio aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que reza el contrato -inciso 2º., del art. 1887 del C. C-.

No obstante esta evidencia notoria en el texto del documento contrato, el Tribunal dijo en su fallo que la venta era de cuerpo cierto, y no con relación a la cabida, error de hecho que lo llevó a absolver a la parte demandada, y a dejar sin aplicación al caso del juicio, siendo pertinentes las disposiciones civiles arriba citadas".

Considerandos:

El artículo 1864 del Código Civil dispone: "El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes. Podrá hacerse esta determinación por cualesquiera medios o indicaciones que lo fijen".

En desarrollo de este principio el artículo 1887, ibídem, autoriza efectuar la venta de un predio rústico como cuerpo cierto o con relación a su cabida. En el primer caso, las partes han considerado que el área con que resulte el bien no tiene ninguna consecuencia en el aumento o reducción del precio convenido (art. 1889). En el segundo, los estipulantes fijan el precio y la cabida, lo cual significa, en definitiva, que la venta se hace a razón de una determinada suma por la unidad de la medida adoptada. Al respecto el inciso 3º. del artículo 1887 expresa: "Es indiferente que se fije directamente un precio total, o que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresa, y del precio de cada medida".

Siguese que la venta por cabida requiera la expresión de ésta y del precio en forma que se pueda saber cuál es el que corresponde a la unidad de medida convenida, para los efectos subsiguientes a la celebración del contrato, si la cabida resulta inferior o superior a la determinada en éste.

Por la directa relación que tiene la cabida con el precio estipulado, es palmario que aquella debe expresarse en forma determinada y exacta, bien sea en unidades o en cantidades enteras o mixtas; porque es la única manera de saber cuál suma del precio pactado le corresponde a cada unidad y fracción de la superficie con que resulte el inmueble. Si la cabida se pudiera enunciar en el contrato en cantidad aproximada o de más o menos, diez fanegadas aproximadamente o más o menos diez fanegadas, matemática, númerica y lógicamente no se podría saber cuál es el precio correspondiente a cada fanegada, porque no es el mismo el de diez fanegadas que el de diez fanegadas más o menos o aproximadamente, ya que en último caso no se trataría del precio fijado en el contrato, igual, menor o mayor del que tenga el inmueble, para determinar el que correspondería al real sino del que resulte, evento en el cual no se trataría de la venta por cabida, dado que en ésta la fijación del precio correspondiente a las unidades que tenga de más o de menos la finca se fija por el precio señalado en el contrato a la cabida pactada. En otras palabras, el precio señalado a la cabida estipulada, es el dominante para determinar el de la cabida real. En cambio, el precio fijado a una cabida aproximada o de más o menos, por lo mismo que no es el correspondiente a la unidad de medida adoptada por los contratantes, no puede configurar la venta por cabida autorizada por el artículo 1887 del C. C. ya que no se compagina con las consecuencias que el artículo 1888 ibídem consagra a dicha venta: "Si la cabida real fuere mayor que la cabida declarada, deberá el comprador aumentar proporcionalmente el precio..... y si la cabida real es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor si no fue-

re posible completarla o no se le exigiere esto, sufrir una disminución proporcional del precio". Claramente se colige que el aumento o la disminución de aquel por la cabida mayor o menor de la pactada, se entiende en relación con el precio señalado en el contrato. Aplicación que es imposible en el caso de venta por cabida aproximada o de más o menos, dado que no se trataría de un precio cierto y determinado en el contrato con relación al cual se determinaría el correspondiente al predio una vez hecha su mensura, sino, en realidad, de un precio de cuerpo cierto. Supuesto que no se compagina con el texto conjunto de los artículos 1887 y 1888 del Código Civil que fijan claramente la noción y el alcance de la venta de predios rústicos con relación a su cabida.

El inciso 3o. del citado artículo 1887 se refiere a la venta de un predio compuesto de porciones de diferentes calidades y precios, y considera que es indiferente que éstas se expresen así, "con tal que de estos datos resulte el precio total y la cabida total", lo cual corrobora el alcance que se le ha dado a toda la norma, cual es el de que la venta por cabida de un predio rústico, trátese del que consideren las partes de una sola calidad, o del que estimen de diversas calidades, requiere que resulte de la estipulación contractual una cabida total y un precio total, no una cabida aproximada, y por ende, un precio aproximado. Finalmente, esta norma se aplica también a la primera parte del último inciso del artículo en cita que contempla "la enajenación de dos o más predios por una sola venta".

Si para que la venta de un predio rústico se tenga celebrada con relación a la cabida, se requiere que ésta y su precio se expresen en su totalidad, "que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresen y del precio de cada medida", la autorización consignada por el inciso 2o. del artículo 1887 de que la cabida "se exprese de cualquier modo en el contrato" no puede tener el alcance que algunos pretenden en el sentido de que basta indicarla en cantidad aproximada o de más o menos, porque, se repite, no sería cabida total sino aquella cuyo precio total dividido por ella diera el correspondiente a la unidad adoptada como medida, evento que no es posible, cuando la cabida expresada en el contrato no es exacta sino aproximada o de más o menos. Expresar de cualquier modo la cabida no puede tener otra interpretación que la de adoptar cualquier medida, varas, metros cuadrados, fanegadas, cuadras, cabuyas en total o por unidades enteras o fraccionarias, en forma que resulte la de todo el inmueble o de las porciones de él, o la de cada lote o la del conjunto de ellos cuando la venta comprende dos o más fincas o predios.

Esta es la aplicación que la Corte ha dado al artículo 1887 en los fallos en que ha dicho:

"La cabida de una cosa es su capacidad contentiva total. Una cabida aproximada no es la cabida de una cosa. Al hablar el Código de cabida, se refiere a la cabida total". (T-47 pag. 181 No. 1940 Mayo - 1.938).

"El artículo 1887 destaca la compraventa por cabida como un fenómeno más o menos excepcional, reglamentado por la ley en previsión de su posible ocurrencia, pero que para adquirir virtualidad propia en el dominio contractual ha de manifestarse con inequívocos caracteres entre éstos es desde luego el más importante como que absorbe toda la expresión del consentimiento condicionado, la exactitud en la enunciación de la cabida.... sin la cual no es posible darle las consecuencias ulteriores en caso de discrepancia de lo pactado con la realidad objetiva, gobernadas por el precepto subsiguiente citado". (T - 63 - 93. T - 70 - 922 ss.)

"De manera que la venta por cabida debe ser siempre expresa, o sea, aparecer en forma muy clara e inequívoca que solo se pretende vender tantos metros, fanegadas o hectáreas de determinado inmueble". (T - 88 pag. 103).

El contrato que registra la escritura 97 da cuenta de que Arturo Castaño O. vendió a Luis Eduardo Bedoya: a) - la finca conocida con el nombre de las Violetas "constante de diez (10) cuadras más o menos" y b) - "un lote de terreno de una extensión exactamente de dos cuadras" denominado Bizerta comprendidos ambos inmuebles por los linderos que reza el instrumento. Sobre el precio se lee en el mismo instrumento: "que hace la venta con todas sus anexidades, servidumbres y dependencias por la suma de setenta mil pesos ($ 70.000.oo) moneda legal colombiana".

La demanda pide se declare que los dos inmuebles tienen una cabida inferior "a las doce cuadras, que el vendedor da como cabida real de dichos lotes" y que el precio de ochenta o setenta mil pesos debe ser rebajado en la proporción correspondiente.

Es manifiesto que, si bien al terreno Bizerta se le señaló una cabida exacta de dos cuadras, de las Violetas se dice constar de diez cuadras más o menos. Dedúcese de lo expuesto que, no expresada la cabida exacta de este bien, no cabe respecto de él la calificación de que su venta se hizo por cabida, y, por la misma razón, tampoco se puede aceptar que la venta de ambas fincas sea de dicha especie, porque la suma de las dos no da la cabida total de doce cuadras que dice el actor sino de doce cuadras más o menos. Por consiguiente, el precio de setenta mil pesos, aceptado por la sentencia, no puede dividirse por un número exacto de cuadras para saber el que le corresponde a cada cuadra, y, por ende, al número de unidades o fracciones que pueda contener la cabida real. En una palabra, el contrato sub judice no llena las condiciones que los artículos 1887 y 1888 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial sobre su alcance, exigen debe llénar la venta de predios rústicos con relación a su cabida.

Siendo esto así, es concluyente que los dos primeros cargos de interpretación errónea de los artículos 1887 y 1888 citado, con fundamento en que la cabida de diez cuadras, más o menos, asignada al terreno Las Violetas, queda comprendida en los términos de la primera de dichas normas, cuando dice que un predio se vende con relación a su cabida, siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato, no puede prosperar, primero, porque la aplicación de dicho precepto la hizo el sentenciador sobre el hecho de que el contrato en litigio no recoge una venta por cabida, evento en el cual, la tacha de violación directa de la ley sustantiva por interpretación errónea no puede presentarse en casación sino partiendo de ese hecho, lo cual hace imposible la violación de disposiciones que contemplan un contrato de venta distinto del recogido en la escritura 97 y aceptado por el Tribunal; y, segundo, porque la interpretación que el fallador le dió a los precitados artículos 1887 y 1888 es, como está visto, la que corresponde a la venta por cabida.

Las censuras tercera y cuarta consistentes en errores de derecho y de hecho en la estimación del contrato de venta de que trata la escritura 97, en cuanto el sentenciador no vió en él una venta por cabida sino de cuerpo cierto, carecen de todo asidero, porque el recurrente no ha demostrado tales yerros, ni podía conseguirlos, por la circunstancia de haberle señalado al lote de terreno Las Violetas una cabida de diez cuadras, más o menos, lo cual descarta la venta por cabida.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el seis de junio de mil novecientos sesenta y uno, en el juicio ordinario seguido por Luis Eduardo Bedoya Sepúlveda contra Arturo Castaño Osorio.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuèlvase e insértese en la Gaceta Judicial.

Arturo C. Posada. -Gustavo Fajardo Pinzón. Enrique López de la Pava. -Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L. Secretario.

DAÑOS EN LAS COSAS

El actor debe acreditar el dominio sobre el inmueble que sufrió los perjuicios. Error de derecho. Escapa al ámbito del error de hecho evidente, la alegación sobre el modo como llegó a los autos el medio con el cual se pretende demostrar el hecho.

1. Al señalar el artículo 2342 del Código Civil, las personas que por sufrir daños en las cosas pueden pedir indemnización de perjuicios, determina una calidad para hacerlo y legitima solamente a quien la obstente. Es el dueño o poseedor de la cosa sobre que ha recaído el daño o sus herederos, o el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su respectivo derecho y, como la legitimación en la causa consiste, según la expresión de Carnelutti "en que actúe la persona que debe actuar conforme a la ley", es imprescindible situarse dentro del supuesto de la norma para que ella obre en beneficio de quien la invoca.

El damnificado por el daño a las cosas, en los supuestos del art. 2342, tiene el carácter de acreedor de los perjuicios y a él deben pagársele, a fin de no correr el riesgo de hacerlo dos veces como le sucedería al deudor que paga a quien no es el verdadero acreedor. De ahí tambièn que sea vano el argumento del recurrente cuando afirma que por no tratarse de la discusión del dominio, no tenía por qué presentarse el título de propiedad, con olvido de que éste, al acreditar el dominio sobre el inmueble que sufrió los perjuicios, señala al acreedor y lo legitima para cobrarlo.

2. Es infundado el cargo en que se presenta como error de hecho evidente, no el problema de existencia o inexistencia dentro del juicio del medio con el cual se pretende demostrar el hecho, sino el modo como ese medio llegó a él; tema que sale del ámbito del error postulado, para caer dentro de la discusión de la oportunidad para aducirlo, lo que supone el estudio de las normas rituarias que dirigen este aspecto de la integración del proceso, aspecto, por tanto del error de derecho.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1o. Humberto Faillace Ch. y Miguel Villa Valero, promovieron juicio ordinario por indemnización de perjuicios frente a la sociedad "Silva Mújica Hermanos Ltda." y el Municipio de Cúcuta, representada la sociedad por Alvaro Silva Mújica y el Municipio por el Personero Municipal.

Relata la demanda del juicio que el 8 de abril de 1.953, como consecuencia de un fuerte aguacero se produjo una inundación en gran parte de la ciudad de Cúcuta, parte sur, que fue debida a la mala construcción e insuficiencia del colector de aguas que saliendo del punto denominado Puente Barco desemboca en el rio Pamplonita, obra construída bajo la responsabilidad de la sociedad demandada. Contribuyó a la inundación, la obstrucción ordenada por el Municipio de Cúcuta del zanjón de Puente Barco, en razón del terraplén del zanjón y de un muro de ladrillo y cemento construído en terrenos de Campo Elías Moreno, que redujo considerablemente el cauce dando lugar a la formación de represa. Se desbordaron las aguas acumuladas y al inundar

los terrenos màs bajos causaron la ruina de las casas de los actores.

Se afirma que los perjuicios sufridos por la propiedad de Faillace Ch. ascienden a diez y siete mil trecientos noventa y cuatro pesos y los sufridos por Villa Valero valen veinte mil trescientos diez pesos, sumas a las que, segùn el demandante, debe condenarse a los demandados, como tambièn a las costas del juicio.

2o. La sentencia dictada por el juez Segundo Civil del Circuito de Cùcuta el 9 de junio de 1.960, absolvió a los demandados y a los demandantes de la demanda de reconvención, y, de igual sentido fue el fallo de segunda instancia que el Tribunal de Pamplona pronunciara el 20 de octubre de 1.961, a virtud de apelación de la parte demandante en la acción principal, la que interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

Para concluir como lo hizo el Tribunal y después de estudiar inoficiosamente uno por uno los presupuestos procesales que encontró y declaró presentes en el juicio, tropezó con que no estaba establecida la titularidad del dominio de los demandantes sobre los inmuebles afectados por los perjuicios demandados y, entonces, dijo:

"Síguese de lo dicho que no resulta legalmente establecida en el proceso la titularidad dominial de los demandantes sobre los inmuebles que sufrieron los perjuicios cuya indemnización se reclama; y que, por la misma razón, ha de concluirse que la personería de dichos actores ha quedado en el juicio sin la comprobación necesaria y adecuada para acreditar su legitimación en causa, que es condición estructural de la acción, y no, como se sostuvo durante algún tiempo por la jurisprudencia, mero presupuesto procesal.

En estas condiciones la acciòn incoada en el presente proceso quedó condenada a su total fracaso".

3o. La demanda de casación hace dos cargos a la sentencia del Tribunal. El primero por violación directa de los artículos 2341, 2342, 2343, 2344 y 2356 del C. C., y para explicarlo arguye que "El razonamiento del sentenciador, que pudiera ser adecuado y procedente en otro gènero de controversias judiciales -v.g.- cuándo se discute una cuestión de dominio, en las cuales es indispensable la aportación de la prueba del mismo, ciertamente no encaja dentro de un proceso por perjuicios civiles, porque allí lo que se ventila y discute no es propiamente ese punto, sino únicamente la obligación personal de indemnizarlos a quien esgrime ese derecho. Por tanto, basta demostrar la culpa, el perjuicio sufrido y el denominado 'vínculo de causalidad' entre èste y aquella, para que sea cabal la prosperidad de la acción indemnizatoria. Tanto es así, que la Corte en estos casos sólo exige 'que el demandante de la indemnización determine su posición jurídica respecto de la cosa dañada, **indicando en su libelo la calidad con que pide** y las demás condiciones de existencia de la responsabilidad civil que demanda. Esta determinación es en estos casos uno de los fundamentos de derecho que ha de expresar todo demandante y constituye uno de los presupuestos inmodificables para el desarrollo del litigio'. (G. J. T. 54 bis. pág. 48).

El segundo reparo, es por error de hecho evidente. Dice el recurrente:

"....el Tribunal cometió, evidente error de hecho, violatorio de la ley sustantiva, puesto que por no dar mérito alguno a las pruebas escriturarias, quebrantó la disposición contenida en el numeral 2o. del Art. 597, y la preceptuada en el Art. 630, ambas del C.J., que consignan la valoración legal de esas probanzas, infringiendo con ello, de modo indirecto los Artículos 2341, 2342, 2343, 2344 y 2356 del Código Civil que dan derecho a reclamar la indemnización a favor de las personas perjudicadas por los daños culposos de otras. La evidencia del error es notoria por el vacío que se contempla al respecto al fallar el pleito y tambien es patente la violación de las normas sustantivas ya expresadas porque, siendo procedente y obligante para el Tribunal aplicarlas al caso, lamentablemente dejó de hacerlo".

4o. En la segunda instancia del juicio se practicó una inspección judicial sobre los inmuebles y una vez terminada la inspección y a continuación de haberse concedido el tèrmino solicitado por el perito para rendir su dictamen, según reza el acta correspondiente en su parte final, "el Dr. Gonzalo Rivera presenta copia de las escrituras No. 465 de 8 de mayo de 1.941 debidamente registrada y No. 1314 de 30 de agosto de 1.950 de la Notaría Segunda

de esta ciudad para que le sean entregadas al señor Perito para la identificación de los predios materia de la litis por donde pasa el Callejón".

5o. La Corte considera infundados ambos cargos.

El primero, porque al señalar el artículo 2342 del Código Civil, las personas que por sufrir daños en las cosas pueden pedir indemnización de perjuicios, determina una calidad para hacerlo y legitima solamente a quien la ostente. Es el dueño o poseedor de la cosa sobre que ha recaído el daño o sus herederos, o el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su respectivo derecho y, como la legitimación en la causa consiste, según la expresión de Carnelutti "en que actue la persona que debe actuar conforme a la ley", es imprescindible situarse dentro del supuesto de la norma para que élla obre en beneficio de quien la invoca.

El damnificado por el daño a las cosas, en los supuestos del artículo 2342, tiene el carácter de acreedor de los perjuicios y a él deben pagársele, a fin de no correr el riesgo de hacerlo dos veces como le sucedería al deudor que paga a quien no es el verdadero acreedor. De ahí también que sea vano el argumento del recurrente cuando afirma que por no tratarse de la discusión del dominio, no tenía por qué presentarse el título de propiedad, con olvido de que éste, al acreditar el dominio sobre el inmueble que sufrió los perjuicios, señala al acreedor y lo legitima para cobrarlo.

Y el segundo cargo también es infundado. Se presenta como error de hecho evidente, no el problema de existencia o inexistencia dentro del juicio del medio con el cual se pretende demostrar el hecho, sino el modo como ese medio llegó a él; tema que sale del ámbito del error postulado, para caer dentro de la discusión de la oportunidad para aducirlo, lo que supone el estudio de las normas rituarias que dirigen este aspecto de la integración del proceso, aspecto, por tanto, del error de derecho.

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 Pamplona, de fecha veinte (20) de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en este juicio ordinario de Humberto Faillace Ch. y otro contra la sociedad "Silva Mújica Hermanos, Ltda." y el Municipio de Cúcuta, sobre pago de perjuicios.

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. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L. Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REGIMEN DE LAS BOLSAS DE VALORES

Causal 2a. de casación. No se configura cuando la sentencia es plenamente absolutoria. En este recurso extraordinario, la Corte no puede acometer el estudio de motivos no planteados. Error de hecho. Bolsa de Bogotá. Su Gerente es el único funcionario autorizado para actuar y obligarla por vía contractual. Los Miembros de la Bolsa, en el ejercicio de sus funciones, no son mandatarios tácitos de dicha entidad. Requisitos del mandato aparente. Los Miembros de la Bolsa, no la asocian solidaria ni subsidiariamente al cumplimiento de las obligaciones contraídas por ellos a favor de sus comitentes.

1. En múltiples ocasiones ha sostenido la Corte que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser censurada de incongruente ni en consecuencia acusada por la causal segunda de casación, porque en ella quedan resueltas todas las súplicas de la demanda y las demás pretensiones deducidas por las partes, de tal modo que en esa decisión no es posible descubrir, por sustracción de materia, ninguno de los factores constitutivos de la inconsonancia, como son las cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo pedido (ultra petita), o sobre menos de lo pedido (citra petita). Al respecto puede verse, entre otras, lo dicho por la Corte en casación de 12 de diciembre de 1.955 (LXXXI, 2160, 723).

2. Las alegaciones de que el fallo impugnado interpretó mal la demanda, de que por ello incurrió en el error de hecho de no ver que en esa pieza se ejercitan dos acciones, una de responsabilidad contractual y otra de responsabilidad aquiliana, y de que por causa de tal error se quebrantaron varios preceptos sustanciales, habrían quizá servido de base para formular un cargo nuevo por la causal primera de casación, pero el recurrente no procedió así y la Corte no pudo acometer el análisis de motivos no planteados, debido al carácter dispositivo y estricto de este recurso extraordinario.

3. Uno de los casos del error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas consiste, según reiterada doctrina de la Corte, en tener por inexistente un hecho en razón de no haber visto ni tenido en cuenta el sentenciador una prueba que obra en autos y que demuestra la existencia de ese hecho.

4. Los estatutos de la "Bolsa de Bogotá, S. A." atribuyen al Gerente la representación de la misma entidad. Ni la Asamblea de accionistas, ni el Consejo Directivo ni ninguno de sus socios tienen esa facultad. Sólo su Gerente esta autorizado para actuar y obligarla por vía contractual. El reglamento de la Bolsa no modifica esta situación ni contiene precepto alguno por el cual se confiere de manera explícita a ningún otro funcionario, corporación o Miembro de la Bolsa el poder representativo de la Sociedad. Por este aspecto no puede, pues, afirmarse que los Miembos de la Bolsa gocen de la atribución de representar a la compañía "Bolsa de Bogotá, S. A." en ninguno de los actos constitutivos de su objeto social.

La sociedad se constituyó, entre otras cosas, con el fin de establecer una Bolsa de Valores, organizar allí un mercado bursátil, proporcionar a sus Miembros un lugar adecuado para realizar las transacciones respectivas y ofrecer a los inversionistas y negociantes en títulos de crédito y al pùblico en general las garantías de seguridad, honorabi-

lidad y corrección que son necesarias en esos negocios. Entre esas actividades constitutivas del objeto social no figura la de comprar y vender valores en dicho mercado. La Sociedad puede adquirir valores, pero no para especular con ellos, sino en busca de una renta o de una valorización. Esta circunstancia de no ejercer la actividad de negociar en la Bolsa con títulos de crédito, descarta por completo la posibilidad de hallar y alegar el vínculo de un mandato tácito entre la misma Sociedad y los Miembros de dicha Bolsa que sí tienen esa función específica de comprar y vender tales valores por cuenta de sus respectivos clientes. Si por mandato tácito se entiende, según los términos del art. 2149 del C. Civil, "la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra", mal podrían esos Miembros considerarse implícitamente autorizados para realizar la mencionada actividad en nombre y en lugar de una compañía que no la tiene ni puede ejercerla por no hacer parte de su objeto social. De manera que por este otro aspecto y por simple sustracción de materia, no es posible sostener ni admitir que los Miembros de la Bolsa son mandatarios tácitos de la Sociedad demandada en el ejercicio de su función de corredores o negociantes en títulos de crédito y valores.

5. Ideada en seguridad de los negocios jurídicos y en defensa en los terceros de buena fe, la teoría del mandato aparente requiere: a). Que una persona contrate en nombre y lugar de otra. b) Que por las apariencias que rodean el negocio o por la conducta del mandante, el tercero que contrata puede creer fundadamente y de buena fe que celebra la convención con quien tiene poder suficiente para representar a dicho mandante. Se necesita ante todo que el mandatario actúe en nombre ajeno, pues si lo hace en su propio nombre no podría hablarse en tal caso de mandato aparente; habría quizá ocación de pensar en un mandato oculto, pero lo secreto es contrario a lo aparente. Es también indispensable que las circunstancias relativas al negocio o al comportamiento del mandante, le ofrezcan al tercero fundamento para suponer de buena fe que contrata con el verdadero mandatario de aquél. Si no existe esta apariencia o si el tercero tiene a su disposición medios adecuados para comprobar que ella es ficticia y que el mandatario no lo es en realidad, tampoco es posible hablar de mandato aparente. A este propósito dicen también Planiol, Ripert y Savatier en parte de su concepto no transcrito por el recurrente que "es claro que ningún mandato aparente existe allí donde los terceros hayan tenido la posibilidad de exigir y verificar la extensión de la procuración". (Traité pratique, t. II, No. 1500).

6. Cierto es que el otorgamiento de cauciones o garantías vincula jurídicamente al constituyente con el beneficiario, pero ese vínculo no reviste al otorgante de la calidad de empleado, dependiente o representante de dicho beneficiario. El hecho de constituir a favor de la Sociedad las garantías referidas, no convierte a los Miembros de la Bolsa en subalternos ni mandatarios de aquella ni la asocia solidaria ni subsidiariamente al cumplimiento de las obligaciones contraídas por éstos a favor de sus comitentes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, D. E., febrero diecisiete de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Las señoras Isabel Uribe de Corpas y Mercedes Uribe Grajales, obrando por medio de apoderado, demandaron a la entidad denominada "Bolsa de Bogotá, S. A." ante el Juez Tercero Civil del Circuito de esta ciudad para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

Primera. Que la Sociedad demandada está obligada a responder a mis mandantes Isabel Uribe de Corpas y Mercedes Uribe Grajales de la certeza, realidad y cumplimiento de las operaciones bursátiles de que dan cuenta los comprobantes de la bolsa números 40229, 40440 y 40470, de fecha 15 de diciembre de 1.954, por $40.000,oo, $20.000,oo y $60.000,oo, respectivamente, en cédulas del Banco Central Hipotecario del 7%.

Segunda. Que como consecuencia de la anterior declaración, la "Bolsa de Bogotá, S. A." está obligada a entregar a mis mandantes Isabel Uribe de Corpas y Mercedes Uribe Grajales, tres dias después de ejecutoriada la sentencia que

ponga fin al juicio, la cantidad de $120.000.oo en Cédulas del Banco Central Hipotecario del 7°/o, junto con los intereses de dichas cédulas desde el 15 de diciembre de 1.954 hasta que el pago se verifique.

Tercera. Que si la Sociedad demandada se opone, se le condene a pagar las costas del juicio.

"Subsidiariamente a estas declaraciones deben hacerse las siguientes:

Primera. Que la Sociedad demandada, en su condición de propietaria, directora, administradora y gestora de la Bolsa de Bogotá, está obligada a responder ante mis mandantes Isabel Uribe de Corpas y Mercedes Uribe Grajales de los perjuicios y daños recibidos por éllas con ocasión de la no entrega de los títulos correspondientes a las operaciones bursátiles de que dan cuenta los comprobantes de bolsa números 40229, 40440 y 40470, de fecha 15 de diciembre de 1.954, por $40.000-oo, $20.000-oo y $60.000-oo, respectivamente, en Cédulas del Banco Cental Hipotecario del 7°/o.

Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, la Bolsa de Bogotá, S. A., está obligada a entregar a mis mandantes, dentro de los tres dias siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este juicio, la cantidad de $120.000-oo en Cédulas del Banco Central Hipotecario del 7°/o, junto con los intereses de las mismas desde el 15 de diciembre de 1.954 hasta la entrega de los citados títulos, o su equivalente en moneda corriente al precio de adquisición, o sea el 86°/o, más intereses corrientes desde el 15 de diciembre de 1.954 hasta el día del pago.

Tercera. Que si la Sociedad demandada se opone, debe pagar las costas del juicio.

Los hechos de la demanda pueden ser compendiados así:

1). La entidad llamada "Bolsa de Bogotá, S. A." es una sociedad anónima que se constituyó por la escritura No.1702, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá el 23 de noviembre de 1.928, y que ha tenido varias reformas consignadas en escrituras posteriores.

2) Según sus estatutos el objeto principal de la sociedad consiste en "establecer en Bogotá una Bolsa de Valores y de Cambio y dictar los reglamentos generales de la misma".

3). Entre los fines de la sociedad pueden citarse estos: proteger al público inversionista en sus compras y ventas de valores; evitar, en cuanto sea posible, especulaciones perjudiciales; reglamentar y vigilar las actuacoines de los Miembros de la Bolsa; mantener elevadas normas de honor comercial y probidad entre los mismos Miembros e infundir justos, equitativos e imparciales principios mercantiles.

4). Son también fines principales de la Bolsa, según sus reglamentos, los siguientes: "b). Mantener el funcionamiento de un mercado bursátil debidamente organizado, que ofrezca a los inversionistas y negociantes de valores, y al público en general, las garantías de seguridad, honorabilidad y corrección indispensable en esta clase de negocios; e). Velar por el estricto cumplimiento de las transacciones, de acuerdo con los términos y condiciones pactadas formalmente y dentro de las normas reglamentarias; f). Dar testimonio de las operaciones celebradas por los Miembros, mediante certificado expedido para cada uno de éllos, certificado que será autorizado por las firmas de los contratantes y la del Gerente y que contendrá el siguiente detalle: fecha de la transacción, la cantidad y nombre de los objetos negociados, el plazo fijado para su cumplimiento y demàs condiciones estipuladas".

5). "La Bolsa de Bogotá ejerce las funciones de corredor, martillero y agente de cambio por conducto de sus Miembros y liquida comisiones en las operaciones que registra".

6). "Los Miembros de la Bolsa, quienes a su vez son accionistas de la sociedad 'Bolsa de Bogotá, S. A.', son dependientes, agentes o mandatarios de la Institución demandada 'Bolsa de Bogotá', para el efecto de las operaciones que celebran por cuenta de élla".

7). En sus comprobantes de liquidación, en su propaganda y demás medios de publicidad, la "Bolsa de Bogotá, S. A." señala a los Miembros de la Bolsa como sus representantes autorizados y gestores.

8). La Bolsa de Bogotá tiene en la lista telefónica un anuncio en que invita a los in-

versionistas y negociantes en valores a conocer y ocupar a los Miembros de la misma Bolsa en sus negocios bursàtiles, ya que ellos les ofrecen seguridad en cuanto a la verdad de los precios y al cumplimiento de sus obligaciones, debido a que "están sometidos al control de la Institución, tienen constituídas garantías para responder de su cumplimiento y son los únicos que pueden entregar a su cliente el comprobante oficial de transacción".

9). La misma Bolsa de Bogotá, como órgano de la entidad "Bolsa de Bogotá, S. A.", se confunde con ésta y cuenta con la Asamblea de accionistas, con el Consejo Directivo, el Gerente y la Cámara de la Bolsa, a través de los cuales ejerce sus funciones.

10). Los Miembros de la Bolsa son accionistas de la Sociedad y sus acciones no son de libre transferencia.

11). Los puestos de la Bolsa son vendidos por la Sociedad, y además el carácter de Miembro de aquélla requiere calidades personales y condiciones que deben ser cuidadosamente establecidas por el Consejo Directivo.

12). Según sus reglamentos la Bolsa es una entidad de servicio público, a cuyos órganos están sometidos el funcionamiento y el control de las actividades de los miembros que la integran.

13). El reglamento de la Bolsa prevé la constitución de garantías por parte de sus miembros y la formación de fondos especiales para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

14). El señor Carlos Gómez Vargas fue recibido como miembro de la Bolsa de Bogotá, tomó posesión de su cargo y lo ejercía activamente en el mes de diciembre de 1.954.

15). Las señoras Isabel Uribe de Corpas y Mercedes Uribe Grajales, actuando por conducto de su mandatario, encargaron a la Bolsa de Bogotá, representada por su miembro, señor Carlos Gómez Vargas, la compra por cuenta de ellas de la cantidad de $ 120.000.oo en Cédulas del Banco Central Hipotecario del 7%.

16). El citado Gómez Vargas presentó al apoderado de las señoras Uribe los comprobantes de liquidación de Bolsa números 40229, 40440, 40470 por $ 40.000.oo, $ 20.000.oo y $ 60.000.oo, respectivamente, de Cédulas del Banco Central Hipotecario del 7% que aparecen compradas al 86%, con cuarenta y cinco días de intereses anteriores por valor de $ 1.050.oo, más la comisión de $ 300.oo, todo lo cual dió un total de $ 104.550.oo.

17). El 16 de diciembre de 1.954 el propio personero de las señoras Uribe giró a favor del señor Gómez Vargas, en su condición de Miembro de la Bolsa de Bogotá, un cheque a cargo del Banco Industrial Colombiano por la cantidad de $ 104.550.oo para cubrir el valor de las operaciones de que dan cuenta los comprobantes mencionados; ese cheque fue cobrado el mismo día de su expedición.

18). Según los mismos comprobantes la Bolsa de Bogotá cobró a las señoras Uribe la comisión que en ellos figura.

19). Dichos comprobantes llevan fecha de 15 de diciembre de 1.954 y fueron expedidos directamente por la Bolsa de Bogotá, pero ni este establecimiento ni su agente, señor Gómez Vargas, entregaron a las señoras Uribe las Cédulas del Banco Central Hipotecario a que se refieren esos certificados.

20). El señor Gómez Vargas cerró su oficina en diciembre de 1.954 hasta el 7 de enero de 1.955, y más tarde el mandatario de las señoras Uribe lo visitó varias veces para solicitarle la entrega de las Cédulas, pero dicho señor manifestó que no le era posible hacer esa entrega porque estaba cambiando los títulos pequeños por títulos grandes de más fácil manejo.

21). En el mes de marzo de 1.955 el citado Gómez Vargas, para no despertar sospechas y disimular la no entrega de las Cédulas, envió al apoderado de las señoras Uribe un cheque por el valor de los intereses de las mismas cédulas, con la oferta de la remisión próxima de estos títulos.

22). Gómez Vargas continuó dando disculpas por la no entrega de las Cédulas, hasta que en abril de 1.955 se declaró en estado de quiebra ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Bogotá, mostrando un pasivo de $ 4.000.000.oo contra un activo discutible de $178.000.oo.

23). Las limitaciones de responsabilidad que señalan los estatutos y reglamentos de la Bolsa de Bogotá, son obligatorias entre los accionistas y miembros de ésta, pero no respec-

to de los terceros que contratan con esa Institución.

24). La Bolsa de Bogotá incurrió en culpa manifiesta al recibir al señor Gómez Vargas como miembro suyo, al admitirlo como su representante y al no haber vigilado su conducta, especialmente en los últimos años, cuando sorprendió la buena fe de numerosos inversionistas y negociantes.

25). La Bolsa de Bogotá, por medio de sus órganos directivos, tuvo conocimiento de las operaciones indebidas a que estaba dedicado su agente Gómez Vargas y a pesar de ello no lo sancionó en forma alguna, permitiendo así que continuara en el ejercicio de su cargo hasta su declaración de quiebra.

26). El mismo Gómez Vargas constituyó ante la Bolsa garantías generales para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y esas garantías se hallan vigentes.

27). Según constancias que figuran en los libros de Gómez Vargas y de La Bolsa de Bogotá, la operación correspondiente al certificado de liquidación número 40229, de 15 de diciembre de 1.954, por $ 40.000.oo, en Cédulas del Banco Central Hipotecario del 7%, se realizó entre los miembros de la misma Bolsa, señores Carlos Gómez Vargas y "Enrique Pardo e Hijo & Cia., Ltda.", el primero como comprador y la segunda como vendedora.

28). En los libros y comprobantes de la Bolsa aparece que las otras dos operaciones de que dan razón los comprobantes números 40440 y 40470, se efectuaron por el mismo Gómez Vargas en su doble condición de vendedor y comprador, pero en los libros de éste consta que él compró las Cédulas respectivas a la firma "Fábrica de Pastas El Gallo".

29). En el libro llamado Control Diario de las Operaciones de la Bolsa figura que su miembro, señor Gómez Vargas, pagó a la misma Institución el valor de la liquidación No.40229 y que la firma "Enrique Pardo e Hijo & Cía., Ltda." entregó las Cédulas correspondientes a esa operación.

30). En los libros de la Bolsa no se anotó el nombre del vendedor en las dos operaciones señaladas con los números 40440 y 40470, las cuales fueron ficticias porque la "Fábrica de Pastas El Gallo" no hizo venta de Cédulas al señor Gómez Vargas.

31). Las señoras Uribe, merced a la confianza que tenían en la institución de la Bolsa y por causa de la negligencia y descuido de los gestores y directores de ésta en la vigilancia de la conducta de sus miembros, fueron víctimas de la pérdida de las sumas de dinero y de los valores que se han expresado.

La entidad "Bolsa de Bogotà, S. A." contestò la demanda por medio de apoderado y en su respuesta se opuso a las pretensiones de las actoras, aceptó unos hechos y rechazó la mayoría de ellos por no ser exactos. Admitió entre otras cosas que "el señor Carlos Gómez Vargas fue recibido como Miembro de la Bolsa el 12 de mayo de 1.936 y conservaba su puesto en diciembre de 1.954", pero que dicho señor no fue agente ni mandatario de la Sociedad demandada. Explicó también que "la Bolsa de Bogotá, S. A." no ejerce funciones de corredor ni de agente de cambio, ni por medio de su representante legal ni mediante los Miembros de la Bolsa, que son comerciantes independientes. Liquida y anota en las papeletas correspondientes a cada operación la cuantía de la comisión que los Miembros de la Bolsa pueden y deben cobrar a sus respectivos clientes, tanto compradores como vendedores, sobre todas las operaciones que por cuenta de ellos verifiquen, conforme a la tarifa aprobada por la Superintendencia Bancaria, comisión que, como es obvio, pertenece al Miembro respectivo". En otro lugar expresó también: "Los Miembros de la Bolsa han de ser accionistas de la sociedad "Bolsa de Bogotá, S. A." y como tales sólo tienen los derechos que a todo accionista de sociedad anónima competen, como el de voz y voto en sus asambleas y el de percibir los dividendos que se decreten; pero jamás tienen la facultad de obligar a la sociedad, como es obvio. Los Miembros de la Bolsa, es decir, del mercado de valores, no son dependientes, ni agentes ni mandatarios de la persona jurídica "Bolsa de Bogotá, S. A.", ni efectúan operaciones por cuenta de ella; son simples agentes de cambio, o sea comerciantes independientes que negocian en nombre propio y por cuenta de sus clientes particulares".

El primer grado del negocio concluyó con la sentencia de 31 de marzo de 1.959, en la

cual se denegaron "las declaraciones principales y subsidiarias de la demanda" y se condenó en costas a la parte actora.

LA SENTENCIA ACUSADA

Por motivo de la apelación que las demandantes interpusieron contra la decisiòn de primer grado, se abrió y surtió la segunda instancia, a la cual puso término el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con el voto disidente de uno de sus Magistrados, mediante sentencia de 13 de octubre de 1.960, por la cual se confirmó, por motivos distintos, el fallo apelado y se condenó también en costas a las actoras.

La motivación de la sentencia de segundo grado contiene varias consideraciones que conviene recordar.

Dicho fallo se refiere en primer lugar a la acción que las demandantes ejercitan; anota que, en mezcla confusa, los hechos del libelo aluden unos a un vínculo contractual entre las partes litigantes, otros a una responsabilidad aquiliana de la Sociedad demandada y otros a la responsabilidad personal del señor Carlos Gómez Vargas, y expresa que en lo relativo a la causa o razón de la demanda unas veces se habla de Gómez Vargas como representante de la Bolsa de Bogotá y otras de las obligaciones de esta Institución.

Respecto de las peticiones formuladas en la misma demanda dice que las tres primeras se encaminan a obtener de la Sociedad demandada el cumplimiento de la obligaciòn contractual que, según las actoras, contrajo esa Entidad por conducto de su representante, señor Gómez Vargas, así como la correspondiente indemnizaciòn de perjuicios. En relación con las súplicas subsidiarias se recuerda el argumento de la parte demandada sobre la indebida acumulación de acciones que en su concepto contiene el libelo y afirma en seguida la sentencia:

"El Tribunal, luego de estudiar en forma armónica la demanda, procurando conciliar los diversos pasajes de la misma que se presentan como opuestos u oscuros, y en consideración a que la petición segunda subsidiaria no difiere esencialmente de la segunda principal, entiende que la parte actora quiso ejercitar una acción contractual encaminada a obtener de la Bolsa el cumplimiento de las aludidas obligaciones y la indemnización moratoria consiguiente, las que se dicen, fueron asumidas por la Sociedad demandada por conducto de su "representante" o "mandatario", señor Gómez Vargas; las mismas razones que expone el señor apoderado de la parte demandada para sostener que la acción principal es la derivada del vínculo contractual -que afirma la demanda existió entre la Bolsa y las demandantes- existen para calificar igualmente de "contractual" la acción subsidiaria".

Sobre el mismo punto agrega que las referencias hechas en la demanda a una responsabilidad civil extracontractual sólo se dirigen a subrayar la culpa de la Bolsa por la inejecución de las obligaciones contractuales que, según las actoras, asumió esa Entidad por intermedio de su 'representante', señor Gómez Vargas.

Con base en estos argumentos la sentencia sostiene que es inadmisible la excepción de falta de demanda en forma porque en èlla no se ejercita en realidad sino una acción de origen convencional.

Entrando en el fondo del negocio el fallo hace un recuento histórico del modo cómo se iniciaron y cómo han venido a organizarse hoy las bolsas de valores y dice en seguida: "es, pues, esencial para el recto entendimiento de este litigio señalar que la Bolsa fue un lugar de reunión de comerciantes, a semejanza de las ferias, pero se trataba de una casa de contratación a la cual se procuró, desde un primer momento, limitar el acceso a los mercaderes mediante una selección encaminada a asegurar la honestidad y solvencia de los inscritos o matriculados en la respectiva institución. Además, las transacciones recaían sobre 'cosas' que no estaban presentes".

Las Bolsas de valores se caracterizan como los lugares en que se realizan operaciones de compraventa de títulos - valores y, de acuerdo con su origen y con su organizaciòn actual, hay que distinguir al empresario, o sea a la entidad oficial o privada que organiza uno de esos lugares, del establecimiento de bolsa, esto es, el sitio de reunión de quienes efectúan las operaciones dichas. La sentencia expone varios aspectos sobre esta cuestión de las bolsas de valores y luego afirma: "el empresario (Bolsa) se limita a permitir a sus afilia-

dos el uso del establecimiento para verificar allí las respectivas transacciones, a permitir que los valores sean ofrecidos al pùblico por medio de un pregonero, a constatar las operaciones que se lleven a cabo y anunciar los precios de dichas operaciones (cotizaciones); pero el empresario por sí mismo no negocia en tales valores. Esta actividad la cumplen por su cuenta y riesgo los afiliados o inscritos (miembros de la Bolsa), comerciantes independientes que en manera alguna representan al empresario (la Bolsa), ni comprometen su responsabilidad por los contratos que celebren con terceros, relativos a dichos valores".

Dice que de ordinario y por falta de un examen atento se confunde al empresario de una Bolsa de valores con el establecimiento o lugar en donde se realizan las operaciones bursátiles y añade que en tal confusión "ha incurrido el señor apoderado de la parte actora, quien erróneamente confunde la actividad del Empresario (la Bolsa), que es facilitar a sus miembros un lugar de contratación de títulos de crédito (valores), con las transacciones sobre éstos, que constituyen el objeto de la actividad de dichos miembros, actividad que éllos ejercitan por su cuenta y riesgo y no por cuenta y riesgo, y menos, como representantes o mandatarios de la Bolsa".

Haciendo referencia en concreto a la sociedad "Bolsa de Bogotá, S. A." expresa el fallo que esta Entidad se distingue tambièn del establecimiento llamado "Bolsa de Valores", esto es, del sitio en donde se efectúa el mercado de valores, establecimiento que se halla legalmente autorizado y que se creó y funciona bajo la dirección de la sociedad mencionada, que es su empresario. Luego de anotada esta distinción sostiene la misma sentencia:

"Las obligaciones legales del empresario (la Bolsa de Bogotá, S. A.) se refieren al funcionamiento del establecimiento, pero no se extienden a las actividades meramente profesionales de los comerciantes que se sirven de dicho establecimiento para fines de contratación de valores. Sobre dichos comerciantes tiene la Bolsa de Bogotá un deber de vigilancia dentro de los términos prescritos por la ley y por su propio reglamento. Pero este deber no la hace responsable de las obligaciones contraídas para con terceros por dichos comerciantes (sus miembros, bolsistas o afiliados), si bien el incumplimiento de sus deberes legales hace a la Bolsa responsable, como cualquiera persona, de los perjuicios que su culpa cause a otro (responsabilidad civil extracontractual).

"Cuando un particular encarga a un Miembro de la Bolsa la compra de determinados valores, sus relaciones contractuales son exclusivamente con el comisionista escogido. Tales vínculos no se extienden a la Bolsa, que permanece ajena a la respectiva transacción. Cuando para la ejecución de ésta interviene el establecimiento (la Bolsa o Mercado de Valores), sus relaciones son exclusivamente con el comisionista, quien obra aquí como mandatario del tercero interesado en comprar o vender valores por medio de la Bolsa. En cuanto la Bolsa interviene responde al Miembro respectivo. Pero no es responsable del cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por èste para con sus mandantes".

Según la sentencia, el Miembro de la Bolsa es agente de cambio, es decir, un profesional del comercio cuya actividad consiste en servir de intermediario entre el comprador y el vendedor de valores, en acercar a éstos y facilitarles como afiliado a la Bolsa sus operaciones bursátiles. Dicho Miembro es mandatario sin representación del particular que le encarga negociar un valor, pero no de la Bolsa. Esta interviene en las operaciones, pero sólo para efectos de su liquidación, y es obvio que tal intervención podría comprometer su responsabilidad por falta de la entrega oportuna de los valores negociados, pero sólo respecto del Miembro que ha realizado la operación respectiva y no frente al tercero mandante de ese Miembro, de modo que sólo éste podría hacer efectiva esa responsabilidad. En el caso presente la Bolsa intervino en las operaciones cuyo cumplimiento se le demanda, pero entregó al señor Gómez Vargas oportunamente los valores respectivos, como èste lo confiesa en posiciones.

En el mercado de valores comunmente llamado Bolsa, las operaciones se conciertan entre dos o más miembros o corredores, quienes obran como mandatarios de los interesados en la adquisición o venta de títulos-valores y no en nombre de dicho Establecimiento, y por tanto no vinculan a la Bolsa frente a esos terceros.

De acuerdo con la reglamentación legal y estatutaria a que está sometida, pueden destacarse estas características de la Bolsa: a). Sólo los agentes de cambio que son miembros de ella pueden tomar parte en las operaciones que allí se efectúan. b). Dichas operaciones se realizan de miembro a miembro. c). Los miembros actúan en su propio nombre, aunque lo hacen como mandatarios de sus clientes, cuyos nombres no pueden revelar. d) Todo miembro que celebra una operación está obligado a cumplirla respecto del otro miembro contratante. Si para efectos de la liquidación interviene la Bolsa y recibe los valores negociados, debe ella entregar éstos al miembro adquirente. e). De esta manera la Bolsa asume las obligaciones relativas a su intervención en la liquidación, pero respecto de los miembros contratantes y no de los comitentes de éstos. Cuando se trata de las operaciones llamadas "cruzadas" hay una razón más poderosa para sostener que la Bolsa no contrae obligaciones, aunque esas operaciones se registren.

Aunque el señor Gómez Vargas celebró dos operaciones "cruzadas", según los comprobantes aducidos por las actoras, ninguna responsabiliqad cabe por ello a la Bolsa en razòn de que fue ajena a ellas y a que se limitó a calificar la respectiva transacción.

Finalmente dice la sentencia que, de acuerdo con lo ya expuesto, no habiéndose ejercitado en realidad una acción de responsabilidad aquiliana, no es el caso de analizar si la sociedad demandada incurrió en responsabilidad de esa especie.

LA ACUSACION

La parte demandante recurrió en casación y ha formulado contra la sentencia de segundo grado tres cargos, dos de ellos por la causal primera y uno por la causal segunda. La parte opositora replicó la demanda de casación. Se celebró además audiencia durante la tramitación del recurso y en ella las partes sustentaron sus respectivos puntos de vista.

La Corte procede a examinar los cargos en orden lógico, empezando por el fundado en la causal segunda.

Primer cargo. (Tercero de la demanda). "Este cargo -expresa el recurrente- tiene su apoyo en la causal segunda del artículo 520 del C. J., por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Se sustenta este cargo diciendo que la demanda fue mal interpretada al considerar sus pedimentos subsidiarios, y en respaldo de este aserto se transcriben los pasos de la sentencia en que se expresa que, sin embargo de las varias referencias que en dicho libelo se hacen a una responsabilidad extracontractual, ellas no son suficientes para estimar que la parte demandante haya ejercitado mediante tales peticiones una acción relativa a esa responsabilidad y ejecutado así una acumulaciòn indebida de acciones incompatibles.

El impugnante tilda de equivocada y contradictoria esta interpretación de la demanda, porque si el fallo no encontró demostrado ningún vinculo contractual entre la sociedad demandada y las actoras, ha debido estudiar, con base en los estatutos y reglamentos de la Bolsa, la responsabilidad que le corresponde a aquella Entidad por razón de la vigilancia que ejerce sobre las actividades de los miembros de la misma Bolsa. Se extiende en otras consideraciones encaminadas a establecer que varios de los hechos de la demanda aluden a la responsabilidad aquiliana en que incurrió la "Bolsa de Bogotá, S. A." por no haber vigilado la actividad del señor Gómez Vargas y permitidole y aun cooperado con él en las operaciones de especulación que realizó mediante el sistema llamado de "juego a la baja". Luego dice el recurso:

"La demanda se trabó sobre dos acciones acumuladas y acumulables, la una principal y la otra subsidiaria: la primera fundada en una responsabilidad estrictamente contractual, y la segunda con apoyo en un hecho voluntario de la sociedad demandada que se refiere a las obligaciones asumidas por ella en los estatutos y reglamentos, o en una culpa directa por el incumplimiento de los deberes de vigilancia y control que dieron origen a los hechos que son causa de la demanda.

"No existe la menor duda de que el sentenciador se abstuvo de resolver sobre las peticiones subsidiarias de la demanda, pretextando que ellas se referían a una relación contractual, y pretextando también el no haberse invocado la acción extracontractual. Está proba-

do el error de interpretación de la demanda y demostrada la existencia de una acción subsidiaria que se apoya en la culpa derivada del poder de control y vigilancia de las actividades de los Miembros de la Bolsa que la hace responsable del daño, luego existe la causal segunda del artículo 520 del C. J., porque la sentencia no concuerda con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

No se diga que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, habiendo sido la sentencia absolutoria, hay decisión sobre todas las pretensiones de la demanda, pues a pesar de que fue confirmada la sentencia de primera instancia, expresamente se dice que 'por distintos motivos', lo que equivale a afirmar que no se falló sobre la culpa extracontractual, como expresamente se dice en la providencia acusada.

"Consecuencia de este cargo es un error de hecho en la interpretación de la demanda, pues contra el texto de ella se dice que con respecto a la responsabilidad extracontractual 'no se concretó la acción respectiva en las peticiones de la demanda'. Está no solamente la parte petitoria, sino también los hechos que atrás menciono y que expresan exactamente lo contrario de lo afirmado por el Tribunal".

Se pasaron también por alto otras pruebas demostrativas de que la sociedad demandada no cumplió la obligación de vigilar las actuaciones del señor Gómez Vargas, y, según el recurso, todos "estos errores de hecho condujeron al sentenciador a la infracción directa, por no aplicación al caso del pleito, de las siguientes disposiciones de carácter sustantivo": el art. 13 del Decreto No. 1273 de 1.936 y los arts. 2341, 2344, 2347 y 2349 del C. Civil.

La Corte considera:

En múltiples ocasiones ha sostenido la Corte que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser censurada de incongruente ni en consecuencia acusada por la causal segunda de casación, porque en ella quedan resueltas todas las súplicas de la demanda y las demás pretensiones deducidas por las partes, de tal modo que en esa decisión no es posible descubrir, por sustracción de materia, ninguno de los factores constitutivos de la inconsonancia, como son las cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo pedido (ultra petita), o sobre menos de lo pedido (citra petita). "Es constante la doctrina de la Corte en el sentido de que la causal segunda de casación no se configura cuando la sentencia acusada absuelve plenamente. La desestimación integral de la demanda desata el proceso en todas las materias sometidas a la decisión judicial y queda sin base la alegada incongruencia entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes". (Casación de diciembre 12 de 1.955- LXXXI - 2160, 723).

En el caso presente la sentencia de primer grado denegó las declaraciones principales y subsidiarias impetradas en la demanda y el fallo de segunda instancia confirmó esa decisión, por motivos diferentes. Esto equivale a una absolución total de la parte demandada, de manera que la sentencia del Tribunal no puede ser reputada inconsonante ni acusada por la causal segunda, de acuerdo con la doctrina de la Corte. Las alegaciones de que el fallo impugnado interpretó mal la demanda, de que por ello incurrió en el error de hecho de no ver que en esa pieza se ejercitan dos acciones, una responsabilidad contractual y otra de responsabilidad aquiliana, y de que por causa de tal error se quebrantaron varios preceptos sustanciales, habrían quizá servido de base para formular un cargo nuevo por la causal primera de casación, pero el recurrente no procedió así y la Corte no puede acometer el análisis de motivos no planteados, debido al carácter dispositivo y estricto de este recurso extraordinario.

Segundo Cargo. (Primero de la demanda). Se hace consistir este motivo en la violación indirecta, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, de los siguientes preceptos: arts. 1o., 2o., 3o., 6o., 10, 11, 12 y 13 del Decreto No. 1273 de 1.936 (por interpretación errónea); arts. 92 a 105 y 397 a 424 del C. de Comercio (por interpretación errónea y aplicación indebida); arts. 1494 y 1505 del C. Civil; arts. 1759, 1761 y 1765 del mismo C. Civil y 603, 604, 607, 608, 637 y 638 del C. Judicial. También se quebrantaron, ya no en forma indirecta, sino directa, los arts. 439 y 440 del C. de Comercio, por falta de aplicación.

Los fundamentos de este cargo se hallan expuestos en una serie de consideraciones que puede compendiarse del modo siguiente:

El recurso transcribe en primer tèrmino los pasos de la sentencia en que se sostiene que en la Bolsa o mercado de valores las operaciones se conciertan entre sus miembros, quienes tienen la calidad de corredores, o sea de comerciantes independientes que obran como mandatarios de terceros y no como representantes de la Sociedad y que no obligan contractualmente a ésta frente a dichos terceros. Según este concepto la sentencia considera, en sentir del impugnante, que los "Miembros" de la Bolsa son independientes de la Entidad demandada y del establecimiento mercantil que élla maneja, administra y explota, y no encuentra en la ley, los estatutos y reglamentos que regulan el funcionamiento de esas instituciones ninguna base para deducir que los actos de esos Miembros comprometen la responsabilidad convencional o legal de las mismas instituciones en forma distinta de la que existe entre los propios Miembros o respecto de la Bolsa. Esta opinión resulta equivocada ante el hecho de que las Bolsas de valores son establecimientos que ejercen una función pública por delegación del Estado, función que consiste en sostener y explotar el monopolio de los valores bursàtiles a través de sus Miembros y sin que los particulares puedan efectuar sus inversiones sino por mediación de èstos. La Bolsa de Bogotá no admite otros intermediarios que sus propios Miembros y les exige determinadas garantías para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones; si estas seguridades no se otorgan sino en beneficio de los mismos Miembros o de la Bolsa, habría que concluir que la Institución sòlo se fundó y está hecha para beneficio común de los corredores y para colocarlos en insolvencia frente a los terceros inversionistas.

La sentencia interpretó erróneamente varias pruebas, así: el artículo 1o. de los estatutos de la Sociedad demandada que señala la forma comercial anónima de ésta, le asigna el nombre de "Bolsa de Bogotá, S. A." y le fija su domicilio en esta ciudad; el artículo 2o. de los mismos estatutos en cuanto dispone que el objeto de la Sociedad es establecer una Bolsa de valores y de cambio y dictar sus reglamentos generales; el art. 3o., que determina los fines de la compañía, entre ellos los de proteger a los inversionistas por medio de los patrones diarios de precios, evitar en lo posible las especulaciones perjudiciales y reglamentar y vigilar las actuaciones de los miembros de la Bolsa; y el art. 7o., que estatuye que la Sociedad será administrada por un Consejo Directivo, un Gerente, un Secretario y las demàs corporaciones o empleados que se juzguen necesarios.

Los arts. 1o. y 2o. del Decreto No.1273 de 1.936 establecen que las Bolsas de valores deben organizarse en forma de sociedades anónimas y someter sus reglamentos internos a la aprobación previa de la Superintendencia Bancaria. De acuerdo con esto los reglamentos de la Bolsa de Bogotá, hacen parte de sus estatutos y si en ellos se consagran ciertas obligaciones y se crean cargos o funcionarios dependientes de la Sociedad, ésta tiene que asumir la responsabilidad derivada de los actos de esos subalternos. Las mismas disposiciones reglamentarias prescriben que la Bolsa debe organizar y mantener el mercado bursátil en forma de ofrecer a los inversionistas, negociantes y al público en general las garantías indispensables de seguridad, honorabilidad y corrección, y que esa Institución será dirigida y administrada por la Asamblea de Accionistas, el Consejo Directivo y el Gerente, agregando que "en lo relativo a las relaciones, derechos y obligaciones entre sus miembros y la Institución, la Cámara de la Bolsa ejercerá las atribuciones determinadas en el reglamento". Esto demuestra que entre la Bolsa y sus Miembros existen ciertas relaciones, las cuales figuran reguladas en los capítulos IV a VIII del reglamento de modo tal que invisten a dichos Miembros del carácter de dependientes de la Institución. "Imposible hallar -dice el recurrente- un estatuto que señale en forma tan clara y evidente el vínculo de continuada dependencia entre la Sociedad, que es el empresario de la Bolsa de valores, y los Miembros de ella. Es el Consejo Directivo de la Sociedad quien recibe a los Miembros, después de examinar sus condiciones; toman ellos posesión de su cargo ante el Gerente y se obligan a cumplir sus órdenes, las del Consejo Directivo, de la Cámara de la Bolsa y del Gerente, y pueden ser destituídos por incumplimiento de sus obligaciones. Negar ese vínculo de dependencia es desconocer el contrato

social y los reglamentos de la Bolsa que de él forman parte".

La función de los Miembros de la Bolsa consiste en servir de intermediarios entre los compradores y los vendedores de valores, y como esa función no pueden desempeñarla sino como tales Miembros o dependientes de la Sociedad, resulta evidente que así ejercen una actividad propia del establecimiento mercantil de que forman parte.

La distinción que se quiere introducir entre la Sociedad que ejerce la industria bursátil, el establecimiento de que se vale para el ejercicio de esa actividad y los funcionarios que para ello emplea, no conduce sino a confusiones, porque todo ello no constituye sino un conjunto armónico y organizado. Así ha venido a confirmarlo la reglamentación de las Bolsas de valores que establece el Decreto No. 2969 de 1.960. En efecto, el art. 1o. de este Decreto prescribe que "las Bolsas de Valores son establecimientos mercantiles cuyos miembros se dedican a la negociación de toda clase de valores y demás bienes susceptibles de este género de comercio, en los términos del presente Decreto". El art. 2o. ibidem establece que no pueden ser empresarios de Bolsas de valores sino las sociedades anónimas que se organicen con ese objeto. El art. 3o. dispone que las Bolsas deben funcionar en los locales suministrados por los empresarios y señala los fines del mercado bursátil. Por último el art. 9o. determina los requisitos que ante la Superintendencia Bancaria deben cumplir los corredores particulares de valores, o sea los que no son miembros de ninguna Bolsa. Los corredores que tienen el carácter de miembros de una Bolsa deben llenar ante ésta esos requisitos y otorgar cauciones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de todo orden que contraigan por razón de su oficio. Esto mismo aparece consagrado por el reglamento de la Bolsa de Bogotá.

Vienen por último los comprobantes de las operaciones efectuadas por el señor Carlos Gómez Vargas en nombre de las demandantes, la fotocopia del cheque girado por el mandatario de éstas, la Carta del Gerente de la Bolsa y las posiciones absueltas por éste. Tanto estas pruebas como los estatutos y el reglamento de la Bolsa de Bogotá, 'consagran de modo expreso -dice el recurso- el vínculo de dependencia entre los Miembros de la Bolsa y la Sociedad demandada, haciéndolos agentes y representantes de ésta. Luego, al declarar el sentenciador, como lo hace en el fallo acusado que los Miembros de la Bolsa son "comerciantes independientes que no tienen el carácter de mandatarios o representantes de la Bolsa.....", no vinculan contractualmente a la Bolsa con los terceros que les han conferido el encargo y en cuyo interés, ya que no en su nombre, actúan en el 'parquet' o 'corro', comete un error evidente y causa un serio agravio a los intereses de mis mandantes".

Tratando de lo que el recurso denomina "error de derecho", dice la demanda de casación que los anotados errores de hecho "condujeron al sentenciador a la violación de ley sustantiva, tanto por errónea interpretación como por falta de aplicación de varias disposiciones legales". Repite que en desarrollo del art. 7o. de la ley 16 de 1.936 el Gobierno dictó el Decreto No. 1273 del mismo año, por el cual se reguló el funcionamiento de las Bolsas de valores. Cita de nuevo los arts. 1o., 2o., 3o., 6o., 10, 11, 12 y 13 de este Decreto, recuerda lo que tales normas disponen y expresa: "Cuando el sentenciador sostiene que los Miembros de la Bolsa son comerciantes independientes, que no tienen el carácter de mandatarios de la Bolsa y que no la vinculan con los terceros que el ejercicio de su cargo tiene que tratar con ellos, está infringiendo las disposiciones que acabo de copiar, porque las interpreta equivocadamente, ya que ellas hacen de los Miembros de la Bolsa verdaderos mandatarios, representantes o dependientes de la misma". Además los comprobantes de liquidación Nos. 40229, 40440 y 40470 fueron expedidos oficialmente por la misma Bolsa en nombre del señor Gómez Vargas y comprueban, sin que se lo pueda desconocer, el vínculo de dependencia que, conforme a las mismas disposiciones citadas, existe entre los Miembros de la Bolsa y la Sociedad que es empresaria de ese establecimiento.

La sentencia expresa que la Bolsa, al intervenir en la liquidación de las operaciones que en ella se realizan, asume ante los miembros que las conciertan obligaciones contractuales que no pasan a terceros y que sólo aquellos pueden hacer efectivas. Según el impugnante "esta interpretación es profundamente equivo-

cada y violatoria de las disposiciones" que le sirven de fundamento, esto es, de los arts. 92 a 105 y 397 a 424 del C. de Comercio. En orden a demostrarlo afirma el recurrente que el corredor de bolsa no puede ser confundido con el corredor de comercio ni con el agente de cambio, porque él actúa en forma sui generis, es decir, como lo dispone el Decreto Nº. 1273 de 1.936. El recurso cita y confronta las normas que regulan las actividades de los corredores de comercio y de los agentes de cambio y sostiene que es equivocado confundir con estos comerciantes a los corredores de Bolsa, porque éstos, en su calidad de Miembros de la misma Bolsa, no son independientes de ella, sino que, de acuerdo con los estatutos y el reglamento, obran en nombre de tal institución y la comprometen ante terceros. "Luego el Tribunal violó - según el impugnante- por mala interpretación y aplicación indebida al caso del pleito, los artículos 92 a 105 del C. de C. T., pues esas disposiciones se refieren exclusivamente a los agentes de cambio, que en ningún caso pueden confundirse con los "Miembros de la Bolsa", que constituyen una especie sui generis de corredores de comercio, cuyas funciones y responsabilidades se rigen por el artículo 7º. de la Ley 16 de 1.936 y por el Decreto 1273 de 1.936, lo mismo que por los estatutos y reglamentos de la Bolsa.- Más equivocada es todavía la aplicación de los artículos 397 a 424 del propio Código de Comercio, pues estas disposiciones se refieren exclusivamente a la compra y venta de mercaderías y no a la de valores mobiliarios".

Después de aseverar que ha quedado establecido que los Miembros de la Bolsa son agentes o dependientes de la Sociedad demandada y que el Señor Gómez Vargas obligó contractualmente a esta Entidad respecto de las señoras Uribe, el recurso concluye así la exposición de este cargo:

"La sentencia infringió los artículos 1494 y 1505 del C. C., porque el encargo de comprar dado a un Miembro de la Bolsa, implica un contrato que produce obligaciones, y la delegación hecha por la sociedad a ese Miembro la hace responsable. Al mismo tiempo se violaron de modo indirecto los artículos 1759, 1761 y 1765 del C. C., 603, 1604, 607, 608, 637 y 638 del C. J., porque no dió a los estatutos y reglamentos de la Bolsa que obran en autos, ni a la confesión del Gerente, el valor de plena prueba que tales disposiciones les dan; como tampoco les dió el valor de plena prueba a los comprobantes de transacción, que emanan de la Sociedad demandada y que no han sido redargüidos de falsos ni desvirtuados en la forma que señala el artículo 638 del C. J.

"Por último, el sentenciador infringió de modo directo, por no aplicación al caso del pleito, los artículos 439 y 440 del C. de C. T., que obligan al patrón cuando el contrato es celebrado por un factor o dependiente conocido como tal. El señor Gómez Vargas obró en nombre de la Bolsa de Bogotá, como consta expresamente en los comprobantes de liquidación y de transacción a que se refiere la carta de fecha 16 de marzo de 1.956 que obra al folio 8 del C. No.1, prueba esta última que también fue pasada por alto por el Tribunal".

Cargo tercero (Segundo de la demanda). Acerca de este cargo dice el impugnante que "lo hago consistir en errores de hecho en la apreciación de los reglamentos de la Bolsa, al haber pasado por alto todas las disposiciones referentes a garantías, disposiciones que contienen la prueba de la responsabilidad de la Sociedad demandada. Y lo fundo también en errores de derecho por no darle a esas pruebas el valor que la ley sustantiva les reconoce".

Refiriéndose primero al error de hecho transcribe el recurso los arts. 72, 73, 77, 78 y 93 del Reglamento de la Bolsa, referente a las garantías que deben constituir los Miembros de la misma Bolsa para adquirir este carácter y "poder actuar por intermedio de la Institución", y afirma que la sentencia omitió tener en cuenta estas normas reglamentarias que hacen parte de los estatutos de la Sociedad demandada y que de modo expreso consagran la obligación de la Bolsa de responder de las obligaciones contraídas por sus Miembros. Como esa Entidad asume la responsabilidad de tales obligaciones, las garantías generales que ante ella misma otorgan dichos Miembros tienen por objeto reembolsarla de las sumas que tenga que pagar por cada uno de éstos. El error de hecho aparece de modo evidente por no haber tenido en cuenta las normas expresadas, las cuales constituyen leyes institucionales de la Sociedad demandada y consagran

derechos, obligaciones y garantias para la Bolsa, para los corredores y para terceros.

Tratando del error de derecho en que también se funda el cargo expresa el recurrente que "los errores de hecho que acabo de anotar condujeron al sentenciador a infringir de modo directo el artículo 1494 del C. C., que establece como fuente de las obligaciones tanto los contratos como también un hecho voluntario de la persona que se obliga. En este caso la Sociedad demandada tomó a su cargo el cumplimiento de las obligaciones de los Miembros de la Bolsa y amparò esa responsabilidad con las garantías de que trata el Reglamento. Infringió tambièn de modo directo el artículo 1505 del mismo Código, porque el Miembro de la Bolsa, señor Carlos Gómez Vargas, se hallaba estatutariamente facultado para obligar a la Sociedad demandada, y por eso la obligación debe producir todos sus efectos contra ella; y violó el artículo 632 del C. J., que da a los Reglamentos aprobados por la Superintendencia Bancaria el carácter de documento auténtico".

Esta interpretación aparece confirmada, según el recurso, por el Decreto No. 2969 de 1.960, cuyos arts. 25 y 34 disponen que todo Miembro de la Bolsa debe pagar el precio de la compra y hacer entrega de los valores vendidos, sin que pueda admitírsele la excepción de falta de provisiòn, y que la Bolsa debe exigir a sus Miembros caución suficiente para responder por el cumplimiento de las obligaciones de todo orden que contraigan por razón de su oficio. "Si la Bolsa -dice el impugnante- es quien fija y exige las garantías, y éstas se constituyen a su favor, es porque ella tiene una responsabilidad personal ante los terceros que contratan a través de los Miembros".

También corrobora el concepto de responsabilidad de la Bolsa el art. 38 del mismo Decreto No. 2969 al prescribir, como exégesis de los estatutos de esa Institución, que "se presume que toda persona que comisiona a un Miembro de la Bolsa para la compra o para la venta de valores, conoce los estatutos y reglamentos de la Bolsa en cuanto se refiere a garantìas y liquidación de la operación u operaciones que le encomienda, y se obliga, salvo pacto escrito en contrario, a poner a su agente en capacidad de cumplirlos".

La Corte considera:

I). El art. 7o. de la Ley 16 de 1.936 dispone que "las bolsas de valores o de productos y los martillos de valores establecidos o que se establezcan en el país, quedan sometidos a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con los reglamentos que dicte el Gobierno".

En desarrollo de esta disposición el Gobierno dictò el Decreto No. 1273 de 1.936, sobre bolsas de valores. Se ordena en este Decreto, entre otras cosas, que dichas bolsas deben constituirse como sociedades anónimas, con un capital mínimo de $ 100.000.oo, con autorización previa de la Superintendencia Bancaria y con sus reglamentos, tarifas y comisiones aprobados por la misma Superintendencia; que será "objeto especial" de los negocios de bolsa la compra y venta de los valores que el art. 3o. señala, mediante las formalidades y requisitos que determinen los reglamentos; que las reuniones toman el nombre de ruedas, y que los corredores no pueden ser menos de diez. El art. 11 de tal Decreto señala las exigencias necesarias para ser corredor de bolsa y el art. 12 consagra varias de las obligaciones de los corredores, entre ellas las de entregar a las partes interesadas los respectivos comprobantes de las operaciones que en nombre de éstas celebren, de guardar secreto sobre las transacciones y los nombres de sus comitentes, de cerciorarse de la autenticidad de las firmas de esos comitentes, de conducir los negocios con lealtad, claridad y precisión y de cumplir sus obligaciones para con la Institución y las contraídas en las operaciones que se realicen por su conducto. El art. 13 **ibidem** prohibe a los corredores comprar para sí los efectos o valores que sus comitentes les hayan encargado vender, o vender a éstos efectos o valores propios de los mismos que ellos les hayan encomendado comprar, todo ello bajo la sanción de perder la calidad de corredores que ha de imponer la Superintendencia Bancaria.

El aludido Decreto No. 1273 de 1.936 fue en gran parte derogado y sustituído por el Decreto No. 2969 de 1.960, tambièn reglamentario de las Bolsas de Valores.

II). Por la escritura No. 1702, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá el 23 de noviembre de 1.928, se constituyó una sociedad co-

mercial anónima con domicilio en esta misma ciudad y bajo la razón social de "Bolsa de Bogotá, S. A". Esta compañía se formó con el objeto de ejercer varias actividades, entre ellas las de "establecer en Bogotá una Bolsa de valores y de cambio y dictar los reglamentos generales de la misma, la adquisición de valores para obtener con ellos renta o valorización, pero no con el objeto de rápida especulación", crear un Martillo para efectos públicos y de comercio y otros bienes muebles. La sociedad estaría administrada por un Consejo Directivo, por uno o varios Gerentes, un Secretario y las demás corporaciones o empleados que dicho Consejo juzgara necesario designar. El Gerente sería el gestor o representante legal de la Entidad.

Los estatutos de esta sociedad y su constitución misma han sufrido después varias modificaciones.

El reglamento de la Bolsa, aprobada por la Superintendencia Bancaria el 31 de julio de 1.939, contiene varias disposiciones que importa recordar brevemente, así: como fines del establecimiento llamado Bolsa de valores figuran los siguientes: ofrecer a sus Miembros un lugar de reunión para tratar allí toda clase de negocios lícitos y en especial los relacionados con la compra y venta de valores mobiliarios, de monedas extranjeras, de papeles de crédito, etc.; mantener el funcionamiento de un mercado bursátil debidamente organizado, que ofrezca a los inversionistas y negociantes en valores y al público en general las garantías de seguridad, honorabilidad y corrección indispensables a esta clase de negocios; establecer la cotización efectiva de los valores mobiliarios mediante la publicación diaria de las operaciones efectuadas y de los precios de oferta y demanda que queden vigentes al cierre de las ruedas; velar por el estricto cumplimiento de las transacciones, de acuerdo con los términos y condiciones pactados formalmente y dentro de las normas reglamentarias; dar testimonio de las operaciones celebradas por los Miembros mediante certificado expedido para cada una de ellas, certificación que será autorizada con las firmas de los contratantes y del Gerente y que contendrá el siguiente detalle: fecha de la transacción, a cantidad y nombre de los objetos negociados, el plazo fijado para su cumplimiento y las demás condiciones estipuladas. El mismo establecimiento de la Bolsa será administrado y dirigido por la Asamblea General de Accionistas, el Consejo Directivo y el Gerente de la sociedad "Bolsa de Bogotá, S. A.". En lo tocante a las relaciones, derechos y obligaciones entre la Institución dicha y sus Miembros, la Cámara de la Bolsa ejerce las atribuciones que le señala el propio reglamento. Esta Cámara está integrada por cinco miembros, así: por el Gerente de la Bolsa, que es su presidente, y por cuatro vocales designados uno por el Superintendente Bancario y tres por el Consejo Directivo de entre los mismos Miembros de la Bolsa.

De las funciones atribuídas a la citada Cámara de la Bolsa vale mencionar éstas: adoptar, con la aprobación del Consejo Directivo, las normas que juzgue necesarias o convenientes respecto al régimen y vigilancia del mercado de valores y todas las que se relacionen con las actividades de los corredores o Miembros de la Bolsa; determinar las horas en que deben celebrarse las ruedas o reuniones de dichos Miembros; reglamentar las distintas operaciones que puedan realizarse, bien sea al contado o a plazo; fijar la cuantía de las garantías que deben constituir los Miembros para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones; intervenir en todo aquello que tienda a moralizar el negocio de valores y a darle seguridad, bien sea entre los propios corredores o en las relaciones de éstos con su clientela; servir de árbitro en las diferencias que surjan entre los Miembros o entre éstos y la Gerencia de la Bolsa, y hacer efectivas las sanciones en que incurran tales Miembros o corredores de la Bolsa.

Al Gerente de la Bolsa corresponde, entre otras funciones, las de presidir las sesiones de la Cámara de la Bolsa y "cuidar especialmente que los Miembros mantengan las garantías establecidas, en forma que respalden sus compromisos con márgenes suficientes; de que registren todas las operaciones que celebren, y de que den fiel y oportuno cumplimiento a ellas".

Los Miembros de la Bolsa pueden ser personas naturales o jurídicas, y para adquirir esa calidad de Miembro, es decir, para poder ejercer en ese establecimiento la actividad de corredor de Bolsa, se requiere tener capacidad

para ejecutar actos de comercio, ser allí propietario de un puesto y de 1200 acciones en la Sociedad, gozar de buena reputación, no haber sido concursado ni condenado en causa criminal ni expulsado de otra institución similar. Los Miembros de la Bolsa son admitidos por el Consejo Directivo mediante los trámites que señala el reglamento y toman posesión ante el Gerente y el Secretario. Los mismos Miembros, para poder entrar a realizar su actividad de corredores en la Bolsa, deben entregar además a ésta el certificado de propiedad de su puesto en ella y las 1200 acciones que tienen en la Compañía; estos títulos se denominan "garantías generales" y su entrega en prenda tiene por objeto respaldar "toda clase de compromisos adquiridos por el Miembro de la Bolsa o por sus dependientes, para con la Institución o por medio de ella, por transacciones bursátiles, préstamos de dinero o de valores, fianzas, descuentos, anticipos sobre consignaciones para la venta, u otras operaciones análogas celebradas con la Bolsa o con intervención de ella". También prevé el reglamento la constitución por los Miembros de otras cauciones llamadas "garantías especiales" que están destinadas a asegurar el cumplimiento de las operaciones que aquellos celebran a plazo.

Entre los derechos de los corredores o Miembros de la Bolsa figura el de "concurrir al recinto de la Bolsa y verificar en él todos los contratos y operaciones autorizados por las leyes y por el reglamento". Dichos Miembros tienen asimismo varias obligaciones, entre ellas las de constituir las mencionadas garantías generales y especiales; cumplir estrictamente las obligaciones de carácter pecuniario que contraigan con la Institución; registrar todas las operaciones que celebren dentro o fuera del recinto de la Bolsa sobre valores inscritos en ella; entregar a las partes interesadas los respectivos comprobantes de liquidación de las operaciones que concierten en su calidad de intermediarios; guardar reserva sobre esas transacciones y sobre los nombres de sus comitentes, y manejar los negocios con lealtad, claridad y precisión, evitando inducir en error al público o a los contratantes.

Conforme al art. 46 del Reglamento "toda operación que se efectúe por los Miembros de la Bolsa, dentro o fuera de ella, será firmada por los Miembros interesados, junto con el Gerente, o con quien haga las veces de éste, en cuatro ejemplares, llamados comprobantes de transacción, de los cuales se entregarán sendos ejemplares a los Miembros comprador y vendedor, y dos quedarán en el archivo de la Institución. Estos comprobantes deberán expresar la especie y cantidad objeto de la operación, su precio y plazo, y demás formalidades que determine el Consejo Directivo o la Cámara de la Bolsa. El comprobante de transacción que recibe cada uno de los Miembros debe ser conservado en su archivo, debidamente clasificado, y por ningún motivo debe ser entregado al cliente, al cual solamente se entregará el comprobante de liquidación". Celebrada la operación y expedidos los comprobantes mencionados, se procede luego a su liquidación, acto que consiste en la ejecución del negocio, o sea en la entrega de los valores por el vendedor y en el pago del precio por el comprador, todo lo cual debe efectuarse en las oficinas de la Bolsa dentro del término señalado por el Gerente. Cumplido tal acto, dispone el art. 59 **ibidem** que "se entregará a los Miembros interesados el comprobante de liquidación oficial de la Bolsa, por duplicado. Este comprobante, autorizado con las firmas del liquidador y de un revisor, llevará el número del comprobante de transacción y contendrá este detalle: la fecha en que la transacción se celebró, el nombre del Miembro comprador o vendedor, la cantidad, la especie negociada, el precio, la comisión, los intereses cuando fuere el caso, el total o saldo neto de la operación y la fecha de vencimiento. Cada uno de los Miembros interesados conservará en su archivo un ejemplar del expresado documento, debidamente legajado, y está obligado a entregar el otro a su cliente, como comprobante oficial de la transacción".

Todo Miembro de la Bolsa es responsable de la operación que celebre y está obligado a cumplirla, sin que le sirva de excusa la resistencia o la negativa de su cliente. A este propósito dispone el art. 80 **ibidem**: "Las garantías (hipotecas, prendas, fianzas o arras) que constituyen los Miembros de la Bolsa conforme al reglamento, tienen por principal objeto asegurar el cumplimiento de sus compromisos para con la Institución y para con los demás Miembros. La responsabilidad de la Bolsa en

caso de incumplimiento de operaciones, queda limitada hasta la concurrencia de lo que sobrare del valor de las garantías dadas por el Miembro que haya dejado de cumplir, después de haberse cubierto la Bolsa lo que a ella correspondiere. En consecuencia, la responsabilidad de la Bolsa con la limitación antes apuntada, es sólo para con los Miembros y no respecto de terceros, pues las responsabilidades de los Miembros para con terceros deberán regirse por los principios de derecho común, fuera de las sanciones que la misma Bolsa pueda imponer al Miembro que dejare de cumplir estrictamente sus obligaciones para con terceros y en cuanto tales obligaciones provengan de operaciones realizadas por intermedio de la misma Bolsa".

Según los arts. 89 y 90 del Reglamento los Miembros de la Bolsa deben cobrar a sus respectivos clientes compradores o vendedores una comisión sobre todas las operaciones que ejecuten por cuenta de éstos, conforme a la tarifa señalada por el Consejo Directivo y aprobada por la Superintendencia Bancaria, y están obligados a pagar a la Institución, en remuneración de los servicios que ésta les presta, el veinte por ciento de la comisión referida.

III) Se acusa la sentencia por error manifiesto de hecho consistente en no haber tenido ella en cuenta los estatutos y reglamentos de la Bolsa de Bogotá, los comprobantes de las operaciones efectuadas por el señor Gómez Vargas en nombre de las demandantes, la fotocopia del cheque girado por el mandatario de éstas a favor del mismo Gómez Vargas, la carta del Gerente de la Bolsa y las posiciones absueltas por éste. Todas estas pruebas demuestran, según el recurrente, que los Miembros de la Bolsa son agentes o representantes de la Sociedad demandada y que la obligan ante terceros en los negocios que celebran con éstos.

Uno de los casos del error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas consiste, según reiterada doctrina de la Corte, en tener por inexistente un hecho en razón de no haber visto ni tenido en cuenta el sentenciador una prueba que obra en autos y que demuestra la existencia de ese hecho. Según el recurso, la sentencia impugnada pasó por alto las pruebas antes anotadas y por causa de esa omisión dió por inexistente el vínculo jurídico de mandante a mandatario que hay entre la Bolsa de Bogotà y los miembros de ella que ejercen la actividad de corredores.

La sentencia, como se ha visto, examinó los estatutos de la sociedad "Bolsa de Bogotá, S. A." y el reglamento de la institución llamada también Bolsa de Bogotá, expuso el funcionamiento de esta misma institución y dedujo de todo ello que los corredores o Miembros de la Bolsa realizan las operaciones de compra y venta de valores, no como representantes de aquella Entidad, sino como comerciantes independientes y en su calidad de mandatarios de sus respectivos clientes, y que en consecuencia, al efectuar esos negocios, no comprometen la responsabilidad contractual de la Sociedad nombrada, la cual es un tercero ajeno a dichas operaciones.

Los estatutos de la Sociedad atribuyen al Gerente la representación de la misma entidad. Ni la Asamblea de accionistas, ni el Consejo Directivo ni ninguno de sus socios tienen esa facultad. Sólo su Gerente está autorizado para actuar y obligarla por vía contractual. El reglamento de la Bolsa no modifica esta situación ni contiene precepto alguno por el cual se confiere de manera explícita a ningún otro funcionario, corporación o Miembro de la Bolsa el poder representativo de la Sociedad. Por este aspecto no puede, pues, afirmarse que los Miembros de la Bolsa gocen de la atribución de representar a la compañía "Bolsa de Bogotá, S. A." en ninguno de los actos constitutivos de su objeto social.

La Sociedad se constituyó, entre otras cosas, con el fin de establecer una Bolsa de Valores, organizar allí un mercado bursátil, proporcionar a sus Miembros un lugar adecuado para realizar las transacciones respectivas y ofrecer a los inversionistas y negociantes en títulos de crédito y al público en general las garantías de seguridad, honorabilidad y corrección que son necesarias en esos negocios. Entre esas actividades constitutivas del objeto social no figura la de comprar y vender valores en dicho mercado. La Sociedad puede adquirir valores, pero no para especular con ellos, sino en busca de una renta o de una valorización. Esta circunstancia de no ejercer la actividad de negociar en la Bolsa con títulos de crédito, descarta por completo la posibilidad de hallar y alegar el vínculo de un mandato tácito entre

la misma Sociedad y los Miembros de dicha Bolsa que sí tienen esa función específica de comprar y vender tales valores por cuenta de sus respectivos clientes. Si por mandato tácito se entiende, según los términos del art. 2149 del C. Civil, "la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra", mal podrían esos Miembros considerarse implícitamente autorizados para realizar la mencionada actividad en nombre y en lugar de una Compañía que no la tiene ni puede ejercerla por no hacer parte de su objeto social. De manera que por este otro aspecto y por simple sustracción de materia, no es posible sostener ni admitir que los Miembros de la Bolsa son mandatarios tácitos de la Sociedad demandada en el ejercicio de su función de corredores o negociantes en títulos de crédito y valores.

Para ser Miembro de la Bolsa, esto es, para intervenir en el mercado de valores, se requiere comprar un puesto en ese establecimiento, tener por lo menos 1200 acciones en la Sociedad empresaria, obtener la admisión del Consejo Directivo de ésta y someterse al reglamento de la misma institución. Obvio es que estos factores y requisitos crean relaciones jurídicas entre esa Compañía y los Miembros de la Bolsa, pero por sí solos tales nexos no revisten a éstos de la calidad de agentes, funcionarios, empleados o subalternos de aquella Sociedad y mucho menos cuando ejercen su oficio de corredores de Bolsa, porque, no teniendo dicha Entidad esta función, mal podría disponer de subordinados que la desempeñen en su nombre. Los Miembros de la Bolsa se hallan en verdad jurídicamente vinculados al establecimiento llamado Bolsa de Bogotá y a la Sociedad empresaria de esa Institución, pero no con el carácter de empleados o agentes de la Compañía, Su actividad de comprar y vender valores la realizan en el Establecimiento nombrado, pero no en lugar y a nombre de la Sociedad, sino con independencia de ésta y por cuenta de sus respectivos clientes, o sea de los particulares interesados en adquirir o enajenar esos valores. Por donde se ve que quien compra o vende valores en la Bolsa por conducto de un corredor o Miembro de ésta, no negocia o contrata con la sociedad "Bolsa de Bogotá, S. A.", es decir, no le compra ni le vende esos valores a esta Entidad. Tal es el resultado exacto del mecanismo a que está sujeto el funcionamiento del mercado de valores llamado Bolsa de Bogotá.

La Sociedad creó y tiene organizado este Establecimiento y en él se celebran las ruedas, esto es, las reuniones de los corredores o Miembros que entre sí conciertan las operaciones de compra y venta de valores. El Gerente de la misma Compañía preside y dirige esas ruedas, registra tales operaciones y expide comprobantes tanto de su celebración como de su liquidación. De acuerdo con los términos del Reglamento, esta intervención de la Sociedad empresaria tiene por objeto dar testimonio de los negocios allí celebrados, garantizar su seriedad, seguridad y corrección y fijar el valor así de la comisión que los Miembros deben cobrar a sus comitentes como de la que ellos mismos han de abonar a la Institución por los servicios que les presta. Tal intervención no se extiende al campo contractual ni los comprobantes que de las operaciones se dan a los Miembros contratantes entrañan la coparticipacion de la misma Sociedad en la celebración de esos negocios ni comprometen su responsabilidad, sin duda alguna.

En orden a comprobar el mencionado error de hecho acude también el recurso a la teoría del mandato aparente, anota varias circunstancias que en su sentir crearon ante terceros la apariencia de que el señor Gómez Vargas, como Miembro de la Bolsa, era representante de la Sociedad demandada y en respaldo de este punto de vista transcribe parte de un concepto de Planiol y Ripert. Ideada en seguridad de los negocios jurídicos y en defensa de los terceros de buena fe, la teoría del mandato aparente requiere: a). Que una persona contrate en nombre y lugar de otra. b). Que por las apariencias que rodean el negocio o por la conducta del mandante, el tercero que contrata pueda creer fundadamente y de buena fe que celebra la convención con quien tiene poder suficiente para representar a dicho mandante. Se necesita ante todo que el mandatario actúe en nombre ajeno, pues si lo hace en su propio nombre no podría hablarse en tal caso de mandato aparente; habría quizá ocasión de pensar en un mandato oculto, pero lo secreto es contrario a lo aparente. Es también indispensable que las circunstancias relativas al negocio o al comportamiento del mandante, le ofrezcan al tercero fundamento para suponer de buena fe

que contrata con el verdadero mandatario de aquèl. Si no existe esta apariencia o si el tercero tiene a su disposición medios adecuados para comprobar que ella es ficticia y que el mandatario no lo es en realidad, tampoco es posible hablar de mandato aparente. A este propósito dicen también Planiol, Ripert y Savatier en parte de su concepto no transcrita por el recurrente que "es claro que ningún mandato aparente existe allí donde los terceros hayan tenido la posibilidad de exigir y verificar la extensión de la procuración" (Traité pratique, t. 11, No. 1500). A la luz de esta doctrina se observa que no aparece demostrado en parte alguna de esta litis que el señor Carlos Gómez Vargas hubiera negociado con las actoras en lugar y nombre de la Sociedad demandada. Los comprobantes de liquidación de las operaciones celebradas por aquél a favor de las demandantes, no acreditan mandato alguno, real ni aparente, como queda visto, y las circunstancias que apunta el impugnante y que consisten en tener organizado la misma Sociedad un mercado o Bolsa de Valores, en que a los afiliados se les llama "Miembros de la Bolsa", en que éstos son admitidos por el Consejo Directivo y tienen que otorgar cauciones y en que se invite al público a ocupar los servicios de esos corredores, no son suficientes a crear la apariencia de que dichos Miembros ejercen su actividad como representantes, o dependientes o empleados de la Compañía empresaria. Y aun más: las demandantes estaban en posibilidad de averiguar por cualquier medio razonable si el señor Gómez Vargas era o no mandatario o dependiente de la Sociedad y de darse cuenta de que las operaciones de compra y venta de valores las efectúan directamente entre sí los Miembros de tal establecimiento y no como subalternos ni representantes de la Compañía demandada, que no tiene esa actividad mercantil. Esta sola circunstancia basta para eliminar la posibilidad de acoger y aplicar en este caso la teoría del mandato aparente.

Estas consideraciones permiten concluir que las pruebas señaladas por el recurso no demuestran que entre la sociedad "Bolsa de Bogotá, S. A." y el señor Carlos Gómez Vargas, como Miembro del establecimiento llamado Bolsa de Bogotá, hubiera existido un mandato expreso, ni tácito ni aparente, ni un vínculo de dependencia o subordinación que revistiera al señor Gómez de la calidad de representante de esa Compañía, y que al apreciarlo así la sentencia no incurrió por ello en el error de hecho que le atribuye el impugnante y menos de carácter manifiesto.

IV). Se acusa la sentencia de incurrir tanto en otro error de hecho consistente en haber pasado por alto las disposiciones reglamentarias sobre garantías de los Miembros, como también en un error de derecho por no dar a "esas pruebas el valor que la ley sustantiva les reconoce". Estos errores condujeron, según el recurso, a la violación de los arts. 1494 y 1505 del C. Civil.

Las disposiciones reglamentarias que no se apreciaron son los arts. 72, 73, 77, 78 y 93 del reglamento de la Bolsa. Arguye el recurrente que estos preceptos consagran la obligación de los Miembros de la Bolsa de otorgar las cauciones generales ya enunciadas, que el objeto de esas garantías consiste en asegurar el cumplimiento de las obligaciones que los mismos Miembros contraigan a favor de la Institución y de terceros y que la admisión de tales seguridades compromete la responsabilidad de la Compañía respecto de dichos terceros, conforme a lo prescrito por los arts. 1494 y 1505 del C. Civil. Al no tener en cuenta las aludidas normas reglamentarias, la sentencia incurrió en un error de hecho que la condujo a violar los preceptos sustantivos citados.

Ya se ha recordado cuales son las principales obligaciones de los Miembros de la Bolsa. Entre ellas figura la de otorgar algunas cauciones que el reglamento denomina "garantías generales" y "garantías especiales". Las primeras se encaminan a respaldar el cumplimiento de las obligaciones de toda clase que dichos Miembros contraigan a favor de la Institución, bien por operaciones bursátiles, préstamos de dinero o de valores, o por fianzas, descuentos o anticipos sobre consignaciones para la venta. Las garantías especiales tienen por finalidad asegurar la ejecución de las obligaciones contraídas a plazo por los mismos Miembros.

El transcrito art. 80 del propio Reglamento repite y especifica que el objeto de las garantías generales es asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de la Institución y de los demás Miembros, y agrega: "La responsabilidad de la Bolsa en caso de incum-

plimiento de operaciones, queda limitada hasta la concurrencia de lo que sobrare del valor de las garantías dadas por el Miembro que haya dejado de cumplir, después de haberse cubierto la Bolsa lo que a ella correspondiere. En consecuencia, la responsabilidad de la Bolsa con la limitación antes amputada, es sólo para con los Miembros y no respecto de terceros, pues las responsabilidades de los Miembros para con terceros deberán regirse por los principios de derecho común". De este y de los demás preceptos reglamentarios del otorgamiento de dichas garantías, se infiere que ellas no se constituyen a favor de terceros, sino en beneficio exclusivo de la Bolsa y de los demàs Miembros; ni imponen a la Compañía la obligación, solidaria o subsidiaria, de atender al cumplimiento de las obligaciones que los Miembros contraen con sus comitentes, o sea con los terceros que les cometen la compra o venta de valores. Por otra parte, no se ve razón lógica ni jurídica para atribuir a la exigencia y aceptación de las garantías el alcance de una asunción de deuda ajena, esto es, como una adhesión unilateral y voluntaria de la Sociedad a las referidas obligaciones de los Miembros de la Bolsa. Bien claro es a este respecto el citado art. 80 del Reglamento al estatuir que "las responsabilidades de los Miembros para con terceros deberán regirse por los principios del derecho común", lo cual significa claramente que la Compañía no asume estas responsabilidades.

Cierto es que el otorgamiento de cauciones o garantías vincula jurídicamente al constituyente con el beneficiario, pero ese vínculo no reviste al otorgante, de la calidad de empleado, dependiente o representante de dicho beneficiario. El hecho de constituir a favor de la Sociedad las garantías referidas, no convierte a los Miembros de la Bolsa en subalternos ni mandatarios de aquella ni la asocia solidaria ni subsidiariamente al cumplimiento de las obligaciones contraídas por éstos a favor de sus comitentes.

Dedúcese de estas reflexiones que la sentencia no incurrió en el error de hecho que le atribuye el impugnate, porque, siendo aun cierto que no hubiera tenido en cuenta las expresadas disposiciones reglamentarias, ellas no consagran la responsabilidad de la Sociedad demandada por las obligaciones que los Miembros de la Bolsa contraen a favor de sus comitentes ni les asignan a dichos Miembros el carácter de empleados, dependientes ni mandatarios de la misma Sociedad. Ni en consecuencia tampoco incidió el fallo en el quebranto de los arts. 1494 y 1505 del C. Civil.

De lo expuesto se concluye que los cargos no pueden prosperar por no aparecer fundados.

RESOLUCION

En mérito de las consideraciones que preceden 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 trece de octubre de mil novecientos sesenta dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario de las Señoras Isabel Uribe de Corpas y Mercedes Uribe Grajales contra la sociedad denominada "Bolsa de Bogotá, S. A".

Las costas del recurso extraordinario 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. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. -José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

BUENA O MALA FE

Distintos tratamientos al poseedor de buena o mala fe, en materia de deterioros, frutos y mejoras. Requisito para que la existencia de un título predique buena fe en el demandado. La buena fe es una cuestión de hecho. Promesa de venta.

1. La ley protege la buena fe en todas sus manifestaciones como fundamento del orden Social y porque es la manera ordinaria de actuar los hombres, a pesar de manifestaciones en contrario; por eso la presume, y, determina que la mala fe se pruebe, salvo cuando la da por establecida, en casos excepcionales. De ahí que consagre distinto tratamiento para el poseedor de buena fe y para el de mala fe. Las disposiciones del Capítulo 4o. del Título 12 del Libro Segundo del C. Civil, que regulan las prestaciones mutuas en los juicios que de manera directa o indirecta obligan a la restitución de la cosa, prevén los distintos supuestos en que el demandado vencido, en el evento de restituir, deba hacerlo según la buena o mala fe de su posesión, para que en modo alguno haya enriquecimiento sin causa o perjuicio injusto sin indemnización.

Para establecer distintos tratamientos frente al poseedor de buena o de mala fe, la ley ha dispuesto que en materia de deterioros, el poseedor de buena fe, no es responsable de los que hayan sufrido la cosa, sino en cuanto se hubiera aprovechado de ellos. En cambio el poseedor de mala fe es responsable de los ocurridos por su hecho o culpa (art. 963). En materia de frutos, el poseedor de buena fe está exento de restituir los percibidos antes de la contestación de la demanda. Sin embargo, el poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa y, no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder (964). En lo que respecta a mejoras, el poseedor de buena fe, tiene derecho a que se le abone las útiles, mientras que el poseedor de mala fe carece de este derecho, ya que sólo se le permite retirar los materiales de dichas mejoras siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa y que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían los materiales después de separados (art. 966).

2. En principio, la existencia de un título, así sea meramente putativo, siempre que explique un error excusable, predica una situación de buena fe en el demandado. La ausencia de título se presta generalmente a la situación contraria.

3. La buena fe es una cuestión de hecho y su apreciación es privativa de los jueces de instancia, y no puede variarse en casación sino por la demostración de error craso o error de derecho, y éste, como es obvio, debe demostrarse.

4. La promesa es antecedente al cumplimiento de la obligación traslaticia que el prometiente vendedor adquiere como condición fundamental de contrato de venta.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1o. Ante el Juez Civil del Circuito de Ciénaga, los señores Rafael y Joaquín Correa Serna demandaron a Tomás Herrera Pardo, en

juicio de reivindicación, para que se declare que son dueños del predio rural denominado "Julia Isabel", situado en esa jurisdicción; y que sea condenado a la restitución de la propiedad, teniéndolo para efecto de las prestaciones mutuas como poseedor de mala fe, a partir del 8 de noviembre de 1.944, fecha en que el demandado entró en posesión de la finca.

Este se opuso a las súplicas de la demanda y al contestarla propuso la excepción de "inexistencia de la obligación", y después, en la segunda instancia, la de prescripción adquisitiva del dominio.

En las consideraciones de la sentencia de primer grado se tuvo por probado el dominio de los demandantes y, al poseedor como de buena fe, sobre lo cual el Juzgado expuso en capítulo especial su entendimiento de esta situación. Sin embargo, en la parte resolutiva de la sentencia, condenó al demandado a la restitución de los frutos naturales y civiles, desde el 8 de noviembre de 1.944, fecha inicial de la posesión, hasta el día de la restitución, y no solamente los percibidos y que perciba, sino los que los demandantes hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la finca en su poder. Esto en el punto cuarto de la parte resolutiva, y en el quinto declaró que el demandado es poseedor de buena fe y que tiene derecho a que se le abone el valor de las mejoras necesarias, útiles y voluntarias, en la forma explicada en la parte motiva de la sentencia, y determinó que la regulación de tales mejoras se haga según el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

El Tribunal de Santa Marta, por apelación de ambas partes, conoció del negocio y, aceptando el criterio del fallador de primera instancia, en cuanto a la buena fe y a las prestaciones mutuas, dijo en la parte resolutiva: "Confírmase la sentencia apelada de fecha 26 de abril de 1.960, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ciénaga".

2o. Dice la sentencia del Tribunal que, "en cuanto a prescripción, ya que no se ha presentado al juicio justo título, debe entenderse que se trata de la extraordinaria, que requiere un lapso de veinte años, sin reconocimiento de derecho a persona alguna. En el cuaderno de pruebas pedidas por el mandatario del demandado aparece el documento suscrito por aquél, por una parte y Clara viuda de Correa y Rafael A. Correa S., por la otra. En dicho documento aparece una promesa de venta y allí expresamente Herrera Pardo reconoce el dominio de la señora viuda de Correa y Rafael Correa tienen sobre la finca "Julia Isabel". No quiere la Sala entrar en mayor análisis de tal pieza, pero baste decir que es idónea como prueba para demostrar el reconocimiento del derecho de dominio que una persona hace en favor de otra. Como ella tiene fecha 30 de agosto de 1.945, a la fecha en que se notificó la demanda no se había dado lapso para que se operara la prescripción".

Y más adelante el Tribunal afirma:

"Herrera Pardo, como poseedor de buena fe, ya que no hay base en el expediente para apreciar su situación de otra manera, tiene derecho a que se le paguen las mejoras hechas en el predio "Julia Isabel", con verdadero justiprecio de tales mejoras".

3o. Sobre la base de estas dos afirmaciones que el recurrente encuentra contradictorias, fundamenta la primera parte de este cargo, formulado en los siguientes términos:

"Ha incidido, pues, el Tribunal, en un típico error de derecho en la valoración de la prueba consistente en el documento de promesa de venta visible a folios 3 y 4 del cuaderno de pruebas de la parte demandada, con violación de los artículos 1761, relacionado con el 1759 del Código Civil y 637, 645 y 646, inciso 3o. del Código Judicial, que le asigna el valor de plena prueba a los documentos privados suscritos entre las partes y reconocidas sus firmas notarialmente. Y por la senda de este error de derecho en la estimación probatoria, ha quebrantado el Tribunal, por infracción indirecta, los siguientes preceptos sustantivos: 764, 765, 768, 1509 y 1857 del C. C.; 56 del C. P. y Municipal y 89 de la Ley 153 de 1.887, disposiciones que, se dice, no fueron aplicadas al caso sub judice, sin embargo de que los supuestos de hecho exigían la actuación de esas normas, error producido por falta de estimación probatoria. Además, señala como violados los artículos 946, 965 y 966 del Código Civil, por indebida aplicación.

Dice el recurrente:

"Y el error es de derecho, porque el Tribunal sí analizó la prueba y le imprimió una consecuencia jurídica correcta: la negación de la posesión regular como pórtico para la prescripción ordinaria. Pero la esterilizó no imprimiéndole sino negándole otra consecuencia lógica inexorable: la posesión de mala fe o irregular. Por eso el Tribunal se quedó a medio camino, porque no extrajo de dicho medio probatorio la plenitud de las consecuencias jurídicas queridas por la ley. Sino que de manera aberrante por lo ilógica y antitécnica, le imprimió en lo relativo a la calidad posesoria un efecto jurídico totalmente contrario al asignado por la ley, y totalmente contrario a la conclusión que ya había hecho de que la posesión del demandado no daba entrada a la posesión regular, y por ende a la prescripción ordinaria".

Termina este cargo con la aseveración de que "la sentencia acusada califica simultáneamente la posesión del demandado como de buena y de mala fe, con grave quebranto de las reglas del silogismo judicial".

4o. El opositor a la demanda de casación afirma que el Tribunal sí incurrió en la violación de los artículos 1761, 1759 del Código Civil y 637, 645 y 646, inciso 3o. del Código Judicial, por el error de derecho en la valoración de la prueba documental como lo pretende el recurrente, y sostiene: "la que si es anti-jurídica es la senda que éste hace recorrer a ese error de derecho para el quebrantamiento para el Tribunal de las normas del Código Civil definidoras de la posesión regular, del justo título, de la buena fe, etc., porque siendo Herrera Pardo tenedor y no poseedor de "Julia Isabel" la infracción indirecta fue la del artículo 946 del C. C. lo mismo que la del siguiente 952.

"La consecuencia jurídica correcta que ha debido reconocer el Tribunal a ese contrato de futuro contrato promesa de compraventa, es la prevista en los arts. 1602, 1603 y 1605 del C. C. en relación con el 89 de la ley 153 de 1.887, lo cual significa que su efecto es el de pretensión de cumplimiento o resolución, propia de los contratos bilaterales, prevista en el artículo 1546, ajeno por completo al aspecto de la posesión de mala fe o irregular".

5o. LA CORTE CONSIDERA:

a). La ley protege la buena fe en todas sus manifestaciones como fundamento del orden social y porque es la manera ordinaria de actuar los hombres, a pesar de manifestaciones en contrario; por eso la presume, y, determina que la mala fe se pruebe, salvo cuando la dá por establecida, en casos excepcionales. De ahí que consagre distinto tratamiento para el poseedor de buena fe y para el de mala fe. Las disposiciones del Capítulo 4o. del Título 12 del Libro segundo del C. Civil, que regulan las prestaciones mutuas en los juicios que de manera directa o indirecta obligan a la restitución de la cosa, prevén los distintos supuestos en que el demandado vencido, en el evento de restituir, deba hacerlo según la buena o mala fe de su posesión, para que en modo alguno haya enriquecimiento sin causa o perjuicio injusto sin indemnización.

Para establecer distinto tratamiento frente al poseedor de buena o de mala fe, la ley ha dispuesto que en materia de deterioros, el poseedor de buena fe, no es responsable de los que haya sufrido la cosa, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ello. En cambio el poseedor de mala fe es responsable de los ocurridos por su hecho o culpa. (art. 963). En materia de frutos, el poseedor de buena fe está exento de restituir los percibidos antes de la contestación de la demanda. Sin embargo, el poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa y, no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder (art. 964). En lo que respecta a mejoras, el poseedor de buena fe, tiene derecho a que se le abonen las útiles, mientras que el poseedor de mala fe carece de este derecho, ya que sólo se le permite retirar los materiales de dichas mejoras siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa y que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían los materiales después de separados (art. 966).

En principio, la existencia de un título, así sea meramente putativo, siempre que explique un error excusable, predica una situación de buena fe en el demandado. La ausencia de título se presta generalmente a la situación contraria.

b). El demandado compró unas mejoras a quien no era dueño del inmueble y, en el documento respectivo, aparece que comprador y vendedor reconocen que el terreno pertenece en dominio a la señora viuda de Correa. Posteriormente, los dueños del mismo terreno celebraron contrato de promesa de venta con Herrera Pardo, sin alterar la situación posesoria de éste y sin fijar fecha determinada para el otorgamiento de la escritura, cuestión ésta que se condicionó al pago del último contado del precio convenido. Hubo, por tanto, convalidación de la situación del demandado.

c). El Tribunal tuvo al demandado como de buena fe para el efecto de la restitución de frutos "ya que no hay base en el expediente para apreciar la situación de otra manera". Paladinamente quiso decir que correspondía probar la mala fe a quien la alegase. Y esta situación apreciada por el fallador permanece en el recurso de casación mientras un error de hecho evidente o de derecho no la quebrante. En el expediente figura un contrato de promesa de venta en el cual se reconoció por el prometiente vendedor la situación de que venía gozando el prometiente comprador. Que tal instrumento no demuestre una posesión regular, como bien lo dice el recurrente, es cierto; pero también lo es, que demuestra la buena fe de quien tiene la cosa con el consentimiento expreso del propietario, y, más aún, a ciencia y paciencia, como quiera que la promesa es antecedente al cumplimiento de la obligación traslaticia que el prometiente vendedor adquiere como condición fundamental del contrato de venta.

d). La buena fe es una cuestión de hecho y su apreciación es privativa de los jueces de instancia, y no puede variarse en casación sino por la demostración de error craso o error de derecho, y éste no ha sido demostrado como queda visto.

Segundo cargo. Es este por error de hecho evidente y se lo hace consistir en que el fallador no vió, y por consiguiente no valoró de manera alguna, el elemento probatorio de que dan fe los folios 9 y 10 del cuaderno de pruebas del demandante, o sea el documento privado por medio del cual Tomás Herrera Pardo compró unas mejoras en la finca "Julia Isabel" a Honorio Castañeda Velásquez en el año de 1.944, documento éste del cual fluye nitidamente, según afirmación del recurrente, "la consecuencia de que no hubo buena fe inicial de poseedor. . . ."

Se indican como violados los artículos 764, por infracción indirecta, y, además el 1761, 1759 del C. C. y 637, 645 y 646, que le asignan al documento valor de plena prueba.

Es cierto que la sentencia acusada no hace referencia expresa del documento citado en cuanto no lo menciona de manera directa; pero tanto el fallo de segunda instancia como el de primera se refieren a la época en que el demandado entró en posesión del inmueble "Julia Isabel" (8 de noviembre de 1.944), y con base en esta circunstancia y en el documento promesa de venta celebrado por el demandado con los actores del juicio, configuran su criterio respecto a la buena fe del poseedor. La misma cuestión es materia de uno de los hechos de la demanda inicial del juicio y sobre esto la sentencia hace referencia explícita.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, de fecha quince (15) de marzo de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en este juicio ordinario de Rafael A. Correa Serna y otro contra Tomás Herrera Pardo, sobre reivindicación de un inmueble.

Costas en casación a cargo del recurrente demandante.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L. Secretario

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

OBLIGACIONES

De la índole del objeto depende que sean divisibles o indivisibles. Cuando puede afirmarse error de hecho en la interpretación de un contrato. Las cláusulas son base ineludible para interpretar el pensamiento de los contratantes. Venta por cabida.

1. El error de hecho no es posible dentro de los supuestos planteados en el cargo. Señala como error de hecho la propia calificación del contrato, su denominación jurídica, motivo cardinal de la controversia y materia de las sentencias de primera y segunda instancia.

No importa repetir que la jurisprudencia de la Corte ha dicho que el error de este linaje, "no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino de la existencia del medio con el cual se trata de probarlo" (LXXII. 119). Igualmente ha sostenido que en lo relativo a la interpretación de los contratos, si el recurso plantea solamente cuestiones de hecho, salvo el error craso o de derecho, el fallo se hace inquebrantable en casación. (LXXIX, 91). En la función de interpretar contratos, por razón de la materia, la exigencia es más imperativa y el error de hecho sólo puede afirmarse cuando su presencia en el juicio es una realidad objetiva.

2. Es del caso afirmar, en acuerdo con el recurrente, que los contratos pueden ser susceptibles de interpretación y que el objeto de ésta es fijarles su alcance y contenido; es verdad, igualmente, que el ordenamiento civil contiene normas para guiar la mente del juzgador en el análisis y ponderación de los negocios jurídicos. Verdad también, que los contratos obedecen a un móvil, que se hacen en razón de un estímulo, llámese este como se quiera. Mas esa interpretación no puede cumplirse prescindiendo del contenido material del contrato. Son sus cláusulas, su expresión escrita, base ineludible para interpretar el pensamiento de los contratantes.

3. Decir que en la venta por cabida el móvil del contrato debe ser la extensión superficiaria, no es formular un cargo, sino plantear el problema mismo. Lo importante y decisorio es determinar cuando el negocio se hizo por razón de la cabida y cuál el fundamento para esa interpretación.

El artículo 1887 del C. Civil, establece que una compraventa se entiende efectuada con relación a la cabida, cuando es la extensión del predio el móvil determinante del contrato. Desde luego, no quiere esto decir que solo por fijar la cabida deba entenderse esta como el estímulo determinante del contrato, sino que, si se establece la extensión, en principio, hay un motivo para creer que esa fue la razón del negocio, creencia que puede ratificarse o desvirtuarse según el contenido del mismo contrato o de otros elementos de convicción.

En términos generales, cuando se vende un inmueble, se le designa en el instrumento por su nombre y situación, sin hacer mención de la superficie o cabida, si ésta no ocupa lugar preferente en el propósiro de los contratantes. Pero como puede suceder que éstos precisen el área del inmueble, el vendedor, entonces, contrae la obligaciòn de entregar la superficie declarada, porque la cabida sería el móvil del contrato, "salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor de la cabida que rece el contrato".

La jurisprudencia ha estimado impropia la expresión del artículo 1887, cuando dice que se vende por cabida "siempre que ésta se exprese de cualquier modo en el contrato", porque la sola referencia a ella no caracteriza el contenido de voluntad como quiera que aun expresándola, la venta no puede ser por cabida. Ha afirmado igualmente que las disposiciones que reglamentan la venta de predios rústicos con relación a su cabida, son preceptos de excepción; que la medida aproximada no permite entender que la venta se ha hecho con relación a la cabida, pues ésta, lo mismo que el precio total, debe resultar de los datos del contrato, aparecer determinada o determinable, porque lo aproximado significa indeterminación; que la expresión de una cabida aproximada, no es propiamente una estipulación contractual, porque sobre ella no pueden generarse obligaciones ni derechos; que no siendo posible identificar jurìdicamente el móvil, la referencia a la extensión o tamaño aproximado, es apenas una circunstancia para identificar el inmueble; que las disposiciones del C. Civil que reglamentan la venta de predios rústicos con referencia a su cabida, son preceptos de excepción en cuanto se apartan de de las reglas generales. Pero, también ha sostenido que la cabida es el móvil del contrato cuando se expresa con entera certeza, para que pueda fijar las regulaciones legales que dirigen esa modalidad, porque en tal caso, "absorve toda la expresión del consentimiento condicionado . . . .Sin la cual no es posible determinar el móvil ni darle consecuencias ulteriores en caso de discrepancia con la realidad objetiva" (LVI. 603. LXIII. 93. LXX. 825. LXXVIII. 102).

4. La obligación es divisible o indivisible según tenga o no tenga por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota.

Así, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito, o la de hacer construír una casa, son indivisibles; la de pagar una suma de dinero, divisible (1581).

Según parece, para el Tribunal la obligación es indivisible cuando se vende un inmueble rural por su cabida y divisible cuando la venta es de cuerpo cierto, como si la modalidad en el contrato modificara la sustancia de la cosa vendida. E igualmente parece que la indivisibilidad en el caso de la venta por cabida deduce la de la obligación de restituír el precio.

No obstante las diversas teorías y la reconocida dificultad que ofrece el tema de la divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones, es lo cierto y aceptado por la doctrina contemporánea que la obligación es divisible o indivisible según sea la cosa objeto del contrato, y al diferenciar la indivisibilidad en natural y convencional y de subdividir aquella en absoluta o necesaria y relativa, llegan los doctrinantes a la conclusión de que de la índole del objeto depende que la obligación sea divisible o indivisible.

La obligación de pagar una suma de dinero es por definición legal divisible. Podría convertírsela en indivisible en virtud de convenio entre las partes. La regla en este caso es la de la divisibilidad, la excepción la de la indivisibilidad.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

ANTECEDENTES

1o. Por escritura No. 1371 de 23 de septiembre de 1.957, otorgada en Palmira (V), ante el Notario Segundo, y debidamente registrada, Jorge Garcés Giraldo, en su nombre y, además, en nombre y representación de la sociedad "Central Azucarero Palmira, Limitada", de la cual era Gerente y socio, con la participación de la señora María R. Arellano de Garcès Giraldo, vendió a la sociedad "Hacienda El Rosario S. A.", el inmueble denominado "El Porvenir", comprendido en su totalidad por los linderos expresados en la cláusula quinta.

En el instrumento referido, y como queda dicho, Garcès Giraldo asume dos posiciones: la de vendedor en nombre propio y la de vendedor en calidad de representante de la sociedad "Central Azucarero Palmira, Limitada". La única compradora: la sociedad "Hacienda El Rosario S. A.".

En su calidad personal Garcés Giraldo vendió las partes que integran la hacienda "El Porvenir" y a que se refieren las cláusulas Primera, Segunda, Tercera y parte última aclarativa de la misma escritura 1371 citada. Estas partes o lotes están circunscritos por linderos especiales referidos en la escritura y con las siguientes superficies: 50, 125, 2, 13 y 7 plazas o fanegadas, respectivamente.

En su condición de Gerente de "Central Azucarero Palmira, Limitada", Garcés Giraldo transfiere a favor de la misma sociedad "Hacienda El Rosario S. A.", "el resto de la Hacienda 'El Porvenir', ubicada en el Circuito de Palmira, con una cabida de 326 fanegadas,...".

La cláusula octava es del siguiente tenor:

"Que el precio de esta venta es la cantidad de UN MILLON NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS ($ 1,981.754,oo) moneda corriente, o sea a razón de $ 6.079.oo m/l., por plaza, en el entendimiento de que en el precio total figura no solo el terreno y los cultivos plantados en él, sino todos los derechos que tuviere el dicho inmueble, las edificaciones, maquinarias y demás elementos existentes en él, etc. El dicho precio se ha fijado así: Un millón de pesos ($1.00.000.oo) m/l. por lo transferido por Central Azucarero Palmira Limitada y el saldo, o sea la cantidad de NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS ($ 981.754,oo) m/l. por lo transferido por el exponente Jorge Garcés Giraldo".

2o. Con fundamento en la anterior escritura y porque, después de realizar la mensura de la Hacienda "El Porvenir", no resultaran las 326 plazas estipuladas en el instrumento citado, la sociedad compradora demandó a Garcés Giraldo, personalmente, y a la sociedad "Central Azucarero de Palmira, Limitada" que representa, solidariamente, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"El señor JORGE GARCES GIRALDO, varón mayor y vecino de Palmira, personalmente, y la sociedad limitada domiciliada en Cali "CENTRAL AZUCARERO PALMIRAL IMITADA" representada por su Gerente, Sr. JORGE GARCES GIRALDO deben pagar, solidariamente y en la ciudad de Palmira, por restitución de parte de precio, a la sociedad anónima domiciliapa en Palmira "HACIENDA EL ROSARIO S. A." la cantidad de cuarenta y seis mil ciento cincuenta pesos ($ 46.150.oo), moneda corriente, debiendo hacer los demandados dicho pago dentro de los cinco días siguientes a aquèl en que quede ejecutoriada la providencia en que se haga tal declaración. Esta cantidad representa el valor de siete (7) plazas con cinco mil novecientas diez y ocho (5.918) varas cuadradas, a razón de seis mil setenta y nueve pesos ($ 6.079,oo) mda.cte., cada plaza, que resultan faltarle al predio "El Porvenir", tomando como base la cabida declarada y entregada materialmente por sus vendedores. Es entendido que en la presente acción "Central Azucarero Palmira, Limitada" está representada no sólo por su Gerente, Sr. Jorge Garcès Giraldo, sino también por sus dos únicos y actuales socios Sres. Jorge Garcés Giraldo y Mariana Arellano de Garcés, representada ésta por aquél según las voces del poder a que me he referido, con transcripción de apartes del mismo, en la parte final del hecho sexto de este libelo.

"Los demandados, Sres. Jorge Garcès Giraldo y "Central Azucarero Palmira, Limitada", están solidariamente obligados a pagar en Palmira, a la sociedad demandante, "Hacienda El Rosario S.A." los intereses legales devengados por la cantidad de cuarenta y seis mil ciento cincuenta pesos ($46.150,oo), moneda corriente, desde el dia 26 de septiembre de (1.957), fecha en que ellos recibieron tal cantidad, hasta el día en que ellos la restituyan, es decir, hasta el dia en que verifiquen su pago a la sociedad demandante;

"Los demandados están obligados al pago de las costas de la presente acción en caso de oposición.

"**Petición Subsidiaria:** En caso de que en el curso del presente juicio se probare que la cantidad o superficie de terreno faltante fuere superior o inferior a la superficie dicha de siete plazas con cinco mil novecientos dieciocho (5.918) varas cuadradas, la primera de las precedentes peticiones se hará aumentando o disminuyendo en forma proporcional a lo probado, la cuantía de la condenación que en tal petición se hace y lo mismo también en cuanto al pago de los intereses en cuanto a la cuantía del capital que los devenga".

A la demanda se acompañó el plano de la finca "El Porvenir" y dos copias de las cartas

escritas por la sociedad demandante, en las cuales, además de dar cuenta que de la mensura del inmueble no resultaron las 326 plazas convenidas, ratifica el alcance de la escritura dicha, de que el negocio fue por cabida. El hecho Quinto de la demanda hace capítulo al respecto, no contradicho por la parte demandada.

La controversia, en síntesis, se reduce a saber si la venta fue por cabida o de cuerpo cierto. Si lo primero, los vendedores estarían obligados a entregar el faltante del inmueble vendido, si fuere posible, o restituir el equivalente del precio, y, si la venta fue de cuerpo cierto, desaparecería la obligación restitutoria.

3o. Fue admitida la demanda y se ordenó correr el traslado de rigor. Como Garcés Giraldo no fuera encontrado para cumplir esa diligencia, según los informes que en el expediente aparecen, el Juzgado, por auto de 2 de septiembre de 1.958, le nombró curador ad litem. El 8 del mismo mes Garcés Giraldo se notificó, sin que esta diligencia hubiese sido firmada por el Secretario del Juzgado. Tal acaecimiento, determinó la discusión sobre la nulidad de la notificación. En auto de 29 de septiembre del mismo año, el Juez resolvió que la dicha notificación era "inexistente". Por apelación de la parte demandante, el Tribunal conoció de la providencia y, el 15 de mayo de 1.959, declaró no ser inexistente, ni nula la mencionada notificación de 8 de septiembre y resolvió, en consecuencia, ser válido el traslado de la demanda.

4o. Por sentencia de 6 de septiembre de 1.960, el Juez del conocimiento condenó a los demandados a pagar solidariamente en favor del demandante, con sus respectivos intereses, la suma solicitada en el libelo. Esta sentencia fue apelada por la parte demandada, y, el Tribunal de Cali, en providencia de 24 de agosto de 1.961, la confirmó. El recurso de casación fue interpuesto por la parte vencida en ambas instancias.

5o. La sentencia del Tribunal afirma, fundamentalmente, que la venta fue por cabida y que, al haber confundido en un solo predio lo que fue objeto de las dos ventas y "borrar así la unidad física de las porciones correspondientes a los dos vendedores se creó una obligación contractual indivisible, no solidaria, de conformidad con el artículo 1584 del Código Civil.....".

"Pudiéndose entonces demandar el pago de la obligación indivisible de uno solo de los dos obligados, el efecto es el mismo que si se tratara de una obligación solidaria, de suerte que la condenación de primera instancia, tal como aparece, es procedente".

LA DEMANDA DE CASACION

6o. Sin embargo de encontrarse debidamente fundamentado uno de los cargos de la demanda de casación por error de derecho, es necesario como antecedente, estudiar el reparo que se hace a través de la causal sexta del artículo 520 y el que impugna la sentencia por haber aceptado el fallador que la venta del inmueble fue por cabida.

a). PRIMER CARGO. Lo formula el recurrente a través de la causal sexta y, después de exponer los fundamentos de la impugnación, señala como violados los artículos 308, 312, 321, 448, 450, 455, 484, 494 y 739 del C. de Procedimiento Civil.

SE CONSIDERA:

Al relatar los antecedentes del negocio se hizo referencia a la discusión ocurrida ante el Juzgado sobre la posible nulidad de la notificación de la demanda, la falta de traslado de ésta y la solución dada por el Tribunal en su oportunidad.

Resuelto el problema de la nulidad en instancia, no es posible que ahora se alegue en casación, pues por regla general -según lo tiene dicho la Corte-, "la de que lo referente a las nulidades se discuta y decida dentro del mismo juicio donde surgieron, en pronunciamiento que sobre la existencia o inexistencia de una de las causales de nulidad haga el juez en el curso del proceso, a través de uno de los medios anteriormente anotados, tiene carácter definitivo y obligatorio una vez ejecutoriada la providencia respectiva y, en consecuencia, impide toda nueva discusión en ese particular. Por tal razón, si en el auto que decide el incidente de nulidad propuesto por una de las partes, se declara que no existe la causal alegada,

no puede posteriormente el Juez ponerla en conocimiento de las partes, ni éstas alegarla como causal de casación, puesto que ya se decidió que no existía". (Sentencia de 27 de agosto de 1.963, ordinario de Marco A. Sierra y otros, frente a Enrique Zalamea Lleras, aún no publicada).

Por tanto, el cargo es infundado.

b). En el segundo reparo, basado en la causal primera, se acusa la sentencia por errores de hecho y de derecho. Como error de hecho se indica que el Tribunal hubiera interpretado exegéticamente la frase incidental que fija el precio por plaza, con olvido y menosprecio, dice el recurrente, del conjunto del negocio y consiguiente violación, por omisión, del artículo 1622 del C. Civil.

SE CONSIDERA:

El error de hecho no es posible dentro de los supuestos planteados en el cargo. Señala como error de hecho la propia calificación del contrato, su denominación jurídica, motivo cardinal de la controversia y materia de las sentencias de primera y segunda instancias.

No importa repetir que la jurisprudencia de la Corte ha dicho que el error de este linaje, "no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino de la existencia del medio con el cual se trata de probarlo" (LXXII. 119). Igualmente ha sostenido que en lo relativo a la interpretación de los contratos, si el recurso plantea sólamente cuestiones de hecho, salvo el error craso o de derecho, el fallo se hace inquebrantable en casación. (LXXIX. 91). En la función de interpretar contratos, por razón de la materia, la exigencia es más imperativa y el error de hecho sólo puede afirmarse cuando su presencia en el juicio es una realidad objetiva.

Y no lo es en el caso que se estudia. Por una parte, no se ha discutido la existencia del medio con que se prueba el contrato de compraventa y, por otra, el litigio, de suyo, niega la posibilidad de dicho error, porque lo que se discute es el sentido de determinadas normas del contrato, o sea, si puede tenerse la venta como de cuerpo cierto o si fue por cabida.

La inconducencia del cargo aparece también al pretender discutir sobre si el móvil del convenio fue la cabida del inmueble y, al afirmar que "al interpretar el contrato y aplicar a él las normas sustantivas que considera pertinentes incurre el Tribunal en errores de hecho. . .", como también, al sostener que "este grave error de hecho que aparece de manifiesto en los autos obedece a la interpretación exegética de la frase incidental que fija el precio por plaza. . . .etc.".

c). En cuanto sostiene el recurso que el Tribunal incurrió en error de derecho, por aplicación indebida del artículo 1887 del C. Civil, en virtud de que la venta no fue por cabida sino de cuerpo cierto, es del caso afirmar, en acuerdo con el recurrente, que los contratos pueden ser susceptibles de interpretación y que el objeto de ésta es fijarles su alcance y contenido; como es verdad, igualmente, que el ordenamiento civil contiene normas para guiar la mente del juzgador en el análisis y ponderación de los negocios jurídicos. Verdad también, que los contratos obedecen a un móvil, que se hacen en razón de un estímulo, llámese éste como se quiera. Mas esa interpretación no puede cumplirse prescindiendo del contenido material del contrato. Son sus cláusulas, su expresión escrita, base ineludible para interpretar el pensamiento de los contratantes.

Decir que en la venta por cabida el móvil del contrato debe ser la extensión superficiaria, no es formular un cargo, sino plantear el problema mismo. Lo importante y decisorio es determinar cuándo el negocio se hizo por razón de la cabida y cual el fundamento para esa interpretación.

El artículo 1887 del C. Civil, establece que una compraventa se entiende efectuada con relación a la cabida, cuando es la extensión del predio el móvil determinante del contrato. Desde luego, no quiere esto decir que solo por fijar la cabida deba entenderse ésta como el estímulo determinante del contrato, sino que, si se establece la extensión, en principio, hay un motivo para creer que esa fue la razón del negocio, creencia que puede ratificarse o desvirtuarse según el contenido del mismo contrato o de otros elementos de convicción.

En términos generales, cuando se vende un inmueble, se le designa en el instrumento por su nombre y situación, sin hacer mención de

la superficie o cabida, si ésta no ocupa lugar preferente en el propósito de los contratantes. Pero como puede suceder que èstos precisen el área del inmueble, el vendedor, entonces, contrae la obligación de entregar la superficie declarada, porque la cabida sería el móvil del contrato, "salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor de la cabida que rece el contrato".

La jurisprudencia ha estimado impropia la expresión del artículo 1887, cuando dice que se vende por cabida "siempre que èsta se exprese de cualquier modo en el contrato ", porque la sola referencia a ella no caracteriza el contenido de voluntad como quiera que aún expresándola, la venta no puede ser por cabida. Ha afirmado igualmente que las disposiciones que reglamentan la venta de predios rústicos con relación a su cabida, son preceptos de excepción; que la medida aproximada no permite entender que la venta se ha hecho con relación a la cabida, pues ésta, lo mismo que el precio total, debe resultar de los datos del contrato, aparecer determinada o determinable, porque lo aproximado significa indeterminación; que la expresión de una cabida aproximada, no es propiamente una estipulaciòn contractual, porque sobre ella no pueden generarse obligaciones ni derechos; que no siendo posible identificar jurídicamente el móvil, la referencia a la extensión o tamaño aproximado, es apenas una circunstancia para identificar el inmueble; que las disposiones del C. Civil que reglamentan la venta de predios rústicos con referencia a su cabida, son preceptos de excepción en cuanto se apartan de las reglas generales. Pero, también ha sostenido que la cabida es el móvil del contrato cuando se expresa con entera certeza, para que pueda fijar las regulaciones legales que dirigen esa modalidad, porque en tal caso, "absorve toda la expresión del consentimiento condicionado..... Sin la cual no es posible determinar el móvil ni darle consecuencias ulteriores en caso de discrepancia con la realidad objetiva" (LVI. 603. LXIII. 93. LXX. 825. LXXVIII. 102).

Las estipulaciones del contrato contenido en la escritura 1371, la clara determinación de la extensión vendida (326 plazas), el haber fijado el precio por fanegada o plaza ($6.079.oo) y, haber computado el precio total sobre esta base con relación a las 326 plazas, llevaron al Tribunal a interpretar el contrato como de venta por cabida, sin equivocarse en ello, de conformidad con el artículo 1887 del C. Civil.

d). Entre los varios cargos por error de derecho de la demanda, aparece el siguiente:

"La sentencia acusada viola igualmente los artículos 1581, 1584 y 1896 del C. C. por aplicación indebida, pues los vendedores no contrajeron unidamente una obligación indivisible, ni tiene tal carácter la obligación de entregar la cosa vendida que es de donde emana la de restituir el precio por menor cabida establecida por el artículo 1888, inciso segundo, como tampoco es indivisible ni aún la obligación de sanear desde el momento en que ella se transforma en la de pagar una suma de dinero, que es el prototipo de las obligaciones divisibles, según la definiciòn del artículo 1581. La obligaciòn cuyo cumplimiento ordena a los demandados el fallo recurrido no es consecuencia de sanear la cosa vendida, que pesa sobre el vendedor, sino de la obligación de entregar o transferir la misma cosa. Esta última obligación, la de entregar, que encierra en sí la de restituir el precio por menor cabida, no tiene el carácter de indivisible y por ello es indebida la aplicación al caso del artículo 1584, en relación con el 1581. Pero aún suponiendo que se tratase de la efectividad de la obligación de sanear, que el artículo 1896 declara indivisible, aùn así sería inaplicable este precepto puesto que la demanda versa sobre el pago de una suma de dinero y por esta sola causa la obligación de pagarla es divisible conforme al mismo precepto".

SE CONSIDERA:

A pesar de lo difuso del cargo, es lo cierto que en su parte final ataca la sentencia del Tribunal por haber calificado la obligación de indivisible, en virtud de que lo demandado fue la restitución de parte del precio equivalente al faltante de las plazas dejadas de entregar.

La obligación es divisible o indivisible según tenga o no tenga por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota.

Así, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito, o la de hacer construir una

casa, son indivisibles; la de pagar una suma de dinero, divisible (1581).

Según parece, para el Tribunal la obligación es indivisible cuando se vende un inmueble rural por su cabida y divisible cuando la venta es de cuerpo cierto, como si la modalidad en el contrato modificara la sustancia de la cosa vendida. E igualmente parece que de la indivisibilidad en el caso de la venta por cabida deduce la de la obligación de restituir el precio.

No obstante las diversas teorías y la reconocida dificultad que ofrece el tema de la divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones, es lo cierto y aceptado por la doctrina contemporánea que la obligación es divisible o indivisible según sea la cosa objeto del contrato, y al diferenciar la indivisibilidad en natural y convencional y de subdividir aquella en absoluta o necesaria y relativa, llegan los doctrinantes a la conclusión de que de la índole del objeto depende que la obligación sea divisible o indivisible.

La obligación de pagar una suma de dinero es por definición legal divisible. Podría convertírsela en indivisible en virtud de convenio entre las partes. La regla en este caso es la de la divisibilidad, la excepción la de la indivisibilidad.

La escritura 1371 contiene dos contratos de compraventa: el celebrado personalmente por Jorge Garcés Giraldo, como propietario exclusivo de varios lotes que se distinguieron individualmente por su cabida y linderos y así entregados a la sociedad compradora que declaró recibidos, y el celebrado por el mismo Garcés Giraldo en su condición de Gerente de la sociedad "Central Azucarero Palmira, Limitada", en que se dijo transferir el "resto" del inmueble rural "El Porvenir" con una cabida total de 326 plazas o fanegadas.

De manera que la cuestión objetiva y concreta destaca el hecho de que el faltante en plazas o fanegadas no puede estar en lo vendido por Garcés Giraldo en nombre propio, sino en el "resto" de lo que integra el inmueble "El Porvenir" de propiedad de la sociedad ya mencionada; de donde se deduce que la obligación de restituir el precio, determinadas como quedan las situaciones de los vendedores frente al comprador, no es indivisible como lo sostiene el Tribunal, ni solidaria como lo pretende el libelo, porque la solidaridad no se presume y, en el caso de autos, no aparece ni de la convención ni de la ley. Por tanto, el faltante de siete (7) plazas o fanegadas, 5.918 v2, cuyo equivalente en precio asciende a la suma de $46.150.oo, debe restituirlo únicamente la sociedad "Central Azucarero Palmira, Limitada"; lo cual demuestra la errada aplicación de los artículos citados en el cargo, por parte del sentenciador.

e). La Sala no aboca el estudio de la segunda parte del cargo anterior (no haber probado la parte demandante en pago del precio de la venta), porque esta defensa debió presentarse en instancia y no en casación.

Los razonamientos anteriores determinan la infirmación de la sentencia del Tribunal y la revocatoria de la de primer grado.

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 Cali, de fecha vienticuatro (24) de agosto de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en este juicio ordinario propuesto por "Hacienda El Rosario S. A." contra Jorge Garcés Giraldo y "Central Azucarero Palmira, Limitada", sobre restitución de una suma de dinero, REVOCA la del Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira, de fecha seis (6) de septiembre de mil novecientos sesenta (1.960) y, como tribunal de instancia,

FALLA:

1o. CONDENASE a la Sociedad "Central Azucarero Palmira, Limitada", representada por su Gerente señor Jorge Garcés Giraldo, a pagar a la sociedad "Hacienda El Rosario S. A.", en su domicilio (Palmira), la cantidad de CUARENTA Y SEIS MIL, CIENTO CINCUENTA PESOS ($ 46.150.oo) m. l., con sus intereses legales desde la fecha de la escritura 1371 hasta que se cancele esta obligación, pago que se verificará dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento que profiera el Juzgado.

2o. ABSUELVESE al señor Jorge Garcés Giraldo, personalmente, de los cargos formulados en la demanda.

3o. CONDENASE a la sociedad "Central Azucarero Palmira, Limitada", al pago de las costas en las instancias, en un cincuenta por ciento (50%).

Sin costas en el presente recurso.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario

CASACION

En el recurso no es suficiente presentar un criterio distinto al del juzgador. La posesión no es materia sujeta a peritación.- Legitimatio ad causam.

1. En el ataque al fallo del Tribunal no es suficiente presentar un criterio distinto al del juzgador, ni señalarle caminos de discernimiento, sino, concretamente, mostrar el error de hecho ostensible, si de esto se trata, o demostrar el de derecho por el desvío en la ponderación de la prueba en relación con las normas de la tarifa que consagran su valor.

2. La posesión entraña un problema jurídico que no es materia sujeta a la peritación, sino tema de calificación del Juez.

3. Resulta improcedente pretender en casación, sin haberse tratado esa cuestión en las instancias que, por "ausencia de prueba de la legitimatio ad causam en el demandado", ya que el Tribunal no se inhibió, lo haga la Corte.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1o. Para obtener la declaración de pertenencia a que se refiere la Ley 120 de 1.928 y con la aclaración de acogerse a la Ley 50 de 1.936, sin embargo de haber principiado su posesión en 1.928, Benjamín Agudelo Romero, inició juicio ordinario frente a la sociedad "Urbanización Autopista, Lago de Chapinero Ltda.", para que se lo declare dueño del inmueble referido en el aparte a) de las peticiones de la demanda, se ordene inscribir la sentencia en la Oficina respectiva y se condene en costas a la parte demandada.

Esta contestó el libelo negando la posesión afirmada por el demandante y, explica que tuvo el predio y otro contiguo a título de arrendatario.

El Juez Séptimo Civil del Circuito Bogotá, a quien correspondió el conocimiento del negocio, resolvió favorablemente las peticiones del demandante; empero, el Tribunal, que conoció por apelación propuesta por el demandado, revocó el fallo de primera instancia y denegó las peticiones de la demanda.

2o. La sentencia del Tribunal, acusada en casación por el demandante, parte como de verdad indiscutible, "que el lote de terreno materia de la demanda se halla en poder del demandante, pues así se estableció en la diligencia de inspección ocular y lo ha aceptado la sociedad demandada. Por consiguiente, la existencia del elemento material de la posesión, el corpus, se halla plenamente demostrado".

Y agrega:

"La discrepancia entre las partes surge realmente con el elemento sicológico, pues al paso que el actor afirma categóricamente haber poseído el inmueble de que se trata con ánimo de señor y dueño, sin reconocer dominio ajeno, la sociedad demandada sostiene que Benjamín Agudelo es un simple tenedor desde luego que celebró un contrato de arrendamiento referente a dicho inmueble".

"Importa, de consiguiente -continúa el Tribunal-, establecer si el actor cumplió cabalmente con la carga probatoria de demostrar su condición de poseedor, acreditando su ànimo de

señor y dueño en la forma prescrita por el artículo 981 del C. C .....".

En desarrollo de este concepto procede el juzgador al estudio de la prueba testimonial, de la que desestima, como lo hizo el juez a quo, las declaraciones de Fernando Madero y Diogracias Herrera, por indeterminadas y por no reunir las condiciones exigidas por el artículo 688 del C. J. Y, en cuanto a los testimonios de Jorge Patiño y Carlos Julio Quintero, los encuentra "en abierta contradicción con la realidad de los hechos" y carentes, por eso, "de todo poder de convicción", en razón de que esos testigos afirman la posesión del demandante en el "predio" llamado Lago de Chapinero, "y acontece que el lote de terreno materia de la demanda y que se halla en poder del demandante no es el globo general sino una parte pequeña del mismo, tal como se afirma en el libelo y se acreditó en este proceso".

Concluye el Tribunal:

"Síguese de lo dicho que la prueba testimonial allegada por el actor es ineficaz, dadas las fallas de que adolece, para acreditar la posesión veintenaria alegada por él como fundamento de su acción de pertenencia. Y como los otros medios de prueba aportados al proceso tales como la inspección ocular, el dictamen pericial y las copias tomadas del juicio de lanzamiento seguido contra Agudelo, sólo demuestran que el lote de terreno descrito en la demanda está en poder del demandante, pero no que éste lo tenga con ánimo de señor y dueño, ni en el supuesto de que fuera poseedor, que su posesión se remonta a veinte años, se llega a la conclución de que por no haber cumplido el actor con el **onus probandi** de acreditar que tenía materialmente el inmueble de que se trata, con ánimo de señor y dueño, durante veinte años, su pretensión no puede recibir despacho favorable".

3o. La demanda de casación, en su capítulo III impugna la sentencia recurrida por error de derecho en la apreciación de las pruebas y en el IV solicita que como no se ha demostrado la legitimación en causa de la parte demandada, "que al demandante le corresponde probar", la Corte debe inhibirse de conocimiento y así debe declararlo.

En cuanto a lo primero, luego de transcribir las declaraciones estudiadas por el Tribunal, expone el recurrente su propio criterio de valoración, desde luego distinto al del fallador. Y en lo que respecta a los testimonios de Fernando Madero y Deogracias Herrera que Juzgado y Tribunal rechazaron, por lo que antes se dejó dicho, ensaya su propia interpretación, con el objeto de demostrar error de derecho. Lo mismo acontece con el dictamen pericial al que atribuye valor probatorio capaz de demostrar la posesión del demandante en orden al éxito de sus pretensiones. Y concluye así:

"El error de derecho en la estimación probatoria, examinado en este capítulo es objetivo, toda vez que sólo es necesario observar los medios de prueba relacionados, para inferir que el Tribunal, los desarticuló, los separó y les atribuyó una significación distinta a su verdadero sentido, en contra de la tarifa legal. En resumen acuso el fallo objeto de este recurso, por violación de los artículos 661, 662, 663, 664, 688, 697, 722 del Código Judicial, y por el quebrantamiento indirecto de las siguientes normas sustanciales: Arts. 762, 780, 981, 2512, 2518, 2522, 2531 y 2533 del Código Civil. Ley 120 de 1.928".

4o. La Corte considera que el cargo carece de fundamento. Cuando se ataca el fallo de Tribunal por medio de censura como la preinserta, no es suficiente presentar un criterio distinto al del juzgador, ni señalarle caminos de discernimiento, sino, concretamente, mostrar el error de hecho ostensible, si de éste se trata, o demostrar el de derecho por el desvió en la ponderación de la prueba en relación con las normas de la tarifa que consagran su valor. Y esto no se ha logrado por el recurrente, en razón de que las declaraciones que obran en el juicio no tienen virtud para probar la posesión veintenaria del lote o solar singularizado a que se refiere la demanda, sino que se refieren a la posesión del "Lago Chapinero" o "Parque de Gaitán", tierra que no es objeto de la controversia y cuestión contradicha por la realidad de los hechos, como lo anota el Tribunal. Las declaraciones traídas al proceso, adolecen de imprecisión. Ninguno de los testigos pudo decir qué es lo que concretamente ha poseído el demandante, aspecto fundamental en cuanto elemento cons-

titutivo de la pretensión y sin el cual no podía declararse la usucapión en su favor.

El recurrente indica como error del Tribunal no haber dado al concepto pericial valor de prueba para demostrar la posesión del demandante olvidando, que esta cuestión de la posesión entraña un problema jurídico que no es materia sujeta a peritación, sino tema de calificación del Juez.

5o. El capítulo IV de la inpugnación, contiene una censura improcedente. Pretende, sin haberse tratado ese tema en las instancias que, por "ausencia de prueba de la legitimación ad-causan en el demandado", ya que el Tribunal no se inhibió, lo haga la Corte. Y quien pretende esto es precisamente el demandante en el juicio y en el recurso.

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 de Bogotá, de fecha trece (13) de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente juicio ordinario seguido por Benjamín Agudelo Romero contra "Urbanización Autopista, Lago Chapinero Ltda.", sobre dominio de un lote de terreno.

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. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. Ricardo Ramírez L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

La fijada en la demanda sin objeción alguna, gobierna todas las etapas del juicio. El señalamiento de la cuantía en un mínimo o máximo ciertos no ofrece motivo de duda y no puede luégo modificarse por avalúo pericial.

1. No se escapa a la Corte el hecho de que su doctrina sobre la cuantía del juicio ha adolecido un tanto de imprecisión y sufrido variaciones de importancia, pero sucede que en medio de esas mudanzas ha prevalecido el concepto de que la cuantía de la acción señalada por el demandante y no objetada por el demandado, constituye uno de los factores de la relación jurídico-procesal que regulan el desarrollo del litigio desde su iniciación hasta cuando concluye en forma definitiva. Al respecto, pueden verse, entre otros, los autos de 11 de febrero y 15 de julio de 1.938 (XLVI, págs. 114 y 726) de 30 de agosto y 20 de noviembre de 1.940 (L., págs. 11 y 455), y el proveído de 21 de enero de 1.960 (XCII, 2221, 56).

2. La determinación de la cuantía mediante justiprecio pericial para los efectos del recurso de casación, no procede sino cuando esa cuantía, a juicio del Tribunal, ofrece verdadero motivo de duda, según los términos del art. 524 del C. Judicial; pero cuando ella, desde la iniciación del proceso, es señalada por el actor, sin objeción del demandado, en una cantidad determinada o en un mínimo y máximo ciertos, no puede ser puesta en duda ni modificada más tarde mediante avalúo de peritos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotà, D. E., febrero veinte de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Enrique López de la Pavá).

Ante el juez Civil del Circuito de Cáqueza el señor Ricardo Varelà Almanza demandó al señor Ignacio Torres Turriago para que se decretara la reivindicación de un fundo rústico llamado "Los Cámbulos", ubicado en jurisdicción del Municipio de Fómeque. En su demanda expresó el actor que estimaba la cuantía de la acción en suma mayor de dos mil ($2.000.oo) pesos y menor de ocho mil ($8.000.oo) pesos.

El primer grado del negocio concluyó con sentencia favorable a las pretensiones del demandante, pero, apelado ese fallo por el demandado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo revocó y en su lugar denegó todas las sùplicas de la demanda y absolvió al apelante por sentencia de 28 de septiembre de 1.963.

Contra la decisión de segundo grado recurrió en casación la parte demandante, mas el Tribunal, por auto de 14 de noviembre de 1.963, denegó el otorgamiento de ese recurso por motivo de que la cuantía señalada en la demanda es inferior a la que se requiere para la procedencia del mismo recurso.

El recurrente pidió reposición del proveído mencionado y en subsidio solicitó copia de las piezas pertinentes para recurrir de hecho. Denegada también la reposición, se expidieron y han llegado a la Corte las copias expresadas para los efectos del recurso de hecho.

En orden a resolver este recurso se considera:

Es innegable que el demandante al iniciar la litis señaló en más de dos mil y en menos de ocho mil pesos la cuantía de la acción, pero el recurrente de hecho alega ahora que, a pesar de ello, no se conoce el verdadero valor

del inmueble que es objeto del mismo juicio y que por este aspecto hay un motivo de duda sobre la cuantía real del negocio. Arguye también que en algunas ocasiones la Corte ha sostenido que la fijación de la cuantía hecha por el actor, sin objeción del demandado, no convierte esa cuantia en intocable y definitiva, y además que ella sòlo tiene por finalidad determinar la competencia del Juez y nada tiene que ver con la cuantía exigida por la ley para hacer viable el recurso de casación.

No se escapa a la Corte el hecho de que su doctrina sobre este punto ha adolecido un tanto de imprecisión y sufrido variaciones de importancia, pero sucede que en medio de esas mudanzas ha prevalecido el concepto de que la cuantia de la acción señalada por el demandante y no objetada por el demandado, constituye uno de los factores de la relación jurídico-procesal que regulan el desarrollo del litigio desde su iniciación hasta cuando concluye en forma definitiva. Así, por ejemplo, en autos de 11 de febrero y 15 de julio de 1.938 (XLVI, págs. 114 y 726), de 30 de agosto y 20 de noviembre de 1.940 (L, págs. 11 y 455), expresó la Corte que la fijación de la cuantía en suma determinada hecha por el actor, sin objeción del demandado, es intocable, rige para todos los efectos del juicio, incluso el recurso de casación, y no ofrece motivo de duda para someterla al justiprecio de peritos. Y en proveído de 21 de enero de 1.960 dijo la misma Corte: "Ciertamente, en los casos de acción apreciable por su naturaleza en dinero, no cabe dar entrada al avalúo pericial de la demanda, de que trata el artículo 524 del Código Judicial, a efecto de determinar la viabilidad del recurso de casación, sino cuando, como lo prescribe el mismo texto, "haya verdadero motivo de duda acerca de este punto". Pero, cuando por el demandante, sin contradicción del demandado, se ha fijado de modo preciso en el libelo el valor pecuniario de la acción, entonces esa determinación de la cuantía queda comprendida en la relación jurídico-procesal, que gobierna todos los horizontes de la contienda. Si tal fijación tiene la trascendental consecuencia de determinar la competencia del juzgador, cuando ésta no se rige por imperativos que descartan la consideración pecuniaria, siendo la cuestión de competencia punto de orden público, no se advierte qué motivo divergente pudiera haber para que el señalamiento de la precisa cuantía de la acción hecho por el actor y aceptado por el reo al no objetarlo, no haya de operar para definir afirmativa o negativamente la posibilidad de entrada al recurso de casación. La cuantia es una, como es una la causa de que es parte este recurso extraordinario. Y si los litigantes circunscribieron el campo del pleito a los confines de determinada cuantía, tuvieron que prever todas las consecuencias procesales de su determinación y, por lo tanto, se sometieron de antemano a las mismas" (XCII- 2221, 56).

La determinación de la cuantia mediante justiprecio pericial para los efectos del recurso de casación, no procede sino cuando esa cuantia, a juicio del Tribunal, ofrece verdadero motivo de duda, según los términos del art. 524 del C. Judicial; pero cuando ella, desde la iniciación del proceso, es señalada por el actor, sin objeción del demandado, en una cantidad determinada o en un mínimo y máximo ciertos, no puede ser puesta en duda ni modificada más tarde mediante avalúo de peritos. Tal el caso que ocurre en el presente negocio, en el cual el demandante, sin contradicción del demandado, fijó un mínimo y un máximo de la cuantia de su acción, y en que por este motivo ninguna duda cabe sobre ella. Siendo ese máximo inferior a la cuantía necesaria para recurrir en casación, síguese que en este caso no es admisible el recurso interpuesto y que el Tribunal obró conforme a derecho al denegar la concesión de dicho recurso.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, DECLARA BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de veintiocho de septiembre de mil novecientos sesenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario sobre reivindicación del señor Ricardo Varela Almanza contra el señor Ignacio Torres Turriago.

Transcríbase esta providencia al Tribunal sentenciador para su conocimiento y para que se agregue a los autos.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívense las diligencias.

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón. Enrique López de la Pava.- Enrique Coral Velasco.- José Hernández Arbeláez - Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Se ratifica la doctrina referente a que el vencimiento del período que otorga el artículo 758 del Código Judicial no precluye la incorporación de pruebas al proceso, cuando su no práctica o la demora en ella, no obedezcan a culpa de la parte interesada. Relaciones sexuales. Tesis revaluada y recogida actualmente en relación con la configuración de esta causal. Autonomía del sentenciador en la apreciación de la prueba indiciaria.

1. Con base en lo preceptuado por el numeral 3o. del art. 597 del C. Judicial sostuvo en un principio la Corte la necesidad de pedir, practicar e incorporar al proceso las pruebas antes de la citación para sentencia a fin de poder apreciar su mérito demostrativo, con la sola salvedad de las que se evacuan o agregan inoportunamente en primera instancia, las cuales sirven para ser estimadas por el Superior que llega a conocer del negocio por apelación o consulta, según lo prescribe el art. 598 ibídem (Cas. de julio 4 de 1.951, LXX, 2103-2104, 28 y 29). Pero más tarde, en casación de 11 de junio de 1.952, modificó parcialmente esta doctrina sustentando la tesis que ahora se ratifica de que, pedidas y practicadas oportunamente las pruebas en segunda instancia, su allegamiento o incorporación al proceso después de ejecutoriado el auto de citación para sentencia, pero antes de proferirse ésta, no es obstáculo para considerarlas como parte del mismo proceso y para apreciar su valor probatorio, siempre que la demora no haya obedecido a culpa del interesado en su aducción (LXXII, 2116-2117, 426 y 427). Con ello no se desconocen los requisitos de contradicción y publicidad de las pruebas ni el principio procesal de la eventualidad, satisfechos con la petición y práctica oportunas de dichas pruebas, y antes se atiende también a la finalidad de las normas procedimentales y probatorias que consagra el art. 472 del C. Judicial y a la aplicación del aforismo probationes non sunt coartandae.

2. Es tesis actualmente revaluada y recogida la expuesta en casación de 17 de febrero de 1.947 (LXIII, 2057, 682), en que se sostuvo que las relaciones sexuales, estables y notorias, de que habla el ordinal 4o. del art. 4o. de la Ley 45 de 1.936, "han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio" y no una situación irregular más amplia que ese concubinato.

3. En relación con la prueba indirecta o de indicios es doctrina constante de la Corte que la apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que esos indicios guarden entre sí y con el hecho que se pretende comprobar, corresponde de modo exclusivo a la conciencia y discernimiento del sentenciador de mérito, quien es por lo tanto el llamado a asignarle a tal prueba el valor demostrativo que su convicción íntima le inspire y sin que su juicio pueda ser variado en casación, salvo en los casos exepcionales y raros en que esa inferencia raye en lo absurdo por contraria al sentido común o a los fenómenos naturales o por ser el resultado de un error manifiesto de hecho o de un error de derecho en la estimación de las probanzas concernientes a los propios hechos indicativos o indiciarios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, D. E. febrero veinte de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Ante el Juez del Circuito de Roldanillo la señora Aura Rosa Franco, obrando como madre de los menores Hélida y Edgar Franco, demandó por medio de apoderado a la señora Ma-

ria Palacios viuda de Molina y a los menores Garbelli, Zeida, William, Libia y Hernán Molina Palacios, en su calidad la primera de cónyuge sobreviviente del señor Dorancé Molina y los otros en su condición de hijos legítimos y herederos del mismo causante, para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran las declaraciones de que los nombrados Hèlida y Edgar Franco son hijos naturales y herederos del expresado Dorancé Molina y de que los demandados deben restituirles por tanto la cuota parte de bienes que les corresponde como legitimarios en la sucesión del citado Molina.

Los hechos principales de la demanda pueden condensarsen expresando que el señor Dorancé Molina falleció en la población de Versalles en el mes de mayo de 1.957, que durante los últimos cinco años de su vida el mismo Molina mantuvo relaciones sexuales, estables y notorias, con la señora Aura Rosa Franco y que como fruto de esas relaciones nacieron los menores Hélida y Edgar Franco.

Los demandados contestaron la demanda y en su respuesta se opusieron a las pretensiones de los actores y negaron la mayoría de los hechos expuestos en ella.

El primer grado del juicio concluyó con sentencia absolutoria de los demandados y con costas a cargo de la parte actora.

LA SENTENCIA ACUSADA

Abierta y surtida la segunda instancia por apelación de los demandantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga profirió el fallo de primero de diciembre de 1.960, por el cual se revocó el de primer grado y en su lugar se hicieron estas declaraciones:

2o. Los menores Hélida Franco y Edgar Franco son hijos naturales del señor Dorancé Molina, quien fue vecino del Municipio de Versalles (V.) y fallecido en este mismo Municipio el 26 de mayo de 1.957. Dése cumplimiento al art. 370 del Código Civil.

3o. En consecuencia, los expresados menores Hélida Franco y Edgar Franco son herederos legitimarios del señor Dorancé Molina, en calidad de hijos naturales, con una cuota hereditaria, cada uno, igual a la mitad de la que corresponde a los hijos légitimos del mismo causante, Garbelli, Zeida, William, Libia y Hernán Molina Palacios, y, en concurrencia con éstos, los expresados hijos naturales tienen derecho, en la expresada proporción legal, sobre los bienes que a los citados demandados fueron adjudicados en la partición de la herencia del citado causante, señor Dorancè Molina, conforme al juicio sucesorio tramitado ante el Juzgado Civil del Circuito de Roldanillo y que se protocolizó ante el Notario Público de Roldanillo por medio de la Escritura número 799, de 21 de noviembre de 1.958.

4o. No hay lugar a formular la declaración tercera suplicada en el escrito de demanda.

"Costas del juicio a cargo de la parte demandada".

La motivación de la sentencia se inicia anotando que la acción de estado que en este caso se ejercita, tiene por fundamento la causal de relaciones sexuales que consagra el ordinal 4o. del art. 4o. de la Ley 45 de 1.936, y expresando que, conforme a la jurisprudencia, esas relaciones deben configurar un estado de concubinato y ofrecer por tanto las calidades de notoriedad y estabilidad que exige la ley, características èstas que entrañan la realización de hecho o actos que repercutan en el medio social de los concubinos. De esta suerte el análisis de las probanzas ha de hacerse con el criterio de buscar en cada una de ellas y en su conjunto los elementos o factores constitutivos de tales relaciones y de sus calidades de estables y notorias.

Establecido así el criterio de apreciación de las pruebas, el fallo cita y transcribe en parte los testimonios de los señores Gerardo López, Juan Giraldo, Antonio Trujillo, Zoraida Villegas de Gutiérrez, Julio César Ríos, Oscar López Dávila, Aurelio Enrique Gutiérrez y Sabino Millán. Luego dice la misma sentencia:

"Del examen individual de los testimonios allegados por la parte demandante en pro de sus afirmaciones como también de la apreciación en conjunto de ese haz probatorio, la Sala estima que mediante aquel medio probatorio ha acreditado en forma plena. que desempeñando Aura Rosa Franco las funciones de Directora de la Escuela rural de la Camelia, del Municipio de Versalles, fue destituída de dicho cargo a virtud del conocimiento público de sus relaciones sexuales en el año de 1.952 con el

señor Dorancé Molina; que a raiz de esa destitución, en ese mismo año, este último dio estabilidad a esas relaciones organizando su convivencia con la Franco en su hacienda llamada La Zúlia; que esas relaciones sexuales, con convivencia bajo un mismo techo, se prolongaron sin solución de continuidad tanto en aquella hacienda como posteriormente en la hacienda llamada La Peña, de propiedad del mismo Molina, ubicada en el Municipio de Bolívar, y por último, que tales relaciones sexuales se cumplieron innegablemente bajo los signos de notoriedad, regularidad y continuidad desde el año de 1.952 hasta el fallecimiento del señor Dorancè Molina el día 26 de mayo de 1.957.

De lo anterior se sigue que si aquel acervo probatorio allegado al juicio por la parte demandante, estimado bajo un criterio de celo y severidad y el principio establecido por el art. 697 del C. J., en sentir de la Sala deja establecido el hecho de las relaciones sexuales que de manera estable y notoria tuvieron lugar entre Dorancé Molina y Aura Rosa Franco dentro del límite temporal preciso corrido desde el año de 1.952 hasta el 26 de mayo de 1.957, y si, por otra parte, no se opuso afirmación alguna ni menos se probó ningún hecho relativo a la conducta infiel de la segunda para con el primero, pues, al contrario, del mismo acervo probatorio resulta que aquella guardó buena conducta e igual fidelidad, conclúyese entonces que están probados los hechos que contribuyeron estrictamente a construir la presunción de paternidad natural del expresado señor Dorancé Molina respecto de los hijos concebidos por la demandante, señora Aura Rosa Franco, y nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron, según las voces del ord. 4o del art. 4o. de la ley 45 de 1.936, norma que la actora citó en su apoyo.

"Se ha probado que el señor Dorancé Molina falleció el 26 de mayo de 1.957 y resulta también que la menor Hélida Franco nació el día 30 de octubre de 1.955 y que el menor Edgar Franco nació el 13 de febrero de 1.958..... En consecuencia, si, como es obvio, la menor Hélida Franco nació dentro del lapso en que tuvieron ocurrencia las relaciones sexuales, notorias y estables, afirmadas en la demanda de filiación, y si el menor Edgar Franco nació doscientos sesenta y tres (263) días después del día del fallecimiento trágico del señor Dorancé Molina, o sea, dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que por tal fallecimiento tenían que cesar aquellas relaciones sexuales, con aplicación clara y extricta del citado ord. 4o. del art. 4o. de la ley 45 de 1.936, deberá prosperar la declaración de filiación natural de aquellos menores respecto del dicho señor Molina, como fue suplicado en el escrito de demanda".

LA IMPUGNACION

Contra la sentencia de segundo grado recurrió en casación la parte demandada y, con fundamento en la primera de las causales que establece el art. 520 del C. Judicial, la misma parte formula contra ese fallo los tres siguientes cargos que la Corte procede a examinar, advirtiendo que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

Primer Cargo. Se hace consistir en la violación indirecta del ordinal 4o. del art. 4o. de la Ley 45 de 1.936, a causa de error de derecho en la apreciación de unos testimonios. Como norma probatoria infringida se señala el art. 587 del C. Judicial.

En desarrollo de este cargo dice el impugnante que la sentencia incurrió en error de derecho al apreciar las declaraciones de Zoraida Villegas de Gutiérrez y de Aurelio Enrique Gutiérrez, las cuales llegaron extemporáneamente al proceso, y que por tanto quebrantó el art. 597 del C. Judicial que prohibe considerar pruebas practicadas después de la citación para sentencia. "En efecto -expresa la demanda- las declaraciones de los testigos mencionados, así como otros testimonios, llegaron al juicio el 20 de octubre de 1.959, varios días después de que se había pronunciado el auto de 2 de octubre que citó a las partes para la sentencia y señaló día para la audiencia, auto notificado el 6 de los mismos, folio 63 v. del cuaderno principal. Inclusive ya se había realizado la audiencia el 9 de octubre cuando esas declaraciones aparecieron en el juicio, el cual hacía días había pasado al despacho del Magistrado ponente para sentencia.

"De manera que el Tribunal hizo mal en acudir al auxilio de unas declaraciones que

carecen de toda validez en el proceso por imperio de la disposición citada, cuya violación hizo caer al Tribunal en la violación indirecta del ordinal 4o. del artículo 4o. de la Ley 45 de 1.936, que autoriza la causal de filiación natural invocada en la demanda, pero por razón de lo expuesto fue mal acogida por el Tribunal".

LA CORTE CONSIDERA:

En primera instancia se solicitó por los demandantes la recepcion de varios testimonios, entre ellos los de Aurelio Enrique Gutiérrez y Zoraida Villegas de Gutiérrez, pero esa prueba no se practicó entonces. Más tarde, en segundo grado, se pidió y decretó la apertura a prueba del negocio, así como la recepción de las mismas declaraciones. Para practicar esta prueba se comisionó al Juez del Circuito de Tuluá, lugar de la residencia de los testigos. Los testimonios se recibieron por el Juez comisionado el 17 de septiembre de 1.959 y llegaron al juicio el 20 de octubre siguiente. En el proceso se citó para sentencia por auto de dos de octubre de 1.956 y se llevó a cabo la audiencia el nueve del mismo mes.

Como se ve, las declaraciones de los testigos Gutiérrez y Villegas se recibieron antes de la citación para sentencia, pero no llegaron ni fueron incorporadas al juicio sino después de la ejecutoria del proveído que ordenó esa citación. El art. 597 del C. Judicial dispone que para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso: "3o. Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiere tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión". Con base en este precepto sostuvo en un principio la Corte la necesidad de pedir, practicar e incorporar al proceso las pruebas antes de la citación para sentencia a fin de poder apreciar su mérito demostrativo, con la sola salvedad de las que se evacuan o agregan inoportunamente en primera instancia, las cuales sirven para ser estimadas por el Superior que llega a conocer del negocio por apelación o consulta, según lo prescribe el art. 598 **ibídem** (Cas. de julio 4 de 1.951 -LXX- 2103-2104, 28 y 29). Pero más tarde, en casación de 11 de junio de 1.952, modificó parcialmente esta doctrina sustentando la tesis que ahora se ratifica de que, pedidas y practicadas oportunamente las pruebas en segunda instancia, su allegamiento o incorporación al proceso, después de ejecutoriado el auto de citación para sentencia, pero antes de proferirse ésta, no es obstáculo para considerarlas como parte del mismo proceso y para apreciar su valor probatorio, siempre que la demora no haya obedecido a culpa del interesado en su aducción (LXXII- 2116-2117, 426 y 427). Con ello no se desconocen los requisitos de contradicción y publicidad de las pruebas ni el principio procesal de la eventualidad, satisfechos con la petición y práctica oportunas de dichas pruebas, y antes se atiende también a la finalidad de las normas procedimentales y probatorias que consagra el art. 472 del C. Judicial y a la aplicación del aforismo **probationes non sunt coartandae.**

Conforme a esta doctrina, los testimonios de los señores Zoraida Villegas de Gutiérrez y Aurelio Enrique Gutiérrez, recibidos antes, pero incorporados en el juicio después de la citación para sentencia, llegaron a formar parte del mismo proceso y podían ser apreciados por el sentenciador, como en efecto lo fueron. De manera que por este aspecto ningún error de derecho puede atribuirse a la sentencia por haber admitido esas pruebas y ponderado su mérito demostrativo. El cargo no puede por tanto prosperar.

Segundo Cargo. Versa sobre la violación indirecta del ordinal 4o. del art. 4o. de la Ley 45 de 1.936, a causa de error evidente de hecho en la apreciación de los testimonios de Gerardo Lòpez, José Giraldo y Antonio Trujillo.

Sobre este particular dice el recurrente que la sentencia le atribuye especial significación al testimonio de Gerardo López y que, asociándolo con los de José Giraldo y Antonio Trujillo, encuentra en ellos la prueba plena de que las relaciones sexuales, estables y notorias, entre Dorancé Molina y Aura Rosa Franco se iniciaron en el año de 1.952; pero que la sola lectura de los pasajes que de esas declaraciones se transcriben, muestra con evidencia que tales pruebas no acreditan el indicio que el fallo tiene por establecido.

Como la causal de relaciones sexuales se infiere de indicios y presunciones y como es-

ta prueba es demasiado débil, debe ella en todo caso ofrecer "soportes de vigorosa potencia demostrativa, como lo dispone el artículo 666 del C. J.". Por ello cuando se trata de la valoración de indicios, lo primero que ha de analizarse es si cada uno de ellos aparece satisfactoriamente comprobado y establecer luego su conexión para determinar si en su conjunto constituyen en realidad la prueba que se pretende existir. De aquí que en casación la censura contra la prueba indiciaria pueda formularse por error de hecho o de derecho y que se encamine a poner de relieve la forma irregular como se atribuye eficacia legal a una prueba que en verdad no existe por carecer del contenido material que le ha asignado el fallador.

En el caso presente, según el recurso, sucede que el testigo Gerardo López no da cuenta sino de simples referencias de otras personas o de lo que se llama chismes de vecindario, es decir, de versiones que corren de boca en boca. Lo dicho por el declarante Antonio Trujillo no significa nada en orden a demostrar ninguna circunstancia indicativa de la iniciación de las relaciones sexuales entre Dorancé Molina y Aura Rosa Franco. Y lo mismo puede afirmarse del testimonio de José Giraldo, quien no explica la manera como tuvo conocimiento de lo que afirma, y ello porque se ciñe a contestar el interrogario que se le formuló. "Las tres declaraciones, pues - dice el impugnante- están desprovistas de toda fuerza encaminada a acreditar el hecho indiciario que le sirvió de punto de partida al Tribunal para crear la deducción que formuló".

El recurrente concluye la exposición de este cargo con una censura general contra la prueba de testimonio, especialmente en materia de filiación natural.

Tercer cargo. Consiste también en el quebranto indirecto del ordinal 4o. del art. 4o. de la Ley 45 de 1.936, a causa de error evidente de hecho en la apreciación de las declaraciones de Julio César Ríos, Oscar López Dávila y Sabino Millán.

Para sustentar este cargo afirma el impugnante que "al igual que en el caso anterior las declaraciones de los testigos citados tampoco fundamentan ningún hecho con virtualidad suficiente para edificar en él ningún indicio. Estos testigos, según las transcripciones que hace el Tribunal, sólo relatan hechos aislados, como haber visto a la señora Aura Rosa en la casa de la hacienda de La Zulia, impartiendo órdenes y manejando dineros como si se tratara de un administrador. Este único factor es insuficiente en orden a producir ninguna presunción. Menos la de relaciones sexuales, estables y notorias, entre Dorancé Molina y la madre de los menores en cuyo nombre se intenta la demanda".

El recurso transcribe varios pasos de la casación de 17 de febrero de 1.947 (LXIII-. 2057, 682), en que se sostuvo la tesis -actualmente revaluada y recogida- de que las relaciones sexuales, estables y notorias, de que habla el ordinal 4o. del art. 4o. de la Ley 45 de 1.936, "han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio" y no una situación irregular más amplia que ese concubinato, y afirma luego que la paternidad natural respaldada en esta causal de relaciones sexuales tiene su fundamento en el art. 92 del C. Civil, al igual que en el matrimonio, con la diferencia de que, en punto de filiación natural, primero deben acreditarse tales relaciones en determinado tiempo y aplicar en seguida la presunción para establecer si la concepción se efectuó en realidad dentro de la ocurrencia de las mismas relaciones.

LA CORTE CONSIDERA:

I). En relación con la prueba indirecta o de indicios es doctrina constante de la Corte que la apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que esos indicios guarden entre sí y con el hecho que se pretende comprobar, corresponde de modo exclusivo a la conciencia y discernimiento del sentenciador de mérito, quien es por lo tanto el llamado a asignarle a tal prueba el valor demostrativo que su convicción íntima le inspire y sin que su juicio pueda ser variado en casación, salvo en los casos excepcionales y raros en que esa inferencia raye en lo absurdo por contraria al sentido común o a los fenómenos naturales o por ser el resultado de un error manifiesto de hecho o de un error de derecho en la estimación de las probanzas concernientes a los propios hechos indicativos o indiciarios. "De donde emerge -según expresión de la misma Corte- el principio general acerca de que

la discusión sobre el mérito probatorio de los indicios termina en la instancia, y se destaca la razón por la cual ante la Corte prevalece casi siempre el covencimiento del sentenciador fundado en indicios". (XC. - 2207, 105).-

II). La sentencia impugnada acoge en efecto los testimonios de Gerardo López, Juan Giraldo (no José Giraldo) y Antonio Trujillo como prueba demostrativa de la iniciación de las relaciones sexuales entre Dorancé Molina y Aura Rosa Franco. · Del primero transcribe varias afirmaciones sobre el hecho de que, siendo el deponente Inspector de Educación, se dió cuenta por los informes de los vecinos de que la señora Franco, estando de maestra en la escuela rural de La Camelia, hacía vida marital con el citado Molina, motivo por el cual el propio testigo puso esa anomalía en conocimiento de la Dirección de Educación para que se reemplazara a dicha señora. Dice también este declarante que por comentario general supo más tarde que la Franco vivía con Molina en una finca de éste y había tenido una niña del mismo. Del señor Juan Giraldo se recuerda su aserto de que le consta que Molina visitaba continuamente a la Franco cuando en 1.952 ésta era maestra en la vereda de La Camelia y de que también estos señores vivieron más tarde bajo un mismo techo primero en la hacienda de La Zulia y luego en la de La Peña, ambas de propiedad de Molina. Del testigo Antonio Trujillo se anota la aseveración de que, estando él en finca vecina a la de Molina en 1.952, vió que éste iba en compañía de la señora Franco, a quien llevaba de la escuela en donde ella era maestra, y que le consta además que, habiéndose traído la madre de la Franco a ésta para una población del Tolima, vino Molina a buscarla y volvió con ella a la finca mencionada. Sobre el mérito probatorio de estos testimonios comenta el fallo: "como se ve, cada uno de los deponentes que se han referido da razón de hechos personales que les permitió inducir la existencia de un hecho indudable e incuestionable: que en el año de 1.952, cuando Aura Rosa Franco ejercía las funciones de maestra de escuela en jurisdicción entonces del Municipio de Versalles, fue destituída de dicho cargo por sus relaciones sexuales que había iniciado con el señor Dorancé Molina en forma tan pública que dió lugar a aquella destitución, a raíz de lo cual Molina trasladò a la Franco a vivir bajo techo común en su finca denominada La Zulia, traslado que fue presenciado por el testigo Antonio Trujillo un día en que se encontraba a orillas del río Las Vueltas, y que tanta fue la voluntad de Molina en sus relaciones sexuales con la Franco que a pesar de que luego la madre de ésta la condujo a una población lejana, sin embargo aquèl insistió y logró traerla de nuevo a su lado".

El recurrente sostiene que las tres declaraciones referidas carecen de fuerza para acreditar el hecho indiciario de la iniciación de las relaciones sexuales entre Dorancé Molina y Aura Rosa Franco y que, al considerar lo contrario, la sentencia incurrió en un error evidente de hecho. La censura se dirige a demostrar que las declaraciones citadas carecen del contenido material que la sentencia les atribuye, porque no dan razón de hechos realmente indicativos del comienzo de las relaciones sexuales ni del modo como los declarantes tuvieron conocimiento de lo que afirman. Pero si se tiene en cuenta que los testigos hablan de hechos acaecidos no sólo en 1.952, sino también posteriormente, y relativos a la destitución de la Franco de sus funciones de maestra de escuela por causa de sus relaciones con Molina, a haberlos visto viviendo bajo un mismo techo en finca de éste y a otras circunstancias no menos significativas, no puede menos de concluirse que ningún error de hecho cometió la sentencia al considerar esas diversas circunstancias como indicios de la iniciación de las expresadas relaciones sexuales. El fallo no alteró el contenido de los testimonios, sino que lo tomó tal como aparece y le atribuyó un significado indiciario que no merece el reproche de absurdo ni de contrario a la evidencia de lo que aseveran los testigos.

Cabe anotar además que la sentencia no se funda únicamente en los tres testimonios mencionados y que por tanto, aunque pudiera prosperar la censura por el aspecto que se analiza, ello no sería bastante a determinar la infirmación de dicho fallo.

III). Como prueba de la prolongación y continuidad de las relaciones sexuales entre Molina y la Franco hasta el fallecimiento del primero, acoge también la sentencia las declaraciones de Julio Cèsar Ríos, Oscar López Dávila y Aurelio Enrique Gutiérrez, confirmadas por la de Sabino Millán. Los dos primeros

testigos trabajaron en las nombradas fincas La Zulia y La Peña, y el fallo transcribe sus afirmaciones sobre que ellos vieron al citado Molina y la Franco viviendo en esos fundos bajo un mismo techo y de que les consta que la última manejaba tales predios en lugar y en ausencia del primero. Lo mismo afirma Sabino Millán, quien era vecino de la hacienda La Peña.

El recurso sostiene que los testimonios de estos declarantes no exponen ningún hecho con virtualidad suficiente para sustentar indicio alguno sobre las relaciones sexuales, estables y notorias, entre Molina y la Franco, pues que las circunstancias aisladas que cada uno relata no alcanzan a configurar esta causal de relaciones sexuales a la luz de la doctrina que las tiene como equivalentes del concubinato notorio en su más amplia acepción.

Examinadas las declaraciones de los señores Ríos, López Dávila y Millán, a las cuales se refiere en concreto el recurso, se ve que estos testigos afirman haber conocido a Dorancé Molina y a Aura Rosa Franco viviendo juntos, bajo un mismo techo y como si fueran casados, en las fincas La Zulia y la Peña, que ese hecho era público y notorio, que la señora Franco daba órdenes y administraba esos fundos en ausencia de Molina y que allí tuvieron varios hijos. Con estas pruebas dio la sentencia por establecidas la prolongación y continuidad de las relaciones sexuales, estables y notorias, entre Molina y la Franco hasta la muerte del primero, en las haciendas nombradas y durante un lapso de cinco años. El fallo no desconoce ninguno de los hechos aseverados por los declarantes, ni atribuye a éstos afirmaciones que no hicieron; por el contrario tomó sus testimonios como fueron expuestos y los consideró como prueba de las aludidas relaciones sexuales. Con lo cual no cometió ningún error de hecho y menos de carácter manifiesto, ya que esas declaraciones sí dan cuenta de hechos concernientes a tales relaciones. Y además importa recordar también a este propósito que la sentencia no reposa en estas únicas pruebas, sino también en otros varios testimonios que no han sido desvirtuados.

Por lo visto los cargos no pueden prosperar.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de primero de diciembre de mil novecientos sesenta dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este juicio ordinario sobre filiación natural que la señora Aura Rosa Franco, en nombre de sus menores hijos naturales Hélida y Edgar Franco, ha venido adelantando contra la señora María Palacios viuda de Molina y contra los menores Garbelli, Zeida, William, Libia y Hernán Molina Palacios, en su condición de cónyuge sobreviviente la primera y de hijos legítimos y herederos los demás del difunto Dorancé Molina.

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

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., - Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Es directa la de las personas jurídicas privadas, por los daños que sus agentes causen a terceros. En la responsabilidad indirecta por los hechos ajenos, ésta no se sostiene sin las presunciones de culpa in eligendo e in vigilando. Responsabilidad civil por actividades peligrosas. Se rige por el art. 2356 del C. Civil. Tacha de testigos. No puedé alegarse en casación sin haber sido debatida en las instancias. Requisitos de la acusación por error de derecho. El examen de la prueba indiciaria, concierne a la autonomía del Tribunal.

1. Cuando el recurrente apoya el error de derecho en la transgresión del ordinal 2o. del artículo 669 del C. Judicial, por haber otorgado la sentencia valor probatorio a declaraciones de testigos, tachables por parcialidad, en concepto del demandante, tal quebranto no se da si la tacha no se hizo "oportunamente" y no puede alegarse por primera vez en casación.

2. Tratándose de errores de derecho, enseña la constante doctrina de la Corte, es indispensable señalar los textos legales referentes a la tarifa de pruebas o a la manera de llevarlas al juicio, que hubiesen sido quebrantados en la tarea valorativa de los medios probatorios, ya por otorgarles mérito de que carecen, ora por negarles el que tienen, conforme a los correspondientes textos.

3. El artículo 665 del C. J. se refiere a la prueba de indicios, cuyo examen ponderativo en instancia es inmodificable en casación, puesto que la gravedad, número y conexión de los hechos indicadores, conciernen a la autonomía del Tribunal.

4. La Corte, en casación de junio 30 de 1.962 revaluó la doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas privadas y públicas, al punto de considerar directa y no indirecta, la de las primeras por la conducta de sus agentes, causantes de daños a terceros, cualquiera que fuese la posición jerárquica de aquellos dentro de la entidad jurídica.

5. Dice la casación de junio 30 de 1.962, que en relación con las presunciones de culpa características de la responsabilidad indirecta por los hechos ajenos (arts. 2347 y 2349 C. C.), ésta no se sostiene sin las dichas presunciones in eligendo e in vigilando, pero que no ocurre lo mismo en relación con la responsabilidad directa, porque siendo actos propios de la persona moral los actos de sus agentes no juegan las obligaciones del ente jurídico, de proceder diligentemente en la elección y la vigilancia de los mismos, obligaciones que constituyen la base de tales presunciones. Por ello en la responsabilidad directa, la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de terceros o la culpa de la víctima.

6. En cuanto a las actividades peligrosas, la responsabilidad por los perjuicios se rige, según la casación de 30 de junio de 1.962, continuando una reiterada jurisprudencia, por el artículo 2356 del C. C., jurisprudencia conforme a la cual sobre el autor del daño pesa la presunción de la culpa, en razón de la peligrosidad misma que caracteriza sus actividades, presunción que puede desvirtuar mediante la prueba del caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa imputable a la víctima.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid).

Juicio de Emiro R. Esparragoza contra Compañía de Navegación Santander S. A.

Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de 12 de noviembre de 1.962.

Recurrente: la parte actora.

- I -

ANTECEDENTES

1o. Expuso Emiro R. Esparragoza, mayor de edad y vecino de Barranquilla, ante el juez 4o. civil del circuito de este nombre:

Que el día 27 de julio de 1.951 la lancha pesquera y de recreo llamada "Celosa", matriculada en Barranquilla, de propiedad del actor, hallándose atracada en los muelles de "Transporte Aguila Ltda.", se precipitó contra ella, inesperada y violentamente, el remolcador Santander No. 1, perteneciente a la Compañía de Navegación Santander S. A., rompiéndola de manera instantánea; que el remolcador no tenía patente, disponía entonces de una tripulación no idónea ni suficiente, y dado que llevaba acoplado por la proa un bote-tanque de la Esso Colombiana S. A., "no disponía de suficiente visibilidad para evitar el accidente"; que la lancha tenía una dotación, compuesta de los elementos especificados y estimados como aparece de los hechos 7o. y 9o. de la demanda, elementos que se perdieron a causa del accidente; que la lancha producía en sus labores de pesca, un ingreso diario de $ 130.oo aproximadamente, que debe reembolsar la parte demandada en relación con el tiempo corrido desde el día del naufragio, y que la cuantía de la acción asciende a $ 250.000.oo.

Sobre estas afirmaciones solicitó fuese condenada la Compañía de Navegación Santander S. A.:

"a). A pagar el valor de la lancha "Celosa", con toda la dotación que tenía el día de su hundimiento y que están enumerados en los hechos de la demanda, valor que fijó en la suma de sesenta mil pesos moneda corriente, o la suma de pesos correspondiente a ese valor que se establezca por medio de peritos, todo de conformidad con las pruebas al respecto que se aporten durante la tramitación del juicio.

"b). A pagar a mi representado el valor del lucro cesante, o sea el valor de la renta o utilidad o provecho dejado de obtener por el mismo por causa o motivo del hundimiento de la lancha "Celosa", desde el día en que fue hundida por el Remolcador Santander número Uno, hasta el día en que la entidad demandada pague los perjuicios a que se contrae esta demanda, todo de conformidad con los hechos de esta misma demanda y las pruebas que se aporten durante la tramitación del juicio correspondiente. Fijó la cuantía de este lucro cesante en la suma de ciento ochenta mil pesos, o la suma que se establezca dentro del juicio por medio de peritos".

Formuló otras peticiones:

1a. Que se condene a la empresa demandada por perjuicios morales y objetivados a la suma de dos mil pesos moneda corriente.

"2a. Por perjuicios morales sub-objetivados la suma de dos mil pesos moneda corriente".

2. La parte demandada negó los hechos fundamentales de la acción y se opuso a los pedimentos de la demanda.

Tramitada la primera instancia, el Juez declaró responsable a la Compañía de Navegación Santander S. A. "por el hundimiento casi total de la lancha "Celosa", empresa a la cual condenó a pagar al actor: a). los daños por ello ocasionados, incluida la dotación de la misma; b). el lucro cesante, desde el 27 de junio de 1.951 hasta el día del pago; c). los perjuicios morales causados al actor.

Declaró, además, no haber sido probadas las excepciones perentorias propuestas, y ordenó regular las prestaciones decretadas según el procedimiento del artículo 553 del C. J.

3. La sentencia de segundo grado -del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla- revocó este fallo y absolvió a la parte demandada, con las costas de la primera instancia a cargo del demandante. Sentencia de la cual recurrió en casación este mismo litigante, quien formuló la demanda ante la Corte oportunamente, a la que el opositor replicó también en tiempo.

-II-

LA SENTENCIA ACUSADA

4. Se desenvuelve sobre la norma de que en tratándose de responsabilidad extracontractual, la ley no presume el perjuicio, y es menester, por tanto, demostrarlo, lo cual incumbe a quien demanda la reparación. Y dice:

"De acuerdo con lo ya expuesto, en el juicio debe comprobarse la certidumbre del daño, con todas sus peculiaridades de calidad y extensión, a fin de que haya base para la valoración dentro de él o en el incidente posterior de que trata el artículo 553 del C. J. En este último incidente sólo es dable discutir el quantum de los perjuicios, pero siguiendo las bases precisas y concretas fijadas en la sentencia con que remató el juicio principal. No es, pues, de recibo procesal en ese incidente el debate sobre la existencia de los perjuicios, ni de las características intrínsecas de aquello en que consisten tales perjuicios".

El sentenciador no halla en el proceso la prueba del daño:

"Procede, pues, la Sala a examinar el cargo debatido a través de los principios jurídicos ya esbozados; pero no sin observar que el inferior no motivó su sentencia condenatoria en cuanto a los perjuicios. En efecto la demanda tiene como causa petendi la pérdida de la lancha "Celosa", por haber quedado semihundida como consecuencia del abordaje con el Remolcador Santander Número Uno, cuando éste se encontraba en movimiento y aquella atracada en tiempo en la ribera del "Caño de los Tramposos" del Río Magdalena. Para el éxito, pues, de la acción incoada debió demostrarse que la lancha, a causa del fuerte choque con el Remolcador, quedó totalmente hundida, sin que hubiera sido posible ponerla a flote, o por lo menos sacarla para su reparación. O también que el fuerte impacto que recibió la dejó totalmente destruida o no apta para las labores a que estaba destinada. Pero ocurre que nada de eso se probó. Al contrario, hay prueba en los autos de que la nave se sacó a la orilla, donde quedó amarrada, aunque semi-hundida y escorada. Es el mismo demandante quien lo afirma en la llamada acta de naufragio, que obra en los autos, cuando dice: "con los pocos elementos que había se logró llevar la lancha "Celosa" a orilla, donde quedó semihundida y escorada". Además, todos los testimonios traídos al proceso así lo aseveran en forma conteste. Por otra parte, obra la circunstancia de que días después del accidente, el ocho (8) de agosto del mismo año, el Ingeniero Jefe de la Intendencia Fluvial encontró en el mismo estado la embarcación, sin que haya prueba alguna de que se perdió o quedó destruida totalmente.

"Sin embargo, quizás ante esa deficiencia procesal el juzgador de primera instancia, optó por condenar a la parte demandada al pago de los daños causados a la lancha "Celosa". A pesar de que la demanda no contiene ninguna petición sobre el pago de los daños sufridos por la lancha, como subsidiaria de la principal que reclama el pago total de ella, por su pérdida, quiere la Sala ser amplia para combatir también este extremo que contempla el fallo recurrido.

"Fácilmente se observa que en los autos no hay prueba alguna de la existencia del daño en toda su intensidad y características, condiciones indispensables para que proceda una condena como la proferida por el inferior. No es que el semi-hundimiento de la nave, como consecuencia del golpe que le propinara el remolcador, constituya en sí el daño o perjuicio capaz de generar la indemnización, sino la demostración clara y precisa de aquello que sufrió la nave al ser abordada por la otra. Esto, pues, debió demostrarse en forma satisfactoria, a fin de dejar establecida la calidad y extensión del daño, con el objeto de que por medio del incidente de que trata el artículo 553 del C. J., fuera valorado éste por los medios legales. Y como en los autos no hay prueba alguna sobre tal cosa, no cabe la condena ni siquiera en abstracto, porque como ya se ha dicho el referido incidente no es medio apto para demostrar la existencia y calidad del daño o perjuicio".

Al examinar la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, estudia el elemento de la acción denominado "legitimatio ad causam", elemento que no halla tampoco establecido, por motivo de que el actor no probó la propiedad del vehículo que sufrió el siniestro a que la litis se refiere.

-III-

LA ACUSACION

Primer cargo.

5. Se impugna el fallo por violación indirecta de los artículos 2347, 2349 y 2356 C. C., debido a "errónea apreciación" de la prueba testimonial aducida por las partes, que condujo al sentenciador a creer equivocadamente que el hecho de la pérdida de la lancha "Celosa" y el consiguiente perjuicio económico que dicha pérdida le ocasionó a su propietario, no se produjo, no obstante haber quedado plenamente acreditado en el proceso, habiendo incurrido, por tal modo, el fallador de segundo grado en un doble error, de hecho y de derecho".

El doble error se hace consistir: el de derecho, por haber infringido el ordinal 2o. del artículo 669 del C. J. en la tarea valorativa de los testimonios producidos a solicitud de la parte demandada, y el artículo 697 ib., por quebranto en la estimación de la prueba testimonial aducida por el demandante.

"El de hecho a que aludo -dice el recurrente- como generado por la errónea apreciación de la prueba a que me refiero, hállase configurado por la errónea creencia del sentenciador de segunda instancia de que la pérdida de la lancha "Celosa", causada por el Remolcador Santander No. 1, de propiedad de la Compañía demandada, no acaeció, de donde dedujo que el perjuicio económico alegado tampoco tuvo ocurrencia".

SE CONSIDERA:

6. Fundado el error de derecho en el examen de los testimonios recibidos a petición de la parte demandada, en la infracción del ordinal 2o. del artículo 669 C. J., según el cual "están impedidos para declarar por parcialidad", "los empleados o subalternos que están viviendo del sueldo o remuneración que dicha parte les paga", se observa que según el artículo 673 ib., cada parte pueda tachar los testigos de la otra, alegando los hechos constitutivos de la tacha y probándolos oportunamente.

Así que basado el error de derecho en la transgresión del citado ordinal 2o. del artículo 669 C. J., por haber otorgado la sentencia valor probatorio a las declaraciones de testigos, tachables por parcialidad, en concepto del demandante, tal quebranto no se da en este caso porque la tacha no se hizo "oportunamente" y no puede alegarse por primera vez en casación.

Se funda el error de hecho en haber omitido los testimonios de Eugenio de la Torre y Efraín Ibañez Alvarez, rendidos a pedimento del actor, según los cuales el hundimiento de la "Celosa" fue total.

En verdad, la sentencia no menciona los nombres de estos testigos, como tampoco los de la parte demandada. Aprecia globalmente la prueba para negar que se hubiesen acreditado los perjuicios causados al demandante. "En efecto -dice- la demanda tiene como causa petendi la pérdida de la lancha "Celosa", por haber quedado semihundida como consecuencia del abordaje con el Remolcador Santander Número Uno, cuando éste se encontraba en movimiento y aquella atracada en tierra en la ribera del "Caño de los Tramposos" del Río Magdalena. Para el éxito, pues, de la acción incoada debió demostrarse que la lancha, a causa del fuerte choque con el Remolcador, quedó totalmente hundida, sin que hubiese sido posible ponerla a flote, o por lo menos sacarla para su reparación. O también que el fuerte impacto que recibió la dejó totalmente destruída o no apta para las labores a que estaba destinada. Pero ocurre que nada de eso se probó. Al contrario, hay prueba en los autos de que la nave se sacó a la orilla, donde quedó amarrada, aunque semi-hundida y escorada. Es el mismo demandante quien lo afirma en la llamada acta de naufragio, que obra en los autos, cuando dice: "con los pocos elementos que había se logró llevar la lancha Celosa a la orilla, donde quedó semihundida y escorada". Además, todos los testimonios traídos al proceso así lo aseveran en forma conteste. Por otra parte, obra la circunstancia de que días después del accidente, el ocho (8) de agosto del mismo año, el Ingeniero Jefe de la Intendencia Fluvial encontró en el mismo estado la embarcación, sin que haya prueba alguna de que se perdió o quedó destruída totalmente".

Así, el concepto del sentenciador se funda en las pruebas practicadas a solicitud de uno y otro contrincante, a través de las cuales llega

a la conclusión de que la embarcación no se perdió totalmente, de que fue sacada a la orilla, donde quedó semi-hundida y escorada y agrega que no obstante este hecho material no hay prueba "de la existencia del daño en toda su entidad y caracteristicas".

Este concepto no puede ser enmendado en casación, porque no se demostró que hubiese incurrido el Tribunal en errores de derecho o de hecho en el examen de las pruebas correspondientes.

Segundo cargo.

7. Consiste en la violación directa de los artículos 762, inc. 2o., y 2342 del C. C., por cuanto la sentencia desatendió la presunción de propiedad de la lancha abordada, con fundamento en la posesión de la misma, así como la calidad de poseedor en el demandante, suficiente para legitimar su causa en la acción de perjuicios, según el precepto citado en segundo lugar.

SE CONSIDERA:

8. El recurrente motiva así la impugnación:

"El H. Tribunal Superior de Barranquilla dejó de aplicar al caso sub-judice la presunción de dominio que ampara al demandante, señor Emiro Esparragoza y que consagra el inciso 2o. del citado artículo 762 del C. C., pese a que el antecedente de hecho de la referida presunción, como es la posesión de la lancha Celosa, por parte de su propietario legítimo, mi mandante, aparece plenamente probado en los autos".

Entra el cargo a continuación a combatir la estimación que del certificado de la Capitanía del Puerto hace el sentenciador, quien lo desecha como prueba de propiedad de la lancha. Examina igualmente la certificación de la Compañía Pescadora Colombiana Ltda. y el acta de naufragio, y concluye que éstas son pruebas suficientes de la posesión de la embarcación.

De lo cual se infiere que el cargo no es por quebranto directo de las disposiciones citadas, sino indirecto, a través de la apreciación de las pruebas sobre posesión del vehículo, y como la sentencia niega mérito a tales probanzas para acreditar la posesión, se trataría de error de derecho sufrido en la valoración de las mismas pruebas. Mas, tratándose de errores de derecho, enseña la constante doctrina de la Corte, es indispensable señalar los textos legales referentes a la tarifa de pruebas o a la manera de llevarlas al juicio, que hubiesen sido quebrantados en la tarea valorativa de los medios probatorios, ya por otorgales mérito de que carecen, ora por negarles el que tienen, conforme a los correspondientes textos. Lo que no hizo el cargo, ciertamente, ya que el artículo 665 del C. J., citado en la acusación, se refiere a la prueba de indicios, cuyo examen ponderativo en instancia es inmodificable en casación, puesto que la gravedad, número y conexión de los hechos indicadores, conciernen a la autonomía del Tribunal.

Lo cual es bastante a restar fuerza al cargo formulado.

Tercer cargo.

9. Consiste en la violación directa de los artículos 2347, 2349 y 2356 del C. C.

Expone la demanda, en primer lugar, que conforme a la doctrina de la Corte, la responsabilidad, cuando se trata de daños causados por agentes o empleados, es "generadora, entonces, por falta de cuidado, de vigilancia, de previsión o de prudencia en la elección de los servidores por parte de la persona natural o jurídica que encomienda a otro el cumplimiento de menesteres propios de la actividad ordinaria de la empresa", y que es lo que precisamente ha dado lugar a las presunciones de responsabilidad que la empresa puede desvirtuar probando la diligencia con que procedió para evitar todo perjuicio.

SE CONSIDERA:

10. La Corte, en casación de junio 30 de 1.962, no publicada todavía en la Gaceta Judicial, revaluó la doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas privadas y públicas, al punto de considerar directa y no indirecta, la de las primeras por la conducta de sus agentes, causantes de daños a terceros, cualquiera que fuese la posición jerárquica de aquellos dentro de la entidad jurídica.

Dice aquella decisión que en relación con las presunciones de culpa características de la responsabilidad indirecta por los hechos ajenos

(Arts. 2347 y 2349 C. C.), ésta no se sostiene sin las dichas presunciones **in eligendo** e **in vigilando**, pero que no ocurre lo mismo en relación con la responsabilidad **directa**, porque siendo actos propios de la persona moral los actos de sus agentes no juegan las obligaciones del ente jurídico, de proceder diligentemente en la elección y la vigilancia de los mismos, obligaciones que constituyen la base de tales presunciones. Por ello en la responsabilidad directa, la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de terceros o la culpa de la víctima (no. 15, c) de la citada sentencia.

En cuanto a las actividades peligrosas, la responsabilidad por los perjuicios se rige, según la misma casación, continuando una reiterada jurisprudencia, por el artículo 2356 del C. C., jurisprudencia conforme a la cual sobre el autor del daño pesa la presunción de la culpa, en razón de la peligrosidad misma que caracteriza sus actividades, presunción que puede desvirtuar mediante la prueba del caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa imputable a la víctima.

11. Emplazado el caso actual ante la responsabilidad directa, por tratarse de una persona jurídica privada -Compañía de Navegación Santander S. A.- causante del accidente, o frente a la responsabilidad propia de las actividades peligrosas, existe la presunción de culpa de la sociedad demandada, que la propia sentencia recurrida acepta, y que no ha logrado desvirtuar en ninguna de las formas previstas para el caso, con arreglo a la casación a que se ha hecho referencia.

Lo que no acepta la sentencia es el perjuicio causado según el demandante, porque -dice el fallo- no está acreditado en autos. "Facilmente se observa -dice- que en los autos no hay prueba alguna de la existencia del daño en toda su intensidad y características, condiciones indispensables para que proceda una condena como la proferida por el inferior. No es que el semi-hundimiento de la nave, como consecuencia del golpe que le propinara el remolcador, constituya en sí el daño o perjuicio capaz de generar la indemnización, sino la demostración clara y precisa de aquello que sufrió la nave al ser abordada por la otra. Esto, pues, debió demostrarse en forma satisfactoria, a fin de dejar establecida la calidad y extensión del daño, con el objeto de que por medio del incidente de que trata el artículo 553 del C. J., fuera valorado éste por los medios legales. Y como en los autos no hay prueba alguna sobre tal cosa, no cabe la condena ni siquiera en abstracto, porque como ya se ha dicho el referido incidente no es medio apto para demostrar la existencia y calidad del daño o perjuicio".

Aceptada la culpa por el fallo recurrido, son inexplicables estas palabras de la demanda de casación:

"La parte demandada no acreditó la presencia de ninguno de los hechos a los que la ley y la jurisprudencia atribuyen eficacia bastante para destruir la presunción de culpa sobre la que se funda la responsabilidad en los casos de daños causados por actividades peligrosas, a que alude el citado artículo 2356 del C. C., como son el caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención de un elemento extraño, como sería un error de conducta de la víctima; como tampoco demostró que con la autoridad y el cuidado que la calidad de patrono le confería a la "COMPAÑIA DE NAVEGACION SANTANDER S. A.", ésta no pudo impedir el acaecimiento para que con fundamento en dicho factor, o en otro cualquiera de los que acabo de enunciar, pudiera concluirse que la misma presunción de culpabilidad por el hecho de personas que dependen de otra, natural o jurídica, que establece el inciso final del artículo 2347 del C. C., no es operante en el caso planteado en este juicio".

De manera que en este cargo la acusación ha sido dirigida contra un flanco de la sentencia no susceptible de censura en casación, por haberlo estimado así el mismo sentenciador.

En cuanto al perjuicio, la sentencia permanece en pie porque el cargo formulado, como se vió en el estudio del primero, no demostró error alguno en el examen de las pruebas referentes a dicho efecto de la litis.

No es, por tanto, casable la sentencia de instancia.

DECISION:

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 doce (12) de noviembre de mil novecientos sesenta y dos (1.962) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio ordinario iniciado por Emiro R. Esparragoza contra la Compañía de Navegación Santander S. A.

Costas de la casación a cargo del recurrente.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL

La estimación de la prueba requiere ponderada ecuanimidad de criterio. Error de hecho y de derecho. -Prueba testimonial.- El análisis debe hacerse en conjunto y no aisladamente de pasajes de la misma.- Compete al juzgador de instancia apreciar las calidades de responsividad, exactitud y cabalidad de las declaraciones de testigos.-Testimonios de diversidad acumulativa para la demostración de la posesión notoria del estado civil.- Prueba no atacada en instancia.- Se ratifica la doctrina atinente a los factores que se congregan en la posesión notoria del estado de hijo natural.

1. No se discute que, tratándose de la declaración de paternidad natural, con fundamento en el 5o. de los motivos del art. 4o. de la ley 45 de 1.936, imperan las normas contenidas en los artículos 6o. y 7o. del mismo estatuto y 398 y 399 de C. Civil.

Pero la disciplina probatoria que, en razón de la delicadeza de la materia, estatuye el artículo 399 del C. Civil, como sistema de convicción sin dudas, no llega hasta imponer un régimen de tan extremado rigor que haga prácticamente irrealizable la demostración de la notoria posesión del estado civil, que en ciertos casos puede ser el único medio de establecer éste. Por ello, la estimación de los testimonios que la acrediten tendrá que hacerse con ponderada ecuanimidad de criterio, considerando las circunstancias personales de los testigos, el medio en que éstos actúan y las características peculiares del respectivo caso, es decir las calidades y relaciones de las personas a que sus declaraciones se refieren. Lo que el sistema legal requiere es que el conjunto de testimonios aportado como prueba de la notoria posesión del estado civil, razonablemente considerado dentro de las permisiones legales, establezca esa posesión, ante la conciencia del juzgador, de un modo incontrastable.

2. No procede acusar, simultáneamente, por error de hecho y de derecho, un mismo medio probatorio.

3. El fraccionamiento de las declaraciones de los testigos hecho por el recurrente, para analizar aisladamente las entresacas de tales testimonios, no se compadece con las directivas lógicas que han de guiar el razonamiento en la estimación de tales medios:

Porque, si el testigo, ha de dar la razón de su dicho y si, en principio, esta razón ha de ser explícita o sea formalmente referida, no repugna que ella esté implícita en los términos de la deposición misma, tomada en su conjunto; y así, tratándose de una declaración cuyos varios puntos, por razón de la materia, estén íntimamente enlazados entre sí, la razón de una de las respuestas podría encontrarse en la contestación dada a otro de los puntos de la misma exposición. Como lo enseña la doctrina, cuando se trata de la prueba testimonial, no se pueden analizar aisladamente unos pasajes de la declaración, sino que debe serlo "en su conjunto, para deducir su verdadera significación" (Cas. 31 marzo 1.955, LXXIX, 2151, pág. 842);

porque, como la declaración testimonial viene a producirse en forma de respuestas a una o más preguntas, en que lógicamente aquellas han de corresponder en una u otra forma a éstas, es claro que, para juzgar del alcance de una respuesta dada, no puede prescindirse de tomar en cuenta el contenido de la pregunta a que la misma se refiere; y,

porque, como lo ha dicho la Corte, "una declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática, estereotipada y precisa en todos sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiera de exigirse en el testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia....." (Cas. 2 junio 1.958, LXXXVIII, 2198, pág. 121).

4. Apreciar las calidades de responsividad, exactitud y cabalidad de las declaraciones de los testigos, es tarea que compete al juzgador de instancia, como llamado a decidir la controversia; y en cuanto tales calidades se constituyen por elementos de hecho, es claro que el concepto que él se forme de ellas es intocable, en casación, mientras no resulte convicto de arbitrariedad evidente.

5. El art. 399 del C. Civil sólo exige, para la demostración de la posesión notoria del estado civil, un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable. Por lo cual, todo medio legal conducente a formar parte de ese conjunto de testimonios es susceptible de ser recibido como prueba.

Hay testimonios de diversidad acumulativa, convergentes a demostrar una situación dada, que pueden ser sumados por el sentenciador, para encontrar el conjunto probatorio de que habla el artículo 399.

6. Es bien sabido que la prueba no atacada en instancia no puede serlo por vez primera en este recurso extraordinario.

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

(Magistrado ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por parte de los demandados Serratos, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 13 de julio de 1.961, en el juicio ordinario seguido por Lylian o Ana Lylia, Noel, Reinaldo y Maura Enelia Rojas o Ayerbe contra el Municipio de Pitalito y Ana Rosa, Lucila, Alicia y Guillermo Serrato.

- I -

EL LITIGIO

Lylian o Ana Lylia, Noel, Reinaldo y Maura Enelia Rojas o Ayerbe demandaron ante el Juez Civil del Circuito de Pitalito al Municipio del mismo nombre y a Ana Rosa, Lucila, Alicia y Guillermo Serrato, en solicitud de las siguientes declaraciones y condenas:

1a. Que los demandantes, hermanos entre sí e hijos naturales de la señora Rita Ayerbe, son a su vez hijos naturales del señor Neftalí Rojas, vecino que fue de Pitalito en donde falleció intestado el día 30 de septiembre de 1.958;

2a. que los mismos demandantes son, por lo tanto, legitimarios del causante Neftalí Rojas, y como tales concurren en la sucesión intestada del mismo y la representan, con exclusión de todo otro pretendiente que no se encuentre dentro de ese ordenamiento sucesoral;

3a. que, en consecuencia, no surte efectos el auto del Juez Civil del Circuito de Pitalito de 12 de noviembre de 1.958, por el cual, luego de declarar abierto allí el juicio de sucesión intestada de Neftalí Rojas, se reconoció como herederos del mismo, en calidad de sobrinos a los demandados Serratos;

4a. que los demandados restituyan, en cuanto haya lugar, a la herencia de Neftalí Rojas, representada por los demandantes, los bienes que pertenecieron al dicho causante y que están bajo la tenencia de los Serratos, juntamente con sus frutos naturales y civiles; y en subsidio que restituyan el valor de los que hubieren malversado o de que hubieren dispuesto y que se relacionan en el hecho 15. del libelo;

5a. que los demandados paguen las costas del juicio.

En la narración de HECHOS de la demanda, se dice que de las relaciones íntimas habidas entre Neftalí Rojas y Rita Ayerbe, nacieron y fueron bautizados en los años de 1.933, 1.934, 1.936 y 1.937 los demandantes, en el orden ya expresado; y que, a más de que la paternidad natural de éstos se atribuyó desde un principio, en el concepto público de aquel vecindario y en el de sus deudos y amigos, al nombrado Neftalí Rojas, éste no se preocupó

de ocultar esa condición, sino que, por el contrario, "así lo aceptaba expresa y tácitamente, en público y en privado, sin que nunca, hasta su muerte, y, en todo caso **por tiempo mayor de diez años continuos**, negara a aquellos su amparo y cuidado, tratándolos como a hijos y atendiendo -a costa suya- a su crianza y sostenimiento, educación y demás obligaciones propias del padre para con el hijo".

Se afirma, en consecuencia, que el caso que se contempla es "concretamente el del numeral 5o. -sin perder de vista los 3o. y 4o.- del art. 4o. de la ley 45 de 1.936, sobre "posesión notoria del estado de hijo", en relación con el art. 6o. de la propia ley".

Además de estos preceptos, se invocan, como fundamentos de DERECHO, otros de la misma ley, de la 153 de 1.887, de la 50 de 1.936 y del Código Civil.

Al Municipio de Pitalito se le demanda, porque, a falta de otros herederos, sería el llamado en último lugar a recoger la herencia del causante.

Notificada la demanda, no fué contestada por los demandados Serratos. El Personero del Municipio, como contestación a la misma, se limitó a manifestar que ignora todos los hechos, con excepción del relativo al reconocimiento de los Serratos como herederos en el juicio de sucesión de Neftalí Rojas, y que no le interesa al Municipio este juicio por diversas razones, así: "a) Hay unos herederos reconocidos en la causa mortuoria; b) Se pretende ahora el reconocimiento de otros herederos; y c) Los derechos del Municipio estarán siempre tutelados por la Ley y la justicia".

Con producción de pruebas de la parte actora surtióse la primera instancia que remató con sentencia por la cual se declara probada la excepción de inepta demanda que había sido propuesta por el Personero Municipal.

En el segundo grado del juicio, a que dió lugar la apelación de los demandantes, pronunciόse el Tribunal Superior de Neiva en sentencia de 13 de julio de 1.961, por la cual se revoca el fallo apelado y en su lugar se resuelve el pleito acogiendo las peticiones principales de la demanda.

Contra este segundo pronunciamiento interpusieron los demandados Serratos el recurso de casación, que ha llegado al punto de ser resuelto.

-II-

LA SENTENCIA RECURRIDA

Luego de descartar los motivos de declaración judicial de la paternidad natural, que establecen los ordinales 3o. y 4o. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, se ocupa el Tribunal de la aplicación al caso del pleito, del motivo 5o. o sea el consistente en la posesión notoria del estado de hijo natural.

A este efecto y luego de transcribir en parte las declaraciones de los testigos Angel María Suárez, Isaías Rojas V., César Rivas, Eugenio Salas Trujillo, Francisco Artunduaga Vargas, Pepa Parra de Moncaleano, Alfonso Muñoz Calderón, José María Rozo Salinas, Lucila Rozo Salinas, Justa Ayerbe de Murcia y Víctor Manuel Cortés V., procede a hacer las siguientes apreciaciones:

"Algunos testigos afirman que Neftalí proveyó al pago del arrendamiento de la casa donde vivía Ana Rita con sus cuatro hijos y que a partir de 1.939 se pasó a vivir en una casa de propiedad del presunto padre, la que aún están ocupando; así mismo, aseveran que el público en general reputaba en Pitalito a Neftalí como el padre natural de los demandantes y especialmente en cuanto se refiere a Lilian, a quien llevó a su droguería para que le ayudara, desde varios años antes de su fallecimiento.....".

"Hay hechos concretos tales como haber matriculado a Reinaldo en la Escuela Normal de Pitalito, primero en forma personal por el causante y luego comisionando a la señora Pepa de Moncaleano; el pago de numerosas pensiones de Maura Enelia, a que se refieren los recibos de Otilia Barahona; el carnet escolar de Lilian en el cual consta el nombre de sus padres; haber pagado arrendamiento en una casa para que viviera Rita Ayerbe con sus cuatro hijos y haberlos dejado vivir en una casa de su propiedad desde 1.939 hasta la presente fecha; el suministro de útiles escolares ordenado a Angel María Suárez; haber empleado a Lilian durante varios años en su drogue-

ría, con ciertas consideraciones propias de un padre, y algunos otros que indican muy a las claras que los demandantes tenían la posesión notoria del estado de hijos naturales del causante.

"Hay un cuerpo de declaraciones respetabilísimas que forman un conjunto de donde puede deducirse que el presunto padre trató a los actores como a hijos, que proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento y que el vecindario en general los reputó como hijos de Neftalí Rojas. Este tratamiento duró más de diez años continuos. Por otra parte, la conducta observada por los Serratos en este juicio no deja la menor duda en cuanto a que ellos están convencidos de que los demandantes son hijos naturales del de cujus, pues solamente se hicieron representar después de proferido el fallo de primera instancia".

Tales las razones determinativas de la decisión acusada.

-III-

LA DEMANDA DE CASACION

Dice el recurrente que, con fundamento en en la causal 1a. del artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia de segundo grado por violación indirecta del artículo 4o. numeral 5o. y de los artículos 6o. y 7o. de la ley 45 de 1.936, ocurrida "a causa de los errores de derecho y de hecho" en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial y de la prueba indiciaria, que implicaron el quebrantamiento de los artículos 397, 398, 399, 1761 y 1763 del Código Civil, y 637, 639, 642 y 666 del Código Judicial.

Presenta la impugnación en dos partes, referentes una a la prueba testimonial y otra a la indiciaria.

En lo tocante con la primera, lo sustancial de sus argumentaciones cabe compendiarse así:

a). Que el Tribunal estima que la posesión notoria del estado civil cuyo reconocimiento pretenden los actores se halla suficientemente demostrada con los testimonios de que se insertan en el fallo los siguientes apartes:

"Angel María Suárez. "A mí nunca me lo manifestó en ningún momento el finado Neftalí Rojas que los señores antes nombrados Lilian, Reinaldo, Noel y Maura Enelia Rojas o Ayerve que fueran hijos de él, es decir de don Neftalí. Pues solamente me facultó que le suministrara los útiles de estudio que yo tenia en mi almacén de papelería establecido en esta ciudad. Tan sólo lo sé que son hijos del finado Neftalí por boca de otras personas".

"Isaías Rojas V. "A mí me consta que don Neftalí siempre se caracterizaba como un verdadero padre para con sus hijos, proveyéndoles lo necesario y velando por su sostenimiento tanto educativo como en todo lo demás".

"Cesar Rivas. "Pues a mí no me consta porque Neftalí nunca me llegó a tratar ese punto. Tan solo me daba cuenta de que Neftalí los ayudaba y vivían constantemente con él en la botica de Neftalí".

"Eugenio Salas Trujillo. "Nunca he sabido que Neftalí negara amparo y cuidado de hijos a los nombrados en el numeral cuarto, especialmente a Lilian a quienes ví permanentemente unidos y sirviéndose mutuamente".

"Francisco Artunduaga Vargas. "En cuanto a Lilian Rojas o Ayerbe, a partir del año 47 o 48 en adelante tuve ocasión de constatar que don Neftalí le daba el tratamiento de hija y reciprocamente ella el de padre".

"Pepa Parra de Moncaleano. "En relación con esta pregunta puedo decir que en el año de 1.958 don Neftalí me rogó el favor de que le fuera a matricular a Reinaldo a la Normal Nacional Superior de esta ciudad, dándome don Neftalí el correspondiente valor de la matrícula que fueron $15.oo y además me dió para que le comprara un par de zapatos en la zapatería al joven citado".

"Alfonso Muñoz Calderón. "Pues a mí no me consta porque Neftalí Rojas nunca me llegó a tratar ese punto. Tan sólo me daba cuenta de que Neftalí los ayudaba y vivían constantemente con él en su establecimiento de botica".

"José María Rozo Salinas. "Es verdad que Neftalí Rojas no ocultó ni se cuidó de negar a los cuatro hijos de Ana Rita Ayerbe como hijos de él y al contrario así lo expresaba tácitamente en público y en privado sin que nunca hasta su muerte, y en todo caso por tiempo mayor de diez años continuos, negara a a-

quellos su amparo y cuidado, tratándolos como a hijos y atendiéndolos a su costa, su crianza, sostenimiento y educación, etc. etc.".

"Lucila Rozo Salinas. "Me consta que el finado Neftalí Rojas veia por los muchachos como hijos legítimos durante mucho más de diez años continuos".

"Justa Ayerbe de Murcia. "Me consta personalmente que a más de la paternidad natural de los muchachos Lilian, Reinaldo, Noel y Maura Enelia, hijos de Ana Rita, era de concepto público y demás personas cercanas a ellos que estos muchachos eran hijos de Neftalí y éste en ningún momento ocultó esa condición de padre para con ellos y así lo aceptaba expresa y tácitamente en público y privado. Observaba su trato y cuidado para con ellos como su sostenimiento y demàs obligaciones".

"Victor Manuel Cortés V. "Me consta por la opinión común del pueblo y por el trato amoroso que ví que se daban Neftalí y Ana Rita, que la paternidad de los cuatro hijos, antes nombrados, se atribuyó siempre a Neftalí Rojas, paternidad que Neftalí siempre aceptó y no disimuló ni ocultò jamás y trató a los nombrados antes como a sus hijos naturales, tratamiento que duró mucho más de diez años continuos y proveía a su sostenimiento y educación y a las demás obligaciones propias de padre".

Que no se requiere hacer un gran esfuerzo de lógica para concluír que, al estimar el sentenciador que tales elementos probatorios demuestran la posesión notoria del estado civil cuyo reconocimiento impetran los demandantes, violó los artículos 6o. de la ley 45 de de 1.936 y 398 y 399 del Código Civil, por las siguientes razones:

Porque los testigos no expresan la razòn de sus dichos, ni determinan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en virtud de las cuales hicieron sus respectivas afirmaciones;

porque los declarantes no refieren hechos positivos y concretos de sostenimiento, educaciòn y establecimiento que hubiese llevado a efecto Neftalí Rojas en favor de quienes se pretenden sus hijos, limitándose los deponentes a manifestar que Neftalí les proveía lo necesario, que los ayudaba o que veía por ellos;

porque en los testimonios de Isaías Rojas, César Rivas, Eugenio Salas Trujillo, Francisco Artunduaga Vargas, Alfonso Muñoz Calderón, José María Rozo Salinas, Lucila Rozo S., Justa Ayerbe de Murcia y Víctor M. Cortés V. no existe la prueba, por medio de hechos ostensibles y públicos, de que Neftalí Rojas hubiese proveído en forma permanente, constante y regular a la subsistencia, educación y establecimiento de los demandantes; y

porque los hechos referidos por Angel María Suárez y Pepa Parra de Moncaleano, además de ser actos esporádicos son equivocos, en cuanto se prestan a interpretaciones dudosas, que en razón de su ambigüedad no autorizan para fundar en ellos la existencia de un vínculo de parentesco.

b). Con referencia a la reputación o fama de que según el Tribunal gozaban los actores, de ser hijos de Neftalí Rojas, el impugnante hace algunas transcripciones de testimonios, cuyo tenor según los originales es así:

"Angel María Suárez: Pues los antes mentados muchachos yo me daba cuenta que iban a la casa de don Neftalí, que entraban y salían, así lo hicieron ellos hasta la hora de la muerte".

"Isaías Rojas: "A mí consta que los muchachos ya mentados, que se dicen ser hijos del extinto señor Neftalí Rojas, ellos lo reputaban como padre, y a él recurrían en sus necesidades en todo sentido".

"César Rivas: "En lo general la mayor parte de la ciudadanía de Pitalito reputaba a los muchachos antes citados como hijos de Neftalí Rojas".

"Eugenio Salas T.: "A los cuatro muchachos de que trata el numeral cuarto se les ha reputado como hijos de Neftalí Rojas".

"Alicia Molina de Rozo: "Directamente no lo supe, que los muchachos nombrados Lilian, Reinaldo, Noel y Maura Enelia fueran hijos del finado Neftali sino por fuentes indirectas".

"Francisco Artunduaga Vargas: "No me consta".

"Alfonso Muñoz Calderón: "En lo general la mayor parte de la ciudadanía de Pitalito reputaba a los muchachos antes citados como hijos de Neftalí".

"Ismael Rozo Mesa : "Tampoco me consta".

"José María Rozo S. : "Es verdad y me consta por propio y directo conocimiento y directa observación que siempre reputaban a Neftalí Rojas como padre de los muchachos ya mencionados".

"Lucila Rozo S. : "Toda la ciudadanía ha reputado a estos muchachos como hijos de Neftalí".

"Justa Ayerbe de Murcia : "El vecindario en general de su domicilio reputaron siempre a Neftalí como padre de los segundos".

"Eduardo Unda : "Solamente notè intimidad entre los muchachos Ayerbe y don Neftalí Rojas en los últimos años de vida de este último. Pues por mucho tiempo permanecí fuera de Pitalito".

"Víctor Cortès V.: "Es evidente que el público en general consideró siempre a los hijos de Ana Rita Ayerbe como hijos de Neftalí y a éste como padre de ellos".

Y en seguida argumenta:

La fama o reputación de la calidad de hijo natural es hecho al cual la ley ha señalado de manera precisa sus medios de formación, exigiendo que esa fama sea la consecuencia del tratamiento paternal observado por los parientes y amigos, o el vecindario del domicilio en donde aquellos personajes actúan, y manifestado en actos de subsistencia, educación y establecimiento del presunto padre para con el hijo. Pero, en los testimonios transcritos esa reputación no surge como consecuencia de hechos que hubiesen observado los deponentes, relativos a tal tratamiento, sino que éstos se limitan a expresar que a los demandantes se les tiene en el citado municipio como hijos de Neftalí, sin expresar la razón determinante de dicha opinión, ni las fuentes de ese conocimiento, lo cual contraría las exigencias del artículo 6o. de la ley 45 de 1.936, al respecto. De donde "resulta evidente que también el Tribunal, en la apreciación de las pruebas que se adujeron como demostrativas de la fama y reputación que de la calidad de hijos naturales del causante Neftalí Rojas gozaban los demandantes en el vecindario de Pitalito y entre los deudos y amigos de aquél, incurrió en error de derecho quebrantando los artículos 6o. de la ley 45 de 1.936, y 398 y 399 del Código Civil, porque le dió a dichos testimonios un mèrito que no les corresponde".

c) Que "la prueba testimonial aducida para demostrar la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de los demandantes, constituída por los testimonios que se insertaron y en los cuales el Tribunal fundó su decisión, no establece que los demandantes hayan gozado de la posesión notoria de la calidad de hijos naturales de Neftalí, por el período de tiempo de diez años que exige el artículo 398 del Código Civil", precepto aplicable al caso por mandato expreso del artículo 7o. de la ley 45 de 1.936; y

d) Que también por orden del texto últimamente citado, es imperativa en esta materia la aplicación del artículo 399 del mismo código, según el cual la posesión notoria del estado civil "se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable", lo cual, según doctrina a que se remite la censura, implica en la materia "un régimen probatorio riguroso en extremo, implicativo de un número de testigos superior a dos, fehacientes sin lugar a dudas, cuyas declaraciones responsivas, exactas y completas, como deben serlo, sean incontrastables (que a tanto equivale el vocablo irrefragable) por la coincidencia en las circunstancias de lugar, tiempo y modo que en ellas se expongan y por las explicaciones acerca de la manera como los testigos percibieron el hecho declarado".

Y como remate de la argumentación precedente, sostiene el acusador que el Tribunal "incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba porque le dió a ésta un valor o mèrito que no le corresponde, violando los artículos 398 y 399 del Código Civil, que determinan el modo, forma y calidades que debe tener la prueba de la posesión notoria del estado civil, error de derecho que a su vez determinó la violación indirecta de los artículos 4o. numeral 5o. artículos 6o. y 7o. de la ley 45 de 1.936".

En la segunda parte de la acusación, relacionada con la prueba indicial, la censura se dedica al intento de demostrar que el Tribunal, al admitir como probados ciertos hechos "que INDICAN muy a las claras que los demandantes tenían la posesión notoria del estado de hijos naturales del causante", incurrió,

primeramente en "error de derecho en cuanto al medio de prueba tomado en cuenta" y luego en "errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas referentes a los hechos indicadores de los indicios".

a) Tocante a lo primero, sostiene que el artículo 399 del C. Civ. estableció, en la materia, un sistema probatorio restringido a la prueba testimonial y riguroso por cuanto la locución "conjunto de testimonios fidedignos" que él usa, implica, según lo ha entendido la jurisprudencia, un número de testigos superior a dos, cuya calidad y cuyos testimonios llenen las condiciones de que ya se habló; y

que, por lo tanto, el Tribunal, al deducir la posesión notoria del estado civil pretendido por los demandantes, de los indicios consistentes en los hechos a que el recurrente se refiere y que son los mismos sobre que versa la censura por "errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas", de que se tratará luego, "incurrió en error de derecho, porque le dió a la prueba de indicios un valor que no le corresponde para demostrar esa situación jurídica, quebrantando los artículos 398 y 399 del Código Civil y determinando a su vez la infracción indirecta de los artículos 4o. numeral 5o., artículos 6o. y 7o. de ley 45 de 1.936".

b). En lo atinente a la acusación por "errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas referentes a los hechos indicadores de los indicios", el recurrente, luego de destacar la exigencia del artículo 666 del Código Judicial, según el cual "los hechos accesorios que suministran los indicios o conjeturas referentes al hecho investigado, deben probarse plenamente y nunca por medio de otros indicios", dirige su ataque en las siguientes direcciones:

Que el Tribunal, al aceptar como prueba indiciaria el certificado del rector y el secretario de la Normal de Varones de Pitalito, acerca de que en el año de 1.957 Neftalí Rojas matriculó personalmente en dicho plantel al joven Reinaldo, violó los artículos 637 del Código Judicial y 1761 del Código Civil, en cuanto le otorgó a tal certificado la fuerza probatoria que estos textos consagran, siendo así que el hecho de tal matrícula ha debido demostrarse con la aducción de tal documento privado en la forma dispuesta por el artículo 648 del Código Judicial;

que, al tomar como prueba indiciaria la declaración de la señora Pepa Parra de Moncaleano, sobre que Neftalí Rojas la hubiese comisionado en el año de 1.958 para matricular en el citado plantel al nombrado Reinaldo, dió por demostrado este hecho con la declaración de un solo testigo, lo que según el artículo 696 ibídem sería apenas una presunción más o menos atendible, según las condiciones de que el mismo texto habla;

que, al admitir como indicio los pagos que se afirma hizo Neftalí Rojas a Otilia Barahona, de algunas pensiones escolares de Maura Enelia, con base en unos recibos expedidos por la dicha Barahona, otorgó a estos recibos un mérito que no tienen, violando los artículos 637, 639 y 642 ibídem y 1761 del C. Civ., en cuanto tales documentos, emanantes de persona extraña a las partes contendoras en el juicio, no fueron reconocidos por quien los otorgó;

que igual cargo de quebranto de estos preceptos cabe imputar a la estimación del carnet escolar expedido por la profesora Irma Carvallo Trujillo a favor de Lilian Rojas o Ayerbe, en que se nombra, como padres de la alumna, a Neftalí Rojas y Rita Ayerbe, y el cual no aparece reconocido por la persona que lo otorgó, extraña a los litigantes;

que la consideración de que Neftalí Rojas hubiese pagado arrendamiento en una casa para que viviera Rita Ayerbe con sus cuatro hijos, es infundada, pues "dentro de los elementos probatorios existentes dentro del juicio no hay uno solo que acredite este hecho", ya que en el particular "la declaración de la testigo Justa Ayerbe de Murcia se refiere a un presunto contrato de arrendamiento celebrado con Neftalí de una casita de su propiedad para que viviera "Ana Rita con la mamá y demás hermanos.....", pero en ninguna parte se afirma por parte de la deponente que la casa se hubiese alquilado para que fuese habitada por los Rojas o Ayerbe";

que la estimación, como indicio, del hecho de que Neftalí Rojas hubiese facultado a Angel María Suárez para que le suministrara de su establecimiento de papelería, útiles escolares a los Rojas o Ayerbe, no tiene otro respaldo probatorio que la declaración del mismo Suárez; y

que, al admitir como indicio el hecho de que Neftalí Rojas hubiera empleado a Lilian durante varios años en la droguería con ciertas consideraciones propias de un padre, el sentenciador hizo "una afirmación gratuíta y un tanto sorpresiva", porque si es evidente que la casi totalidad de los testigos afirman que durante varios años Lilian prestó sus servicios en la droguería de propiedad del causante, ninguno de los deponentes hace referencia alguna a trato o consideración especial que le hubiera dispensado Neftalí a Lilian durante el tiempo en que ésta permaneció a su servicio en la botica.

Como remate de cada uno de los siete reparos que en esta última parte de la impugnación se acumulan, el recurrente le imputa al juzgador la infracción consecuencial del artículo 666 del C. J, cuyo contenido destacó preliminarmente.

-IV-

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. No se discute que, tratándose de la declaración de paternidad natural, con fundamento en el 5º. de los motivos del artículo 4º. de la ley 45 de 1.936, imperan las siguientes normas: que "la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento" (art. 6º. ley 45 de 1.936); que, para que la posesión notoria de ese estado civil se reciba como prueba "deberá haber durado diez años continuos, por lo menos"; y que "se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable" (arts. 7º. ibídem y 398 y 399 del C. Civ.).

2. Pero, la disciplina probatoria que, en razón de la delicadeza de la materia, estatuye el artículo 399 del C. Civ., como sistema de convicción sin dudas, no llega hasta imponer un régimen de tan extremado rigor que haga prácticamente irrealizable la demostración de la notoria posesión del estado civil, que en ciertos casos puede ser el único medio de establecer éste. Por ello, la estimación de los testimonios que la acrediten tendrá que hacerse con ponderada ecuanimidad de criterio, considerando las circunstancias personales de los testigos, el medio en que éstos actúan y las características peculiares del respectivo caso, es decir las calidades y relaciones de las personas a que sus declaraciones se refieren. Lo que el sistema legal requiere es que el **conjunto** de testimonios aportado como prueba de la notoria posesión del estado civil, razonablemente considerado dentro de las permisiones legales, establezca esa posesión, ante la conciencia del juzgador, de un modo incontrastable.

3. El libelo de casación que se contempla, fuera de que acusa simultáneamente por errores de hecho y de derecho la estimación que el Tribunal hiciera de los testimonios aportados para demostrar la posesión de estado de los demandantes, lo cual no se conforma con la exigencia de la técnica del recurso en el campo de la causal primera, hace una a manera de fraccionamiento de las declaraciones de los testigos, para analizar aisladamente las entresacas de tales testimonios, sometiéndolas a rigor crítico. Pero, ello no se compadece con las directivas lógicas que han de guiar el razonamiento en la estimación de tales medios:

Porque, si el testigo, ha de dar razón de su dicho y si, en principio, esta razón ha de ser explícita o sea formalmente referida, no repugna que ella esté implícita en los términos de la disposición misma, tomada en su conjunto; y así, tratándose de una declaración cuyos varios puntos, por razón de la materia, estén íntimamente enlazados entre sí, la razón de una de las respuestas podría encontrarse en la contestación dada a otro de los puntos de la misma exposición. Como lo enseña la doctrina, cuando se trata de la prueba testimonial, no se pueden analizar aisladamente unos pasajes de la declaración, sino que debe serlo "en su conjunto, para deducir su verdadera significación" (Cas. 31 marzo 1.955, LXXIX, 2151, pág. 842);

porque, como la declaración testimonial viene a producirse en forma de respuesta a una o más preguntas, en que lógicamente aquellas han de corresponder en una u otra forma a éstas, es claro que, para juzgar del alcance de una respuesta dada, no puede prescindirse de tomar en cuenta el contenido de la pregunta a que la misma se refiere; y

porque, como lo ha dicho la Corte, "una declaración no puede ser en manera alguna de precisión matemática, estereotipada y precisa en todos sus mínimos detalles. Ello sería contrario a la naturaleza humana, y si tal apreciación objetiva hubiera de exigirse en el testigo, ninguna declaración podría ser utilizada por la justicia....." (Cas. 2 junio 1.958, LXXXVIII, 2198, pág. 121).

4. No sobra advertir que el ataque hecho por el recurrente a la apreciación que de las declaraciones de testigos hizo el Tribunal para tener por establecida la posesión notoria del estado civil de los demandantes, no abarca todos los aspectos que las mismas ofrecen y que el sentenciador tuvo que tener en cuenta para fundar su decisión. Así, éste se refirió a que Neftalí Rojas dejó vivir en una casa de su propiedad a Rita Ayerbe con sus cuatro hijos, desde el año de 1.939 hasta el presente. Pero, no aparece tacha alguna sobre la estimación probatoria, relativamente a este hecho de trascendente significación. Otro tanto podría decirse de la afirmación del sentenciador, deducida de los testimonios, acerca de que la posesión notoria del estado civil que se discute duró más de diez años continuos. El recurrente apenas se limitó a afirmar que, según las transcripciones que de la prueba testimonial insertó atrás, no resulta establecido ese aserto del Tribunal. Pero no demuestra que éste hubiere incurrido en error de hecho evidente al ver, en cuanto a tal punto, las declaraciones de José María Rozo Salinas, Lucila Rozo Salinas y Víctor Manuel Cortés que expresamente hablan de la duración de ese tratamiento por tiempo mayor de diez años continuos y que guardan armonía con las referentes al hecho anotado atrás de haber Neftalí Rojas dejado vivir en una casa de su propiedad a Rita Ayerbe con sus cuatro hijos, desde 1.939 en adelante.

5. Apreciar las calidades de responsividad, exactitud y cabalidad de las declaraciones de los testigos, es tarea que compete al juzgador de instancia, como llamado a decidir la controversia; y en cuanto tales calidades se constituyen por elementos de hecho, es claro que el concepto que él se forme de ellas es intocable en casación, mientras no resulte convicto de arbitrariedad evidente.

6. Por convenir al caso **sub-judice** las consideraciones hechas por la Corte en sentencia de casación de fecha 22 de octubre de 1.963, aun no publicada, proferida en el juicio de Inés Ricaurte Rodríguez de Sarmiento contra María Luisa Rosiasco v. de Ricaurte, se reproducen a continuación los siguientes pasajes de la misma, para que hagan parte doctrinal de la presente, a saber:

Los factores que se congregan en la posesión notoria del estado de hijo natural son de extremada relatividad al contacto con las diversas situaciones de orden práctico. El modo concreto con que se haya proveído a la subsistencia del hijo escapa muy a menudo a la percepción directa del testigo, aunque para todos sea indiscutible que el padre haya atendido en forma regular a la manutención de su vástago. Son inferencias elementales que se desprenden por naturaleza de las circunstancias de cada caso. Y entonces la discrecionalidad del sentenciador está llamada a prevalecer.

Otro tanto se halla en lo conducente a educación y establecimiento del hijo. . . .

Y cuanto al establecimiento, hay de suyo numerosas formas de proveerlo, sin que pueda exigirse nada más allá de lo congruente en el asunto a examen.

A que se agrega la impropiedad, el valor fluctuante o entendido del vocabulario o expresiones de los testigos. A veces las palabras o frases adquieren cierta significación figurada, como cuando para afirmar simplemente la existencia de relaciones sexuales se dice de alguno que **vive** con fulana.

Todo lo cual acentúa en esos campos el horizonte que se abre y extiende a los poderes discrecionales del sentenciador, sin otro límite que el impeditivo de arbitrariedad demostrada.

Si con respecto a la posesión notoria del estado de hijo manda el artículo 399 del Código Civil que se pruebe "por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de modo irrefragable", ello significa que la tarea ponderativa no está confiada al recurso de casación, extraordinario y estricto, sino a la cordura y perspicacia del juzgador de instancia. Porque no es otro el invitado legalmente a calificar la fe que le merezcan los testimonios, no aisladamente, uno por uno, que eso no sería

conjunto, sino compenetrados los unos con los otros hasta integrar convicción afirmativa o negativa para acogerlos o rechazarlos dentro de su conciencia y proveer en conformidad.

"Es bastante, entonces, para que el juicio del sentenciador no admita censura en casación, que no descienda, según viene dicho, a la arbitrariedad, por situarse ostensiblemente por fuera de lo razonable, aunque se pueda ensayar otro análisis de los medios, más severo o sutil, mejor o más jurídico en sentir de la crítica. Aun en el supuesto de que el nuevo examen condujese a vacilaciones más o menos intensas, no dejaría de ser obvio que la ruptura del fallo acusado ha de fundarse en la certeza contraria, nunca en la duda.

"La notoriedad tampoco es un valor absoluto, y menos cuando se trata de la filiación natural. Hay grados de publicidad que se predican según los tiempos, las costumbres, los lugares y otras circunstancias de orden práctico que el sentenciador habrá de sopesar en orden a su propia convicción. Basta que los hechos se exterioricen ante un conjunto de personas por signos inequívocos, para que la filiación, por dejar de ser oculta, se haga notoria y prospere la inferencia de que así como ese grupo de personas tuvo al demandante como hijo de tal padre, no había secreto al respecto para todo el vecindario, aunque otros no se preocuparan de averiguarlo o de saberlo, o prefirieran ignorar todas esas cosas".

7. Cuanto a los reparos en relación con la prueba indiciaria, contenidos en la segunda parte de la acusación, cabe considerar lo siguiente:

Que los elementos a cuya apreciación bajo tal aspecto se refiere la censura, no están privados, como ésta lo supone, de aptitud probativa por el artículo 399 del C. Civ., el que sólo exige, para la demostración de la posesión notoria del estado civil, un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable. Por lo cual, todo medio legal conducente a formar parte de ese conjunto de testimonios es susceptible de ser recibido como prueba.

Así, el certificado del rector y el secretario de la Normal de Varones de Pitalito, sobre haber matriculado Neftalí Rojas a Reinaldo en tal establecimiento, en el año de 1.957, es un documento auténtico. A que se agrega que quienes lo expidieron, se ratificaron en ello bajo juramento. Las declaraciones de Pepa de Moncaleano, respecto de haber sido encargada por Neftalí, de matricular a Reinaldo en el mismo plantel, en el año de 1.958; de Angel María Suárez, acerca de haber sido facultado por Neftalí, para suministrarle útiles de estudio a los demandantes; y las muy numerosas que el recurrente no señala, respecto de haber Neftalí empleado en su droguería a Lilian durante varios años, son testimonios de diversidad acumulativa, convergentes a demostrar una situación dada, que pudieron, entonces, ser sumados por el sentenciador, para encontrar el conjunto probatorio de que habla el citado artículo 399; y en cuanto al carnet escolar de la misma Lilian, en que figura Neftalí Rojas como su padre, y a los recibos expedidos por Otilia Barahona a favor de Neftalí, de numerosas pensiones de Maura Enelia, son instrumentos que, al igual del susodicho certificado del rector y el secretario de la Normal de Varones, se acompañaron "en calidad de anexos probatorios" a la demanda, en cuyos hechos 5o., 6o. y 7o. se hizo la reseña de los mismos, para ilustración de la **causa petendi**, todo ello sin que ninguno de esos documentos hubiera sido atacado en instancia, por lo cual no podrían venir a ser impugnados en casación, pues es bien sabido que la prueba no atacada en instancia no puede serlo por vez primera en este recurso extraordinario.

8. La contemplación de la sentencia acusada muestra, en suma, lo siguiente: que el Tribunal de Neiva encontró en el conjunto de testimonios aportados al juicio la prueba suficiente a establecer la posesión notoria del estado civil de los demandantes, como hijos naturales de Neftalí Rojas; que vió tales testimonios, como se ostentan en el proceso, sin hacerles decir lo que ellos no rezan; que, en consecuencia, no incurrió en error manifiesto de hecho en su estimación; ni tampoco en error de derecho, porque si, a virtud de ese haz de testimonios, su convicción se polarizó en el sentido de ser cierta la paternidad alegada por los demandantes, al declarar ello, obró dentro de la preceptiva del artículo 399 del C. Civ., sin que contra ese dictamen del sentenciador así formado haya, para rectificarlo o sustituírlo, competencia alguna en casación.

De todo lo cual resulta que no pudo ser indirectamente violado el derecho sustancial a que la acusación se refiere.

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 trece (13) de julio de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

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. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. -José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

APELACIONES

Legitimación en el recurso. Nulidad.

La naturaleza misma del recurso de alzada exige oportuna inconformidad de parte legítima contra la decisión de inferior grado jurisdiccional. Si de hecho no sucede así, cuando los autos no descubren el carácter ni el interés con que alguien dice apelar del fallo, la circunstancia exterior de que el expediente suba y se tramite en segundo grado, no tiene relieve jurídico suficiente a llenar el vacío fundamental ocasionado por la ausencia de prueba de la calidad de parte o del interés de quien, por lo mismo, aparece extraño al litigio.

No se concibe que alguno puede reclamar de aquellas cosas que en nada le tocan. El extraño al juicio carece en absoluto de aptitud para apelar del fallo de primera instancia. Y el recurso que a él solo se le haya concedido, no abre en derecho el segundo grado ni la competencia del Tribunal para resolverlo. Así brota de plano la nulidad de lo actuado, por falta de jurisdicción (1o., 448, C. J.).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Contra la sucesión de Anatolio Tibaquirá Amaya, en cabeza de la cónyuge sobreviviente Maria Ignacia Nieto y de la hija legítima María del Tránsito Tibaquirá, y para la sucesión de José Aníbal Tibaquirá Amaya, fue entablada la demanda inicial del presente proceso por Concepción Jiménez, a su vez cònyuge sobreviviente y heredera universal testamentaria del susodicho José Aníbal Tibaquirá Amaya.

Se hicieron estas súplicas:

1a. Que la compraventa de que trata la escritura pública nùmero 3835 de fecha 21 de julio de 1.950, otorgada en la Notaría 4a. de Bogotá, es simulada o ficticia.

2a. Que la compraventa expresada encubre un convenio acordado entre los señores José Aníbal Tibaquirà y Anatolio Tibaquirá consistente en figurar aparentemente como dueño el último de los nombrados, junto con su esposa María Ignacia Nieto, de la casa que se hace aparecer como materia de contrato de compraventa en la escritura mencionada en el punto anterior.

3a. Que, en consecuencia, se decrete la cancelación de la inscripciòn de la escritura número 3835, de fecha 21 de julio de 1.950, otorgada en la Notaría 4a. de Bogotá.....

4a. Que no ha salido del patrimonio del señor José Aníbal Tibaquirá (hoy sucesión) el lote de terreno que él adquirió por compra a Anatolio Tibaquirá según consta en la escritura pública número 521 de fecha 21 de marzo de 1.934, otorgada en la Notaría 2a. de este Circuito, registrada el 5 de abril del mismo año.....

5a. Que, como consecuencia de lo anterior, se decrete la exclusión del lote de terreno alinderado y especificado en los hechos 9o. y 2o. de la presente demanda, de los inventarios y avalúos llevados a efecto en la sucesión del señor Anatolio Tibaquirá Amaya; y que por consiguiente se declare que tal lote no es parte de los bienes de tal herencia y que no entra en la partición y adjudicación que se haga en la misma sucesión.

6a. Que igualmente se excluya de los inventarios y avalúos de que trata el punto anterior, la casa que se hizo figurar en la compraventa de que trata la escritura número 3835 de fecha 21 de julio de 1.950, otorgada en la Notaria 4a. de Bogotà, para efecto de las declaraciones a que se contraen los puntos 1o. y 2o. de estas peticiones.

7a. Que se ordene el registro de la sentencia en la competente Oficina de Registro, que lo es la del Circuito de Bogotá.

8a. Que se condene en costas a la parte demandada.

Subsidiariamente:

"1a. Que por falta de causa y objeto lícito, carece de existencia y valor legal el contrato de compraventa que aparece hecho por medio de la escritura número 3835 del 21 de julio de 1.950, otorgada en la Notaría 4a. de Bogotá, por medio de la cual -sin ánimo de transferir el dominio- dicen vender José Anibal Tibaquirá y Concepción Jiménez de Tibaquirá a favor de Anatolio Tibaquirá y María Ignacia Nieto de Tibaquirà -también sin ánimo de adquirir dominio- la casa descrita en dicha escritura.

2a. Que por el no pago del precio que ficticiamente se hizo figurar en la compraventa de que trata la escritura mencionada en el punto anterior, se declare resuelto dicho contrato con las consecuencias legales y se condene a la parte demandada a pagar a la parte actora los perjuicios consiguientes.

3a. Que en uno de los puntos anteriores, resueltos favorablemente, si naturalmente no se acogen las súplicas principales, también se decrete la cancelación de la inscripción de la escritura número 3835, conforme a la postulación tercera principal.

4a. Que, igualmente, se ordene la exclusión de la casa que se hizo figurar como materia de compraventa al resolver estas peticiones subsidiarias, en la sucesión del señor Anatolio Tibaquirá Amaya, y que no se incluya dentro de los bienes herenciales susceptibles de partición; y que se haga condenación en costas.

5a. Que; también por el no pago del precio en cuanto hace referencia a la señora María Ignacia Nieto v. de Tibaquirá, se declare resuelto el contrato de compraventa que consta en la escritura pública número 3835 de fecha 21 de julio de 1.950, de la Notaría 4a. de esta ciudad, con las consecuencias legales referentes a la mencionada señora y en cuanto a sus posibles derechos; y se le condene al pago de perjuicios y costas".

El Juez del conocimiento, 2o. Civil del Circuito de Bogotá, con fecha 5 de septiembre de 1.962 decidió abstenerse de fallar en el fondo "por falta del presupuesto procesal de demanda en forma". Llegó el expediente al superior y previo el trámite de segundo grado, el día 18 de mayo de 1.963 el Tribunal de Bogotá resolvió:

"1o.- **Revócase** en todas sus partes la sentencia apelada, de fecha 5 de septiembre de 1.962, proferida por el señor juez del conocimiento.

2o.- **Abstiénese** el Tribunal de definir en el fondo el presente asunto, por lo que se comenta en la parte motiva de esta providencia.

3o.- **Devuélvase** el proceso al señor Juez a quo para que proceda como se indica en los considerandos.

4o.- Sin costas en la instancia".

Y es la oportunidad de resolver sobre el recurso de casación que la parte demandada interpuso y sustenta.

MOTIVACION DEL TRIBUNAL

Se transcribe en su integridad, a saber:

"Las peticiones principales de la demanda se encaminan a obtener la declaratoria de que es "simulada o ficticia la compraventa de que trata la escritura número 3835 de junio (sic) 21 de 1.950, que fue otorgada en la Notaría 4ª. de esta ciudad", peticiones que se dirigen a un mismo fin, porque la primera es relativa a la simulación demandada y las otras consecuencia de que ésta se decrete.

Es cierto, que en las peticiones subsidiarias, como lo anotó el fallador de instancia, las acciones propuestas son incompatibles entre sí. Pero éstas sólo pueden ser estudiadas

y resueltas en la hipótesis de que las principales no prosperen. Luego no puede haber "falta del presupuesto procesal" de "demanda en forma", como consecuencia de supuesta incompatibilidad entre las peticiones principales y las subsidiarias.

"Como el señor Juez a quo se abstuvo de fallar en el fondo el presente negocio, cuando ha debido hacerlo sobre la petición principal, se repite, no puede este Tribunal, sin pretermitir la primera instancia, entrar a resolver la cuestión planteada y es el caso de devolverlo al funcionario de primer grado de jurisdicción, previa la revocación de la providencia apelada, medida ésta que se impone, para que se pronuncie en el fondo en cuanto la demanda es apta para ello.

LA ACUSACION:

Dos cargos contempla la censura. Uno, por la causal 6ª.; el otro, por la causal 1ª. de casación. Y por cuanto aparece fundada la causal 6ª., no se consideran las alegaciones restantes. (538 C. J.).

Con apoyo en el ordinal 1o., artículo 448 del Código Judicial, la demanda invoca incompetencia de jurisdicción en el sentenciador, a consecuencia de que en realidad no hubo apelación acerca del fallo inhibitorio de primer grado. Discurre así:

En conformidad con el artículo 264 del Código Judicial, el mandato para la litis conferido por la actora Concepción Jiménez de Tibaquirá no terminó por su muerte. Su personería continuó en el mandatario, porque "nadie jurídicamente autorizado ha revocado dicho mandato", y "en los autos no existe prueba alguna sobre quienes pueden ser los sucesores a título singular o universal de la parte demandante.

Sin tener la más ligera vinculación con el proceso, sin ser parte en él, sin nexo jurídico alguno, sin ser sucesor o sustituto procesal a título singular o universal de la causante demandante, sin alegar ser tercero a quien conforme a la ley, pudiera perjudicar o aprovechar la sentencia, el señor Everardo Amaya F. aparece en los autos dando poder al Dr..., dizque para que continúe su representación en el proceso, sin haber tenido nunca dicha representación en él. F. 64 del C. 1o.

El juzgado 2o. Civil del Circuito de esta ciudad, sin percatarse de tal situaciòn, por auto de fecha 12 de marzo de 1.962, reconoció al Dr....., como apoderado judicial del señor Everardo Amaya F., en los términos y para los fines indicados en el memorial poder acompañado. F. 64 v. del C. No. 1.

Publicada y notificada la sentencia de primera instancia, el Dr..... presentó un memorial en que dice: "como apoderado de la parte actora, atentamante manifiesto a usted que apelo de la sentencia proferida en el negocio de la referencia".

Sostiene así la ilegalidad del auto de 27 de septiembre de 1.962, en que el juez concedió la alzada, "porque quien apeló no es apoderado de la parte actora, ni Everardo Amaya F. tiene vinculación alguna ni de hecho, ni de derecho con este proceso.

Continúa en el sentido de que los autos ilegales no vinculan al juez ni a las partes; de que la apelación exige en quien la interpone el carácter de parte, principal o siquiera incidental; de que Amaya F. "no es parte en el juicio, no tiene interès en él, no es tercero a quien el fallo pueda perjudicar, no es actor, y su pretendido apoderado no puede invocar jurídicamente la calidad de mandatario de la parte actora o demandante"; de que el único apoderado de la parte demandante, cuyo poder subsiste a pesar de la muerte de la mandante, no apeló del fallo; de que un error no puede impedir su ejecutoria; y de que "como consecuencia de esa situación, el Tribunal actúo en la segunda instancia sin competencia para ello, toda vez que ésta la adquiere únicamente como consecuencia de la apelación interpuesta por parte legítima. Y si actuó sin competencia, todo lo actuado es nulo, por incompetencia de jurisdicción".

Y remata:

Si la apelación no la interpone parte legítima dentro del término legal, debe negarse, y si por error se concede, el ad quem, tiene el deber de examinar si ella fue interpuesta por quien según los preceptos del derecho procesal se halla legitimado para tal fin.

"El Tribunal se negó a estudiar este aspecto, a pesar de habèrselo planteado en el alegato de segunda instancia, como puede obser-

varse al f. 12 del C. 5. Violó por consiguiente el artículo 455 del Código Judicial. Hay un vicio de actividad, porque si la relación procesal es inválida a partir de determinada etapa del juicio, si el juez continúa actuando viola las normas respectivas del ordenamiento procesal, que es de orden público, y por consiguiente obligatorio para todos los sujetos de la precitada relación jurídico procesal".

SE CONSIDERA:

1. La naturaleza misma del recurso de alzada exige oportuna inconformidad de parte legítima contra la decisión de inferior grado jurisdiccional. Si de hecho no sucede así, cuando los autos no descubren el carácter ni el interés con que alguien dice apelar del fallo, la circunstancia exterior de que el expediente suba y se tramite en segundo grado, no tiene relieve jurídico suficiente a llenar el vacío fundamental ocasionado por la ausencia de prueba de la calidad de parte o del interés de quien, por lo mismo, aparece extraño al litigio.

2. No se concibe que alguno puede reclamar de aquellas cosas que en nada le tocan. El extraño al juicio carece en absoluto de aptitud para apelar del fallo de primera instancia. Y el recurso que a él solo se le haya concedido, no abre en derecho el segundo grado ni la competencia del Tribunal para resolverlo. Así brota de plano la nulidad de lo actuado, por falta de jurisdicción. (1o., 448, C. J.).

3. En el asunto a examen está en lo cierto la censura cuando afirma que el expediente no revela el carácter ni el interès jurídico con que interviniera Everardo Amaya F. La circunstancia enteramente accidental de que figure como fiador de la actora en relación con los perjuicios que el registro de la demanda pudiese ocasionar, no le atribuye ingerencia en el proceso, no le da la condición de parte, ni le concede interès jurídico en la sujeta materia litigiosa. Esto hace visible que en la realidad procesal el único recurso de apelaciòn contra la sentencia de primera instancia fue concedido a un extraño. Lo que, por lo expuesto, encierra nulidad de lo actuado.

4. La parte opositora en la instancia y recurrente en casación, demostró ante el Tribunal el mismo vicio que ahora invoca. Pero el sentenciador pasó en silencio la alegación, sin resolver nada al respecto. Esto atrae la condena en costas. (458 C. J.).

RESOLUCION:

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 18 de mayo de 1.963 dictada en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotà, y en su lugar DECLARA LA NULIDAD DE LA ACTUACION desde el auto de 27 de septiembre de 1.962 inclusive, que concedió el recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia proferida el 5 de septiembre de 1.962 por el Juez 2o. Civil del Circuito de Bogotá.

Envíense los autos al Tribunal de su origen para que por consecuencia de la nulidad declarada se determine lo conducente con arreglo a derecho. (540 C. J.).

Costas de la segunda instancia a cargo de los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y cúmplase.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique Coral Velasco. - Enrique López. - de La Pava - José Hernández Arbeláez. - Ricardo Ramìrez L., Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE CULPA EXTRACONTRACTUAL O AQUILIANA. CONCURRENCIA DE CULPAS.

La confesión extrajudicial no puede acusarse por error de derecho.- Cosa juzgada.- Aplicación y efecto probatorio en asunto civil y penal.- Diferencia entre la violación directa de la ley y la indirecta.- Daño por culpa de la víctima.- Límite del estudio de las pruebas en casación.- Hecho de un tercero como causal de irresponsabilidad del demandado.- Se reitera la doctrina sobre responsabilidad directa de las personas jurídicas por faltas de sus empleados y dependientes.

1. Estando sometida la valoración de la confesión extrajudicial al juicio del juez (art. 608 del C. Judicial), ella no puede acusarse en casación por error de derecho, como lo tiene dicho la Corte en repetidos fallos.

2. Sabido es, como lo tiene aceptado la Corte, que solamente en tratándose de la aplicación de la cosa juzgada, tanto la parte resolutiva como los hechos íntimamente ligados a ella tienen efecto probatorio en uno y otro juicio, y que únicamente el fallo penal condenatorio del sindicado como responsable de la infracción, no permite poner en duda en el juicio civil por indemnización de perjuicios la existencia del hecho que lo constituye ni la responsabilidad del condenado (art. 20 del C. de P. P.).

3. La violación directa de la ley sustancial se diferencia fundamentalmente de la indirecta por errores de hecho o de derecho, en que, en la primera, el sentenciador acogiendo los hechos demostrados en el proceso, infringe la ley, en tanto que, en la segunda, la violación es una consecuencia de los errores de hecho o de derecho en la estimación de la prueba.

4. Generalmente el daño sufrido por la víctima o demandante es imputable a la culpa del demandado, por lo cual la indemnización consiguiente debe pagarla éste, ya que, conforme a los términos del artículo 2341 del C. Civil, el que ha cometido culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización. Pero casos hay en que el daño se debe a la culpa exclusiva de la víctima, la cual constituye una eximente de responsabilidad que la jurisprudencia comprende en lo que el código francés denomina intervención de un elemento extraño. Pero para que tal culpa exima de toda responsabilidad civil al demandado, es indispensable que haya sido la causa exclusiva del daño. Si apenas concurre con la culpa del demandado, sin eliminar la responsabilidad, se estaría dentro de una reducción del daño, que configura un evento diferente. Al respecto cabe recordar lo dicho por la Corte en casaciones de 15 de marzo de 1.941 y 25 de marzo de 1.953 (T. L. 793 y T. LXXIV, 419).

La culpa o imprudencia del damnificado que puede ocurrir por acción, o por omisión, como hecho que es, debe aparecer plenamente comprobada.

5. La Corte en el recurso extraordinario no puede oficiosamente ocuparse de estudiar todas las pruebas que al respecto contenga el expediente sobre el hecho a que se refiere el cargo sino exclusivamente de las determinadas en la demanda.

6. El hecho de un tercero es lo que la jurisprudencia considera que se comprende dentro de la intervención de un elemento extraño. La intervención de este elemento extraño configura una causal de irresponsabilidad del demandado, siempre que el hecho

del tercero tenga con el daño sufrido por la víctima una relación exclusiva de causalidad, pues en tal supuesto la culpa del demandado es extraña al perjuicio.

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

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

Josè Miguel Arismendi, por medio de apoderado, citó en juicio ordinario al Banco de Bogotá -Sucursal de Sogamoso-, representado por su gerente, Alberto Vèlez Ramírez, ante el Juzgado 2º. Civil del Circuito de Sogamoso con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

1a. Que el Banco pagará a "José Miguel Arismendi, seis días despuès de proferirse la sentencia, la cantidad de sesenta mil pesos ($60.000.oo) moneda legal como indemnización de perjuicios materiales derivados de la responsabilidad extracontractual de la citada entidad".

2a. Que el Banco de Bogotá, Sucursal de Sogamoso, pagará al mismo Arismendi "seis días después de ejecutoriada la correspondiente sentencia, la suma de dos mil pesos ($2.000.oo) moneda legal por concepto de indemnización de perjuicios subjetivos sufridos por el señor Arismendi".

3a. Que el mismo Banco "debe pagar, seis días después de la ejecutoria de la correspondiente sentencia, la suma de quince mil pesos ($15.000.oo) por concepto de perjuicios morales objetivados .....".

4a. Subsidiariamente, y si no se hacen las declaraciones anteriores que se condene a la entidad demandada a pagar al señor José Miguel Arismendi, dentro del término que se señale dentro de la correspondiente sentencia, la cantidad o cantidades que por concepto de perjucios materiales, perjuicios morales subjetivos y perjuicios morales objetivados, sean estimados pericialmente durante la tramitación de este juicio.

5a. Que en caso de oposición se condene al Banco a pagar las costas del juicio.

Los veintiún hechos en que hace consistir la causa u origen del derecho impetrado se pueden resumir asi:

José Miguel Arismendi fue nombrado por la Administración General de Rentas de Boyacá por resolución 118 de 25 de agosto de 1.954, como Recaudador Ambulante de Rentas, cargo del cual se posesionó el 1o. de octubre del mismo año.

Por resolución 147 de 1.954 Arismendi fue designado Recaudador de Rentas del Municipio de Sogamoso mientras el titular, Gabriel Durán Medina, gozaba de sus vacaciones legales. El 1o. de noviembre de aquel año entró a ejercer Arismendi este cargo.

El 1o. de febrero de 1.955, estando Arismendi desempeñando la Recaudación de Rentas de Sogamoso, los visitadores de la Contraloría General del Departamento de Boyacá, Pedro Monroy y Eurípides Duarte, practicaron visita a aquella recaudación con el fin principal de hacer entrega de dicha oficina al nuevo recaudador, Máximo Alberto Torres Soler.

Los visitadores, como resultado de su cometido, le dedujeron a Arismendi un alcance contable por la suma de veinte mil novecientos sesenta y dos pesos con siete centavos ($ 20.962.07).

Como consecuencia, el visitador Pedro Monroy ordenó la investigación penal del caso contra Arismendi, y mediante providencia de 9 de febrero de 1.955 dispuso su detención. Con antelación a èsta, había solicitado la insubsistencia del nombramiento de Arismendi, la cual fue atendida por el Administrador General de Rentas en resolución 11 de febrero 2 de 1.955, que en su artículo 4o. dispuso: "Declárase insubsistente el nombramiento del señor José Miguel Arismendi del cargo de Recaudador Ambulante de Rentas, a solicitud del Visitador Fiscal e Investigador de la Contraloría General del Departamento".

El conocimiento del negocio penal correspondió al Juez 2o. Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Máximo Alberto Torres, sucesor de Arismendi en la Recaudación de Rentas de Sogamoso, quien en enero de 1.956 desempeñaba el cargo de Visitador de Rentas del Círculo de Sogamoso, al estudiar las cuentas de la Visitaduría y de la Recaudación de Sogamoso estableció que la suma de $ 20.337,35, computada por los visitadores como alcance

a Arismendi, "había sido consignada por éste desde el 2 de diciembre de 1.954 en el Banco de Bogotá de Sogamoso y que en consecuencia no existía tal alcance ni el delito de Peculado", por el cual se le sindicaba.

Transmitido el informe al Contralor General del Departamento, dispuso éste levantar la glosa y oficiar al Juez del conocimiento para que se diera cesación al procedimiento penal, "por cuanto no existía ninguna clase de imputabilidad en contra del señor Arismendi". Asímismo con oficio 143 de 20 de enero de 1.956 remitió al Juzgado Superior de Santa Rosa el auto de fenecimiento, en virtud del cual se levantaba la glosa de $ 20.337,-35 deducida "en contra de Arismendi".

El Juzgado 2o. Superior de Santa Rosa, en providencia de 25 de enero de 1.956, ordenó la cesación de procedimiento por inexistencia de los hechos imputados a Arismendi, y ordenó la libertad incondicional.

El Tribunal Superior de Santa Rosa confirmó lo resuelto por el Juez del conocimiento en fallo de 25 de septiembre de 1.956.

El alcance deducido contra Arismendi, que dió origen a la investigación y detención del mismo, "se originó en una equivocación de la entidad demandada, por cuanto por error del empleado respectivo, la consignación en referencia fue acreditada en la cuenta corriente de la Visitaduría de Rentas del Círculo de Sogamoso", cuando Arismendi la había hecho el 2 de diciembre de 1.954 para la cuenta corriente de la Recaudación de Rentas de Sogamoso, según recibo del Banco.

Como consecuencia de la equivocación del Banco, Arismendi estuvo detenido en las cárceles de Sogamoso, Tunja y Santa Rosa desde el 2 de febrero de 1.955 hasta el 25 de enero de 1.956.

La sindicación de Arismendi por el delito de peculado y su detención preventiva por casi un año fue consecuencia directa del error bancario. Así lo reconoce la providencia citada del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Durante el tiempo que Arismendi estuvo detenido dejó de percibir "los sueldos y viáticos que devengaba como Recaudador de Rentas, los cuales ascendían a la suma de $280.oo mensuales y $ 5.oo diarios por concepto de viáticos".

El perjuicio causado por el error del empleado del Banco de Bogotá incidió también en los negocios de Arismendi, quien se dedicaba en Paipa a agricultura y ganadería en dos fincas que había tomado en arriendo a Marco Tulio Benítez y Emiro Fonseca, vecinos de aquel Municipio. En tales negocios invirtió la suma aproximada de $ 10.000.oo, la cual perdió, lo mismo que las utilidades provenientes de ellos por el abandono en que hubo de dejarlas a causa de su detención. Los perjuicios por este concepto ascienden a $ 15.000.oo

La privación de su sueldo como empleado público, lo imposibilitó también para atender al pago de las cuotas mensuales como deudor del Instituto de Crédito Territorial por la casa de habitación que éste le había construído en Paipa. Igualmente perdió el beneficio de los intereses que el Instituto reconoce sobre las cuotas que sus deudores abonan. Estos perjuicios montan la suma de $ 1.500.oo.

El descrédito que la detención le acarreó, dada la publicidad que de ella se hizo por la prensa y la radio, fue tal que, obtenida su libertad, muchas empresas y entidades le negaron empleo, por lo cual estuvo cesante por más de un año, recibiendo así perjuicios morales objetivos por un valor de $ 15.000.oo.

Finalmente, sufrió también perjuicios morales subjetivos que suben a $ 2.000.oo.

Como normas de derecho aplicables cita los artículos 63, 95, 1494, 1604, 3o., 2341, 2347 y concordantes del C. C.

El representante judicial del Banco se opuso a que se hicieran las súplicas de la demanda, y en cuanto a los hechos negó varios, dijo no constarle otros, y atenerse a la prueba de los demás.

El juzgado profirió sentencia de primer grado el veintisiete de enero de mil novecientos sesenta, en la cual resolvió:

1o. Declarar que el Banco de Bogotá -Sucursal de Sogamoso- es civilmente responsable y está obligado a pagarle al demandante Aris-

mendi "los perjuicios morales y materiales sufridos por èste".

2o. Condenar al Banco demandado a pagarle a Arismendi seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.oo) "por concepto de perjuicios subjetivos".

3o. Condenar a la misma entidad a pagarle al actor, dentro del mismo término, la suma de $ 5.160.oo "por concepto de indemnización de perjuicios objetivados.....".

4o. Condenar al Banco de Bogotá -Sucursal de Sogamoso- a pagarle a Arismendi, en el mismo término, la cantidad de cuatro mil novecientos cincuenta y nueve pesos con treinta y tres centavos ($ 4.959.33) "por concepto de perjuicios materiales que recibió por culpa del Banco condenado.....".

5o. Condenar al nombrado Banco a pagar a Arismendi dentro del plazo dicho, "los perjuicios materiales sufridos por éste por el incumplimiento al Instituto de Crédito Territorial en el pago de las cuotas, "los cuales se regularàn por el procedimiento del artículo 553 del C. J".

6. Condenar a la persona jurídica demandada a pagarle al actor, seis dias después de ejecutoriado el fallo, "los perjuicios materiales sufridos por éste con el abandono de sus labores agrícolas y ganaderas por la detención....", los cuales se regularán en el incidente de que trata el artículo 553 del C. J.

7o. Condenar al supradicho Banco a pagar las costas del juicio.

Apelada por ambas partes la decisión del Juzgado, fue confirmada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en sentencia de 7 de febrero de 1.961.

Motivación del fallo de segunda instancia.

Halla demostrados a plenitud con los documentos pertinentes la designación del demandante Arismendi en los cargos de Recaudador Ambulante de Rentas y de Recaudador de Rentas de Sogamoso, en reemplazo de Gabriel Durán Medina; la visita que le fue practicada por empleados de la Contraloría de Boyacà; el alcance de $20.962,-07 que le fue deducido; la orden de investigar el posible delito de peculado, su detención preventiva y la cesación de procedimiento por inexistencia del delito; y la detención de Arismendi entre el 2 de febrero de 1.955 y el 25 de enero de 1.956.

Alude a que el Tribunal en la providencia de cesación hizo constar que la imputación a Arismendi del delito que no se consumó, se debió a un error bancario. Añade que esta aseveración "aparece reafirmada con el certificado que dieron el Gerente y el Secretario del Banco de Bogotá, Sucursal de Sogamoso, fechado el 7 de enero de 1.956", el cual transcribe, y añade: "Es de advertirse que esta prueba en ningún caso fue impugnada".

Deduce que la única causa de la destitución de Arismendi del cargo que desempeñaba en las Rentas de Boyacá, su detención "y todas las incidencias resultantes en su contra no tuvieron causa distinta del error bancario", cometido al abonar la consignación de $ 20.337,-35 en cuenta distinta de la que tenía abierta como Recaudador de Rentas Departamentales de aquella ciudad.

Insiste en que el error bancario se ha demostrado "tanto por el Banco demandado, conforme al certificado de su Gerente y de su Secretario, y de que arriba se hizo alusiòn, como por las decisiones del señor Juez Segundo Superior y Tribunal de este Distrito", por el certificado de la Contraloria del Departamento, que dice haberse acreditado equivocadamente la consignación a cuenta diferente, lo que condujo a la entidad bancaria a producir un extracto inexacto en la cuenta de la Recaudaciòn, certificando para ésta un saldo inferior en $20.337,-35 del verdadero, y tambièn porque la obligación del Banco al recibir esta suma era la de acreditarla a la cuenta en que figuraba Arismendi.

Se ocupa luego de la responsabilidad indirecta en que pueden incurrir las personas jurídicas por las faltas culposas de sus agentes o dependientes con daño a tercero, en virtud de lo preceptuado por los artículos 2346, 2347, 2348, y 2352 del C. Civil "que regulan la responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra".

Considera que el Banco demandado "por conducto de uno de sus empleados, infirió daño al demandante Arismendi con motivo del alcance injustificado que se le cargó en sus

cuentas; por la destitución de su cargo oficial; por las detenciones que se le impusieron; por la opinión desfavorable que respecto de su conducta se formó entre sus conocidos y amistades, y por la pérdidas de dinero conque se afectó su patrimonio económico con relación a sus negocios privados, radicados éstos en las pérdidas de cosechas y de los beneficios que hubiera podido obtener del Instituto de Crédito Territorial como cliente suyo en la compra de su vivienda en el municipio de Paipa, al decir de los declarantes Emiro Fonseca, Marco Tulio Ramirez, Ramón Valderrama y Oromario López, trajinaba en agricultura y ganadería".

"La culpa, el perjuicio y la causalidad entre el error de conducta y el daño ocasionados", elementos constitutivos de la responsabilidad aquiliana, los encuentra debidamente establecidos en el proceso.

Acoge la apreciación que el Juzgado hace sobre las condenas por perjuicios, y confirma la sentencia de primer grado en todas sus partes.

Tanto el demandante como el demandado impugnaron la sentencia del Tribunal con el recurso extraordinario de casación.

La demanda de Arismendi pretende que el Banco sea condenado a pagarle las sumas de $10.188.78 por concepto de perjuicios morales objetivados, y $ 9.729.46 por perjuicios materiales, en vez de las de $5.160.oo y $ 4.959.33 que por dichos conceptos reconoció el Juzgado en los numerales 3o. y 4o. de la sentencia de primera instancia.

Con este fin, le hace al fallo del Tribunal dos acusaciones:

1ª. Violación indirecta de los artículos 2347 del C. Civil y 95 del C. Penal por error de hecho "ostensible y manifiesto", al no haber apreciado "el documento que aparece visible a fols. 36 y 36 v. del Cuaderno No. 2 (cuaderno de pruebas del actor)", según el cual, el monto del sueldo devengado por el Recaudador de Sogamoso, cargo que desempeñaba Arismendi cuando fue detenido, ascendió a la suma de $ 10.188,78 que no es la suma establecida por los peritos como perjuicios morales objetivos.

2a. Violación directa del artículo 2347 del C. Civil por falta de apreciación de la prueba ya citada, la cual establece que los sueldos dejados de devengar por Arismendi durante el tiempo de su detención fue de $ 9.729,46, valor de los perjuicios materiales.

El apoderado del Banco le formula al fallo de segundo grado cinco cargos:

1o. Violación directa de los articulos 2341, 2342 y 2347 del Código Civil por aplicación indebida, 1602, 1603 y 1604 del mismo, por no haberlos aplicado, ya que se trataría de una violación del contrato de cuenta corriente, no de una culpa extracontractual.

2o. Infracción indirecta de los artículos 2341, 2343 y 2347 del C. Civil "por apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas del expediente sobre los hechos en que se funda la acción contra el demandado".

3o. Lo enuncia por violación directa del artículo 2341 del Código Civil, pero en la demostración de él claramente lo encauza por trasgresión indirecta de esta norma, en cuanto el sentenciador no vió las pruebas que demuestran la culpabilidad exclusiva del actor y la de los visitadores de rentas y de la Contraloría Departamental de Boyacá en la detención de Arismendi, y del artículo 2357 de dicha obra, por que, dada la culpa de la víctima, al tenor de este precepto "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

4o. La sentencia no está de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda, por lo cual ha incurrido en el 2o. motivo de casación del artículo 520 del C. Judicial.

5o. Violación indirecta de los artículos 2341, 2342 y 2343 del Código Civil, 471 y 593 del C. J. como consecuencia de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas relacionadas con los perjuicios sufridos por Arismendi en sus negocios de agricultura y ganadería, con los que recibió mientras estuvo detenido, y con sus obligaciones como deudor del Instituto de Crédito Territorial.

Los artículos 537 y 538 del Código Judicial disponen que la Corte examine en orden lógico las causales aducidas, y que, si encuentra fundada alguna de las alegadas, no considere

las restantes, infirme el fallo y dicte en su lugar la resolución correspondiente.

Cuando las dos partes litigantes acuden en casación en casos como el presente el orden lógico indica considerar en primer término el recurso del demandado qué aspira a que se le absuelva totalmente o a que se reduzca la condena de conformidad con lo preceptuado por el art. 2357 del C. Civil, por la concurrencia de culpas, si es que alguna existe en el Banco, al paso que el demandante pretende que se agrave o aumente la condena del demandado, ya que a nada conduciría casar la sentencia encontrando demostrados los cargos propuestos por el demandante si al fallar, como Tribunal de instancia, la Corte halla que debe absolver al demandado, o, en subsidio, reducir la condena por encontrar que la víctima también incidió en culpa.

En consecuencia, la Corte examinará la demanda de casación presentada por el apoderado del Banco demandado, y se ocupará de los cargos 2o. y 3o. èste por encontrarlo viable, y aquel por la íntima conexión que tiene con el 3o. en lo tocante a la exención de culpa del demandado recurrente.

-II-

En el segundo cargo se impugna la sentencia de ser violatoria de ley sustantiva "por apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas del expediente sobre los hechos en que se funda la acción contra el demandado".

La síntesis de la acusación es la siguiente:

El hecho esencial sobre que versa el debate estriba en que Arismendi culpa al Banco de haber acreditado a la cuenta de la Visitaduría de Rentas, Círculo de Sogamoso, la consignación de los $ 20.337,35, en lugar de haberla acreditado a la cuenta corriente, Recaudación de Rentas de Sogamoso.

La sentencia acepta como probado el error del banco, al abonar a la cuenta de la Visitaduría esta suma "cuando ha debido abonarla en "la única cuenta corriente en que figuraba como responsable el consignatario Arismendi, que seguramente la habría movido en otras ocasiones por razón de su cargo, bien definido para ante la institución, como es obvio comprenderlo".

El fallo apoya este concepto en la certificación del Banco de Bogotá Suc. de Sogamoso, en conceptos de la Contraloría General del Departamento de Boyacá, del Juzgado Superior de Santa Rosa de Viterbo y del Tribunal Superior de ese Distrito.

De tales pruebas resulta:

El Gerente en aquella certificación dice que el Banco de Bogotá se equivocó al abonar la suma supradicha a la cuenta de la Visitaduría y no a la de la Recaudación. No expresa a cual Recaudación, pero sí lo dice el recibo de consignación al expresar que Cruz consignó $ 20.337,35 en la cuenta de "Recaudación de Rentas Deptales. del Círculo" cuenta que no existía, pues en la diligencia de inspección ocular se lée "que 'examinado el libro de Cuentas Corrientes del Banco de Bogotá se constató que no existe en 1.954 la cuenta denominada Recaudación de Rentas Departamentales del Círculo".

Resulta de este certificado que se obró mal abonando a la cuenta de la Visitaduría una suma no consignada para ella, sino que ha debido acreditarse a la cuenta indicada en el recibo de consignación, aunque no existiera tal cuenta.

"Así las cosas resulta error de hecho manifiesto atribuírle al certificado del Gerente el sentido de que, si se hubiera abonado con los veinte mil pesos y pico la cuenta beneficiada por el señor Cruz, no le habría pasado nada al señor Arismendi, pues aunque se hubiera abierto esa cuenta con el nombre que llevaba el recibo de consignación, el dinero no habría beneficiado al señor Arismendi, porque ni él figuraba como consignante, ni la visitaduría le hubiera encontrado la suma faltante, pues solo el señor Cruz le habría seguido los pasos a su consignación".

Es error atribuírle al certificado el sentido de que la cuenta de la "Recaudación" se refería a una cuenta manejada por Arismendi como empleado y con nombre distinto del que puso en el comprobante de la consignación. Lo natural es atribuírle al certificado el alcance de que los $ 20.337,35 debieron abonarse a la cuenta "Recaudación de Rentas Departa-

mentales del Círculo" como reza el comprobante de consignación.

Es error evidente aceptar que existe la cuenta a que fue consignado el dinero, a pesar de que en la inspección ocular se hizo constar que esa cuenta no existe en el banco demandado. Se violó la fe dada a la inspección ocular por el artículo 730 del C. Judicial, y, al atribuírle al certificado del Gerente el reconocimiento de que la suma consignada ha debido imputarse a la cuenta de Recaudación manejada por Arismendi, se incurre también en error evidente, porque el gerente se refirió a la cuenta de la Recaudación de que trata el recibo, la cual no existía.

"Estos crasos errores no alcanzan a la categoría de errores de derecho en la apreciación de las pruebas, sino pura obsesión del sentenciador de leer lo que no está escrito en el certificado bancario, de atribuírle a la cuenta del recibo de consignación cualquier nombre que beneficiara al señor Arismendi y no ver que en la inspección ocular practicada en los libros del Banco aparece que no existe la cuenta a que se refiere el recibo de consignación del señor Cruz".

Si el sentenciador hubiera examinado el certificado del gerente del Banco demandado a la luz de las leyes, se estaría ante un cargo por error de derecho en la apreciación de esta prueba; pero tomado "como un dardo contra el Banco sin examen alguno, no pasa de ser un manifiesto error de hecho todo lo que cree haber visto en él el Tribunal sentenciador. Si otra cosa pensais, tomad ese cargo como error de derecho en la apreciación de la prueba, ya por desdeñar lo que consta en la inspección ocular tantas veces citada, o por honrar la honorable Corte el pensamiento del Tribunal sobre la apreciación del recibo como error de derecho en darle el sentido que le ha inventado al beneficiar la causa del actor en este juicio".

Si el sentenciador leyó la inspección ocular, y a pesar de que en ella se dice que no existe la cuenta a que se hizo la consignación, estimó que si existe, violó el artículo 730 del C. Judicial sobre fuerza probatoria de las inspecciones oculares, y como consecuencia, los artículos 2341, 2343 y 2347 del C. Civil en que se funda la sentencia para condenar al banco, puesto que el certificado no es prueba de que se le haya causado daño extracontractual a Arismendi, dado que no tiene el sentido que le atribuye el fallo acusado, o sea, el de prueba de la causalidad entre la prisión de Arismendi y la mala imputación del dinero consignado por Cruz.

Los conceptos de los jueces penales citados como fundamento de la sentencia recurrida, no tienen la trascendencia que ésta les da, porque, si bien es cierto que los hechos reconocidos como ciertos hacen que en cualquier negocio, así sea civil, las apreciaciones de derecho no valen sino en el proceso en que se pronuncian.

Al deducirle el fallo impugnado responsabilidad al demandado, porque así lo dijeron los jueces penales y los funcionarios administrativos de Boyacá en procesos a los cuales no fue siquiera citado el Banco de Bogotá, incide en el error de hacerles decir que el banco debe responder civilmente, punto no tocado por ellos, y viola también el artículo 593 del C. J. que para la demostración de los hechos conducentes exige la plena prueba de ellos por alguno de los medios que constituyen la tarifa legal, dentro de la cual no caben los conceptos jurídicos de ningún funcionario, así pertenezca a la más alta autoridad de algunas de las ramas del Estado.

La aceptación por el sentenciador de que el Banco expidió un extracto con suma menor de la consignada, porque omitió incluir "los veinte mil pesos y pico", es un error evidente de hecho, puesto que no hay prueba de que los visitadores de rentas o alguien haya visto el día de la visita o en fecha distinta extracto alguno equivocado. El expediente no dice por qué el Contralor del Departamento de Boyacá afirma qué el banco expidió un extracto equivocado. Los responsables fueron los visitadores y contralores que teniendo el dinero faltante en su dominio permitieron la prisión de Arismendi, y no han ensayado explicar porqué "no le preguntaron al visitado si tenía o no fondos en el banco si hacía él mismo las consignaciones y si se valía de algún extraño o si aceptaba dineros de clientes del estanco en forma de consignaciones.

"Cuando el Tribunal termina su argumentación diciendo que el banco ha debido acreditar aquel dinero "en la única cuenta corriente

en que figuraba como responsable el consignatario Arismendi, quien seguramente la había movido en otras ocasiones por razón de su cargo, bien definido para ante la institución, como es obvio comprenderlo" incurre en los siguientes disparates:

Arismendi no tenía cuenta alguna movida por él, ya que en el expediente no aparece giro alguno, y la inspección ocular no encontró el nombre de él ni de cuenta alguna afectada con sus abonos y retiros. Si alguna tenía con su nombre, sería aquella en que Cruz consignó, la que, según queda visto, no era conocida en el banco demandado.

A los errores manifiestos de hecho consistentes en dar como probado lo que no aparece en el expediente, se agrega "el dislate" de fundar la sentencia en indicios no probados plenamente, pues el de que movía "seguramente la cuenta" es un indicio contra el banco "sin que lo abone la más leve prueba".

"Por esos errores de hecho y por los errores de derecho en la apreciación de considerandos de autoridades de lo penal y administrativo, "no solamente se violaron los artículos 593 y 666 del C. J. sino que se condenó al Banco como autor de culpa aquiliana sin estar demostrados los hechos en que se fundó la demanda, pues los tenidos por tales son producto de la imaginación del sentenciador.

"De esta suerte el fallo apoyado en estos errores y en las indebidas apreciaciones de los elementos de juicio que trae el proceso, viola los artículos 2341, 2342, 2343 y 2347 del Código Civil, ya que sin haberse acreditado culpa alguna generadora de perjuicios se ha condenado al demandado como si fuera responsable al tenor de estos textos del código".

Sintetiza así los cargos expuestos en este capítulo de la acusación:

"Mal leído el certificado del exgerente de la sucursal del Banco de Bogotá en Sogamoso; injurídicamente aceptada la opinión de jueces en lo penal sobre la responsabilidad del Banco en proceso en que ni siquiera fue oído y en donde no hubo fallo sino cesación de procedimiento a petición de los mismos responsables del apresamiento del señor Arismendi; obnubilación sobre la cuenta corriente, atribuyéndole al banco el error de no haber abonado los dineros consignados por Cruz en una cuenta corriente manejada por Arismendi, cuando tal cuenta no existió, como no existía la cuenta en que Cruz hizo el abono, y dando por probados indicios, ni siquiera con otros indicios sino en ausencia completa de prueba alguna, ya que nada acredita que Arismendi hubiera movido cuentas en aquel banco, tal es, Excelentísima Corte, el emocionado fallo del inferior, los aspavientos de la Contraloría y de los Visitadores, únicos autores con el señor Arismendi de los infortunios de que se queja este ciudadano".

SE CONSIDERA:

Para mejor fijar el alcance de los cargos contenidos en este capítulo de la demanda, es indispensable repetir lo que la sentencia expuso sobre las pruebas a que se refiere la acusación:

Luego de referirse a los documentos que establecen los empleos que Arismendi desempeñó en la Administración General de Rentas de Boyacá, como Recaudador de Rentas Departamentales de Sogamoso; la visita que, desempeñando este último cargo, se le practicó el 1o. de febrero de 1.955 con deducción del alcance por $20.962,07; la apertura de la investigación por el delito de peculado, y la detención preventiva, la cesación de procedimiento y la orden de libertad incondicional en virtud de providencias emanadas del Juzgado 2o. Superior y del Tribunal Superior, Sala Penal del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo; destaca de éstas el concepto de que el delito imputado a Arismendi pero no consumado, "se debió a un lamentable error bancario", y agrega: ".....esa aseveración sobre la existencia de un error bancario como origen de la investigación penal y de sus consecuencias contra Arismendi, aparece reafirmada en el certificado que dieron el Gerente y el Secretario del Banco de Bogotá, Sucursal de Sogamoso, fechado el 7 de enero de 1.955", que transcribe en los dos ordinales sobre la consignación de $20.337.35 hecha por Arismendi para la cuenta corriente de la "Recaudación de Rentas del Círculo de Sogamoso", y sobre "que por un error del empleado respectivo, la consignación en referencia fue acreditada en la cuenta corriente de la Visitaduría de Rentas del Círculo de Sogamo-

so debiendo corresponder a la de la Recaudación". Y añade el Tribunal: "es de advertir que esta prueba en ninguna ocasión fue impugnada".

Más adelante se ocupa de la observación del apoderado del Banco en su alegato de conclusión en segunda instancia, alusiva a que no podía haber error de la entidad demandada con acreditar la consignación a la cuenta de la Visitaduría, porque la de "Recaudación de Rentas Departamentales del Círculo" no existía. Y prosigue el sentenciador: "Es evidente que los hechos relacionados en la demanda, según lo que se ha visto han sido establecidos satisfactoriamente, y que la existencia del 'error bancario', refutado sí pero no impugnado debidamente, se ha demostrado tanto por el Banco demandado, conforme al certificado de su Gerente y su Secretario, y de que arriba se hizo alusión, como por las decisiones del señor Juez 2o. Superior y Tribunal de este distrito; por la certificación del señor Contralor General del Departamento "que habla del error bancario, del extracto falso en la cuenta corriente de la Recaudación que da cuenta de un saldo inferior a $20.337,35 al que debía registrar dicha cuenta". A lo cual observa el Tribunal: "y también porque la obligación del Banco, al percibir los dineros cuestionados, era la de acreditarlos en la única cuenta corriente en que figuraba como único responsable el consignatario Arismendi, quien seguramente la había movido en otras ocasiones por razón de su cargo, bien definido para la institución, como es obvio comprenderlo".

Infiérese que el Tribunal encuentra probada la culpa del Banco, en primer término, con la certificación expedida por el Gerente y el Secretario de la institución. Tal aserto lo expresa dos veces; en segundo, con las decisiones del Juzgado 2º. Superior y del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo y con la certificación del Contralor del Departamento de Boyacá que a una afirman el error cometido por el Banco en haberle acreditado la consignación a la cuenta corriente de la Visitaduría de rentas y no a la de Recaudación de las mismas. Y como tercera razón expone la de no haberla acreditado a la única cuenta corriente en que figura Arismendi, la cual en otras ocasiones habría movido por razón de su cargo bien definido para el Banco.

El certificado expedido por el Gerente y el Secretario del Banco de Bogotá, Sucursal de Sogamoso, el 7 de enero de 1.956 "a petición del señor Visitador de rentas del Círculo de Sogamoso", constituye una confesión extrajudicial, ya que hay en él una manifestación de ser cierto el hecho de haber consignado Arismendi el 2 de diciembre de 1.954 para la cuenta corriente de la Recaudación de Rentas del Círculo de Sogamoso la suma de $ 20.337,35, y de ser cierto que, por un error del empleado respectivo, la consignación se acreditó a la cuenta corriente de la Visitaduría de Rentas del Círculo de Sogamoso "debiendo corresponder a la de la Recaudación". Además, la manifestación fue hecha a un tercero, en un documento no destinado a servir de prueba en relación con la culpa originante de perjuicios causados a Arismendi, y en èl se advierte manifiestamente el ánimo de confesar el error o culpa del empleado del Banco y, por ende, la de éste, ya que la confesión emana del propio gerente del banco (art. 604 del C. J.).

El Tribunal, por no quedarle duda acerca de la confesión misma, le dió el valor de plena prueba al tenor del artículo 608 del C. Judicial.

La manifestación del gerente de que el empleado del Banco cometió un error acreditando la consignación a la Visitaduría de Rentas del Círculo de Sogamoso, y no a la de Recaudación de Rentas del Círculo de Sogamoso, hay que entenderla en el sentido de que el abono debía haberlo hecho el empleado respectivo a la cuenta que la Recaudación de Rentas tenía en ese Banco, de lo contrario, sería absurdo que el Gerente, asesorado de su Secretario, hubiera hablado de error, pues mal puede hacerlo si no se acreditó a una cuenta corriente inexistente. El Banco en el reconocimiento voluntario del derecho ajeno en que consiste la confesión, acepta que aquella consignación debía haberse acreditado a la cuenta corriente que tenía la Recaudación de Rentas Departamentales de Sogamoso.

Ahora bien, la diligencia de inspección ocular da cuenta de que a partir del 8 de febrero de 1.954 aparece la cuenta número 758 con el nombre de "Visitaduría de Rentas del Círculo de Sugamuxi", en la cual obra el saldo de $ 20.337,35. Asimismo anota que obra la cuenta corriente número 452 "Recaudación del Cír-

culo de Sogamoso", cuya tarjeta acompañó a su alegato de conclusión el apoderado del Banco, en la cual, además del título anotado, hay un sello que dice : "DEPARTAMENTO DE BOYACA. -Recaudación de Rentas de Sogamoso- y como dirección RECAUDACION DE RENTAS DEPARTAMENTALES"

Expresa el acta de inspección ocular que no existe la cuenta denominada "Recaudación de Rentas Departamentales del Círculo" con que figura en el recibo número 005204 de 2 de diciembre de 1.954 la consignación de $ 20.337,35, pero sí la número 452 denominada "Recaudación del Círculo de Sogamoso". No habiendo de las Rentas Departamentales de Boyacá en el Banco demandado sino las dos cuentas corrientes de Visitaduría de Rentas del Círculo de Sugamuxi y las de Recaudación del Círculo de Sogamoso, y llevando la tarjeta correspondiente a esta las especificaciones de Rentas Departamentales de Sogamoso y Recaudación de Rentas Departamentales, que el gerente del Banco necesariamente tuvo en cuenta para expedir el certificado contentivo de su confesión, se deduce que el error del empleado estuvo en no acreditar a la cuenta de la Recaudación del Círculo de Sogamoso la consignación hecha para la cuenta corriente de RECAUDACION RENTAS DEPARTAMENTALES DEL CIRCULO, porque comparada esta leyenda con la tarjeta dicha, no le quedó la menor duda de que la consignación era para esta cuenta y nunca para la de la Visitaduría.

El Tribunal, que necesariamente tuvo a la vista el recibo de consignación y la tarjeta de la cuenta Recaudación de Rentas del Círculo con las adiciones puestas en ella para la mejor determinación de las consignaciones, llegó a la misma conclusión, y por eso acogió el certificado del gerente como confesión, sin que pueda decirse que haya caído en error evidente de hecho, porque todo confluye a indicar que la consignación a la cuenta de Recaudación de Rentas Departamentales del Círculo no iba para la de la Visitaduría sino para Recaudación del Círculo de Sogamoso, que allí tenían abiertas las Rentas Departamentales de Boyacá.

El Tribunal no alteró en su apreciación el certificado del Banco al acoger el reconocimiento de que el empleado ha debido imputar la consignación de Arismendi a la única cuenta de Recaudación de las Rentas de Boyacá existente en el Banco, porque mal podía hablar el certificado de error por no haber abonado la suma consignada a una cuenta inexistente. Habría expresado en tal caso que el error había estado en abonarla a la cuenta de la Visitaduría, y que no se había acreditado a la de la Recaudación de Rentas Departamentales del Círculo por no existir, con lo cual habría eludido confesar la culpa del Banco.

Por constar en la inspección ocular que no existía la cuenta Recaudación de Rentas Departamentales del Círculo, con que fue consignada la suma de $20.337,35, no constituye error de hecho la aceptación de que la consignación se hizo para la única cuenta de la Recaudación de Rentas Departamentales existente en el Banco con el nombre de Recaudación del Círculo de Sogamoso, porque, como queda expuesto, examinada dicha cuenta no solo en su denominación sino en todas las especificaciones que contiene la tarjeta respectiva, se concluye que se trata de la cuenta a que aquella se refiere. Haberle agregado al recibo de consignación Rentas Departamentales, fue ponerle una explicación que contiene la tarjeta.

El error de hecho en la apreciación del certificado o confesión extrajudicial del Banco no aparece demostrado.

El error de derecho en la apreciación del certificado que el recurrente plantea para el caso de que la Corte estime que dicha prueba fue bien apreciada por el Juez, además de que pecaría contra la técnica del recurso, que ordena exponer las causales en forma perentoria, no de modo condicional, es inconducente, porque, estando sometida la valoración de la confesión extrajudicial al juicio del Juez (art. 608 del C. Judicial), ella no puede acusarse en casación por error de derecho, como lo tiene dicho la Corte en repetidos fallos.

Admitido que no cometió error de hecho el Tribunal al haber aceptado que la consignación de Cruz debía acreditarse a la cuenta corriente de la Recaudación del Círculo, de cuya existencia informa el acta de inspección ocular, no cabe sostener que hubo error de derecho en la valoración de esta prueba.

La tacha a la sentencia por haberle deducido responsabilidad al Banco con respaldo en las decisiones del Juzgado 2o. Superior y del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y en la certificación del Contralor General del Departamento de Boyacá, en cuanto en tales documentos se afirma que la detención de Arismendi y sus consecuencias se debieron al error del Banco, por no haber acreditado la consignación de Arismendi a la cuenta corriente de la Recaudación de Rentas del Círculo de Sogamoso, constituye en realidad error de hecho, ya que se da por probada la culpa del Banco con documentos que nada tienen que ver con él, puesto que las apreciaciones contenidas en la sentencia penal son totalmente ajenas a la entidad demandada, que no intervino ni tenía por qué intervenir en el proceso penal. Y sabido es, como lo tiene aceptado la Corte, que solamente en tratándose de la aplicación de la cosa juzgada, tanto la parte resolutiva como los hechos íntimamente ligados a élla tienen efecto probatorio en uno y otro juicio, y porque únicamente el fallo penal condenatorio del sindicado como responsable de la infracción, no permite poner en duda en el juicio civil por indemnización de perjuicios la existencia del hecho que lo constituye ni la responsabilidad del condenado. (Art. 20 del C. de P. P.).

Razones mayores existen para sostener que el concepto de la Contraloría en asuntos de su resorte, relacionados con el fenecimiento de las cuentas de Arismendi, no es medio probatorio de la culpa del Banco, ya que a este tampoco le era dado intervenir en tales diligencias.

Pero el error de hecho, resultante de haber tenido en cuenta medios de juicio inconducentes a demostrar la culpa aquiliana del Banco en la detención de Arismendi, no lleva a la casación del fallo en razón de no haber prosperado el cargo contra la aceptación de la confesión extrajudicial que contiene el certificado del Banco.

La misma razón existe para no considerar la impugnación a la argumentación del Tribunal de que el Banco debía haber acreditado el dinero consignado a la única cuenta en que figuraba Arismendi como responsable, porque, en el supuesto de que tal aserto constituyera un soporte de la sentencia y no una razón de reforzamiento a las afirmaciones de los fallos penales y el documento de la Contraloría, su prosperidad tampoco llevaría a la invalidación de la sentencia.

Se concluye que las censuras propuestas en este capítulo de la demanda no pueden prosperar.

-III-

El tercer cargo lo formula "por violación directa del artículo 2341 del Código Civil, por cuanto este texto exige que el hecho culpable sea la causa del daño sufrido". Como explicación previa de la censura, dice el recurrente que se sitúa en la hipótesis de que la Corte "encontró probados los mismos hechos que le sirvieron de fundamento al Tribunal de Santa Rosa de Viterbo para condenar al Banco de Bogotá".

Expone que, para que haya resarcimiento de perjuicios, es indispensable que exista un nexo de causalidad entre el daño y la culpa.

Supone asimismo que Arismendi tenía una cuenta corriente manejada por él en el Banco demandado, y que en esa cuenta consignó Cruz aquel dinero; que en estas condiciones se le practicó la visita, en la cual se le encontró el alcance, y manifestó "que..... 'no tenía un centavo más fuera de lo que había entregado y que sobre ese faltante no se explica a qué se debe, pues solamente se dió cuenta de ello cuando el señor Visitador de Rentas le hizo un arqueo provisional al iniciar su visita para verificar la entrega".

Observa a esto el impugnante que Arismendi no sabía que tenía fondos en el Banco de su cargo; ni que Cruz le había consignado la mayor parte del faltante; que no tenía extracto, ni le pidió al Visitador que examinara los fondos bancarios, si la libreta de consignaciones se le había perdido, o que solicitaran un informe al Banco sobre el dinero consignado por Cruz, que era el que faltaba; "calló como un inconsciente" y de es ainconsciencia se hace responsable al Banco, y se adelanta este juicio, "en que no sólo se cobran perjuicios concretos sino que se deja la vena abierta para explotar al Banco por tiempo y cantidad indefinidos".

"Fue Arismendi el que con su silencio e ineptitud para manejar su puesto buscó su apresamiento, pues para evitarlo le había bastado examinar la libreta de consignaciones, la chequera, el extracto enviado por el Banco, pero no limitarse a decir "no tengo un centavo más y no me explico el faltante".

A lo cual agrega el recurrente la circunstancia de que desde el 2 de diciembre, en que hizo Cruz la consignación, los Visitadores tenían en su cuenta bancaria los $ 20.337,35, y lo ignoraban porque no habían leído los extractos que les llegaban.

Invita el recurrente a la Corte a que, al calificar esta tacha, diga si fue el Banco de Bogotá o Arismendi quien con su negligente actuación provocó su prisión.

Con solo leer los extractos que el Banco pasaba a los Visitadores y Contralores que descubrieron la verdad, se habría visto el paradero del faltante.

El Visitador que dedujo el alcance, denunció a Arismendi por desfalco y lo hizo detener, permaneció un año sin leer los extractos bancarios "sin percatarse de que abundaba en dinero y sin reconciliar sus cuentas con el Banco".

Esta conducta y el silencio sospechoso de Arismendi sobre la consignación de Cruz en cuenta desconocida, fueron la causa de su apresamiento. Si hubieran acudido al Banco, habrían obtenido la aclaración que un año después lograron los Visitadores leyendo los extractos de la cuenta corriente de la Visitaduría en que aparecían los $ 20.337,35.

Prosigue el acusador diciendo que la misma Contraloría General de Boyacá explica la conducta de estos empleados en la pieza visible al folio 11 del Cuaderno número 1, numeral segundo, en que declaran que, al hacer el Visitador de Rentas un estudio de las cuentas corrientes de la Visitaduría y de la Recaudación de Rentas de Sogamoso, llegó a la conclusión de que Arismendi había consignado desde el 2 de diciembre de 1.954 la suma de $ 20.337,35, que el empleado del Banco acreditó a la cuenta corriente de la Visitaduría en lugar de haberlo hecho en la de la Recaudación.

Observa que el descubrimiento no se hizo por el estudio de las cuentas corrientes de la Visitaduría y la Recaudación, porque la cuenta en que consignó Cruz no existía sino solamente porque la de la Visitaduría mostraba los $20.337,35 sin explicación. El cargo que les hace es el de que durante doce meses no leyeron los extractos de la cuenta corriente de la Visitaduría.

Agréguese a esto que Arismendi no solamente dejó de justipreciar el alcance de los $ 20.337,35 sino el de $ 1.510.32, por los cuales también habría sido detenido con prescindencia de la manera como se imputó la consignación hecha por Cruz.

"Error de este señor al consignar los dineros en cuenta corriente que no existía; negligencia culpable de Arismendi al no exhibir ante el Visitador la consignación que Cruz le había hecho dos meses antes de la visita; silencio culpable de Arismendi al negarse a dar explicación del faltante; desconocimiento de la Visitaduría del estado de sus negocios, puesto que tampoco se explicó durante más de un año por qué le sobraban $20.337,35; mala conducta del señor Arismendi al no justificar el otro alcance de $ 1.510,32 deducido por la Contraloría General de Boyacá, y proceder festinado e injusto del Visitador y de los contadores que teniendo a su disposición los $ 20.337,35 en su cuenta bancaria, pidieron el apresamiento de Arismendi".

Con los errores de conducta de empleados y demandante corre parejas el silencio del sentenciador sobre la calificación de estos episodios de la vida administrativa del Departamento de Boyacá.

Tratándose en este negocio de calificar la conducta observada por las partes en litigio, para saber cuál acto u omisión fue la causa del apresamiento de Arismendi, y como esto es lo que la sentencia no analiza, porque omitió la enunciación de aquellos hechos y su calificación, acusa el fallo por error de hecho manifiesto "al no ver la conducta de Visitadores, Contadores y Contralores, ni la del señor Arismendi, ni la de Cruz, ni la del Banco ante una consignación de $ 20.337,35 en cuenta corriente inexistente" y como si la Corte fuera a pronunciar fallo de instancia, expone un razonamiento que resume así:

La manera como sucedieron los hechos indica claramente que el Banco de Bogotá no fue la causa de los daños que reclama el actor sino éste mismo y la entidad o funcionarios que le dedujeron el alcance por $20.337,35, que ellos tenían.

Si se hubiera abonado la consignación de Cruz a la cuenta inexistente "Recaudación Rentas Departamentales del Círculo", y se practica la visita a Arismendi, ante el absoluto silencio de éste, el Visitador no podía hacer otra cosa, ya que aquel no exhibió el recibo de la consignación hecha por Cruz, ni pide que se llame para que diga qué hizo el dinero, ni reclama el extracto de diciembre anterior.

Insiste el impugnante en que no se le puede imputar al Banco error de conducta, si hubiera abonado los $ 20.337,35 a la cuenta indicada en el recibo de consignación efectuada por Cruz, porque no existía dicha cuenta; ni puede decirse que en este caso debía haberse devuelto por el Banco el dinero consignado, porque no se acusa al demandado por no haber devuelto el dinero sino por haberlo abonado en la cuenta de la Visitaduría en vez de haberlo hecho en la cuenta inexistente indicada por Cruz o en otra distinta; tampoco es costumbre que los Bancos devuelvan los dineros consignados para cuentas inexistentes, ni Cruz dejó su dirección, ni Arismendi ha dicho quién es este sujeto, ni qué se hizo, ni por qué consignó el dinero en cuenta inexistente; ni por qué la torpeza de su mandatario tiene que caer sobre el Banco, y a Arismendi debe premiarse por el disparate de su empleado o mensajero.

Se extiende luego en consideraciones relacionadas con que, hecha una consignación para una cuenta no abierta en el Banco, éste no podía adivinar que se trataba de otra, ya que tanto Arismendi como Cruz hubieran podido explicar que el dinero se había consignado en la cuenta que dice el recibo para haber aclarado todo como lo hizo el Banco, cuando un año pespuès explicó por qué tenia la Visitaduría un excedente igual a la suma que faltaba.

"No habiendo sido la conducta del Banco causa determinante de la prisión ni remotamente podía haber sido prevista por esta institución, el Tribunal infringió directamente el artículo 2341 del Código Civil al condenar al Banco demandado, porque este texto exige en su frase entre comas, que la responsabilidad depende de que la conducta de una persona haya sido la causa del daño.

"A esta violación llegó por los errores manifiestos de hecho consistentes en no haber analizado la conducta de las personas que intervinieron en el apresamiento del señor Arismendi, no obstante ser esa la principal labor del juzgador y estar plenamente establecida en autos. Si hubiera examinado esa conducta, habría observado que aun reconociendo el Banco deBogotáel deber de acreditar la inexistencia de la cuenta de "Recaudación Rentas Departamentales del Círculo", siempre le había deducido el alcance al empleado visitado, puesto que ni siquiera exhibió en el arqueo el recibo de consignación de Cruz, derrotero seguro de justificación, ni supo responder del otro alcance, por el cual también lo procesaron, o sea, el de los $ 1.510,32 que muestra la séptima línea del folio 16 del cuaderno principal".

Si es legal dar plazo a los responsables de un desfalco, han debido concederlo al señor Arismendi cuando lo visitaron, pero tenerlo preso un año, darlo luego en libertad y concederle un plazo injurídico, es malabarismo que no puede hacerse contra el Banco demandado.

No apreciar jurídicamente la conducta de las partes al ocurrir el hecho dañoso es también una apreciación errónea del valor legal de una prueba, aspecto por el cual también hace extensivo el cargo.

Cuando se ha incurrido en culpa, pero el daño se debió a culpa de la víctima el resarcimiento no puede correr exclusivamente a cargo del autor de la culpa, porque el artículo 2357 del C. Civil dispone que "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".

Como nadie puede calificar de prudente el silencio de Arismendi en el acto de la visita, sino del más inepto proceder, la sentencia acusada quebrantó también ese precepto legal, porque, aunque se quisiera encontrar una conducta irregular en la sucursal del Banco de Bogotá, tendría que reducirse su responsabilidad a cero o a la ínfima cifra en vez de convertir en pingüe negocio la culpa en que incurrió Arismendi.

SE CONSIDERA:

El cargo comprende tres aspectos: I). Arismendi es el culpable de su detención no el Banco; II). La conducta de Arismendi, la de los visitadores y empleados de la Contraloría Departamental de Boyacá fueron la causa del apresamiento del primero; y III). El Banco y Arismendi incurrieron en la culpa que causó los daños.

Antes de estudiar cada uno de los apartes de la censura, debe observarse que el recurrente formula el cargo por violación directa del artículo 2341 del C. C. aceptando expresamente que la Corte encontrara probados los hechos que llevaron al Tribunal a condenar al Banco, pero luego en la exposición de la parte referente al segundo aspecto, o sea, a la pluralidad de culpas, sostiene que la violación de la norma invocada se debió a errores de hecho. Es así cotradictoria la demanda, porque la violación directa de la ley sustancial se diferencia fundamentalmente de la indirecta por errores de hecho o de derecho, en que, en la primera, el sentenciador acogiendo los hechos demostrados en el proceso, infringe la ley, en tanto que, en la segunda, la violación es una consecuencia de los errores de hecho o de derecho en la estimación de la prueba.

De otra parte, en la demostración de que la detención del actor se debió exclusivamente a su propia conducta, invoca un hecho, que fue su actitud en la visita, contenido en lo que sobre este particular recoge el acta respectiva. Lo que quiere decir que, aunque se propuso la censura por violación directa del artículo 2341, lejos de demostrarla o establecerla, la derivó el impugnante hacia la indirecta por el error de hecho consistente en no haber tenido en cuenta el Tribunal la conducta del demandante que, dice el acusador, fue la causa exclusiva de su detención y, por tanto, de los perjuicios cuya indemnización impetra.

Generalmente el daño sufrido por la víctima o demandante es imputable a la culpa del demandado, por lo cual la indemnización consiguiente debe pagarla éste, ya que, conforme a los términos del artículo 2341 del C. Civil, el que ha cometido culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización. Pero casos hay en que el daño se debe a la culpa exclusiva de la víctima, la cual constituye una eximente de responsabilidad que la jurisprudencia comprende en lo que el Código francés denomina intervención de un elemento extraño. Pero para que tal culpa exima de toda responsabilidad civil al demandado, es indispensable que haya sido la causa exclusiva del daño. Si apenas concurre con la culpa del demandado, sin eliminar la responsabilidad, se estaría dentro de una reducción del daño, que configura un evento diferente, del cual se trata adelante.

La Corte ha dicho: "Se tiene consagrado doctrinariamente por la jurisprudencia que las causas exonerantes de la responsabilidad son el caso fortuito, la fuerza mayor y la intervención de un elemento extraño, colocando dentro de esta última causa exonerativa la imprudencia con que el damnificado se haya expuesto al daño..... y que determina sus resultados sobre la condena del autor del hecho ilícito, en forma que va desde la exoneración total hasta la disminución y prorrateo del monto de la indemnización, según las circunstancias de cada caso". (T. L- 793).

"La falta de la víctima, que en ocasiones es la causa exclusiva del daño, exonera de toda clase de responsabilidad, no sólo de aquella que reposa o fundamenta sobre una falta probada, más aún, de aquella que se apoya en una falta presumida, responsabilidad por el ejercicio de una actividad, peligrosa. (G.J.T. 74 pag. 419).

La culpa o imprudencia del damnificado que puede ocurrir por acción o por omisión, como hecho que es, debe aparecer plenamente comprobada.

Ahora bien, en el caso sub lite el acta de visita, suscrita por Arismendi, reza:

"Requerido el señor Arismendi, por los suscritos visitadores fiscales y de rentas para que pusiera de presente la suma de $ 26.989.07 que según el balance de la cuenta sale a deber, éste contestó que no tiene ni un centavo más fuera de lo que ya había entregado y que sobre ese faltante no se explica a que se deba, pues solamente se dió cuenta de ello cuando el señor Visitador de Rentas le hizo un "arqueo provisional" al iniciar su visita para verificar la entrega....."

El arqueo provisional a que se refiere el visitado Arismendi se le practicó, según el acta citada, el 22 de enero de 1.954, y la visita de entrega, el 2 de febrero siguiente, es decir, que Arismendi tuvo ocho días para indagar en el Banco de Bogotà por el destino que se le había dado a la consignación de $ 20.337.35 efectuada por Cruz. Tal parece que el demandado, al ser informado del faltante, quedó en un desconcierto tal, que lo inhibió de toda actividad tendiente a dar con ese dinero, porque no otra cosa significa la constancia de que no tenía ni un centavo más de lo que había entregado, y que sobre el faltante no se explica a qué se debía. Si la culpa es el error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias externas, hay que aceptar que la persona diligente que tiene a su cargo una Recaudación en que manejaba bienes por más de $ 100.000.oo a la que desde luego hay que suponer competente para desempeño del cargo, que indudablemente tenía la conciencia de que no había dispuesto del dinero, que sabía de la investigación que le venía, no se habría resignado a someterse mansamente al procedimiento, sino que por todos los medios, especialmente averiguando en los Bancos donde consignaba el dinero valièndose de las libretas o recibos de consignación, de los extractos y chequeras en los ocho días que precedieron a la visita y en los subsiguientes que le hubieran dado los visitadores, habria obtenido informe de la consignación cuyo descubrimiento le dió su libertad y la cesación de procedimiento por inexistencia del ilícito. Si asi no obró, sino que se resignó a decir que no se explicaba a qué se debía el faltante, no queda la menor duda de que hubo negligencia de su parte, omisión en que no hubiera incurrido en esa circunstancias una persona prudente. Significa esto que Arismendi incurrió en culpa, pero que no fue la causa exclusiva de su detención, porque la omisión en que consistió, no destruye la culpa del Banco, consistente en no haber acreditado la consignación de Cruz a la cuenta de la Recaudación del Círculo de Sogamoso, como queda visto en el estudio del segundo cargo. Existe una concurrencia de culpas del demandado y la víctima, pero no en forma tal que la segunda sea eximente de responsabilidad, sino que conlleva a la réducción de la indemnización.

El cargo por violación indirecta del artículo 2341 del C. Civil en cuanto la sentencia no absolvió al Banco, por ser Arismendi el único culpable de su detención, carece de fundamento.

La culpa o error de conducta de los Visitadores como hecho que es, debe resultar demostrada con las pruebas que el sentenciador no apreció, las cuales deben ser citadas por el recurrente y analizadas para demostrar el error manifiesto de hecho que se atribuye a la sentencia, pues la Corte en el recurso extraordinario no puede oficiosamente ocuparse de estudiar todas las pruebas que al respecto contenga el expediente sobre el hecho a que se refiere el cargo sino exclusivamente de las determinadas en la demanda.

Sobre el error de conducta del Visitador de Rentas cita el acusador el siguiente aparte del numeral segundo del auto de fenecimiento proferido por la Contraloría General de Boyacá en que declara que el actual Visitador de Rentas "al hacer un estudio de las cuentas corrientes de la Visitaduría y Recaudación de Rentas de Sogamoso, llegó a la conclusión de que el responsable señor Arismendi había consignado desde el 2 de diciembre de 1.954 en aquella entidad la suma de $ 20.337,35, suma que el empleado del Banco acreditó a la cuenta corriente de la Visitaduría del Círculo siendo que había sido hecha para cargar a la Recaudación".

También alude el paso del mismo documento en qué la Contraloría reduce el alcance a la suma de $ 1.510.32, para cuya consignación le señala un término de seis días a partir de la notificación de dicha providencia.

El error de conducta que la censura les hace a los visitadores con respaldo en lo que dice el Contralor, se reduce a que durante doce meses no leyeron los extractos de la cuenta corriente de la Visitaduría, lo que les hubiera bastado para explicar el sobrante. Si el documento citado dice que para encontrar el error, el Visitador de Rentas actual tuvo que hacer un estudio de las cuentas corrientes de la Visitaduría y de la Recudación, así hay que aceptarlo, con tanto mayor razón si, como reza el auto de la Contraloría, ésta hubo de nombrar peritos para esclarecer el error, es porque para ello no bastaba la simple lectura de los extractos para establecerlo.

El cargo no tocaría con los Visitadores de la Contraloría que en asocio del Visitador de Rentas practicaron la visita a Arismendi en que le dedujeron el alcance, porque ellos solamente tuvieron en cuenta los documentos que presentó el Recaudador, no los de la Visitaduría de Rentas, dado que a ésta no le practicaban visita.

El error de conducta sería imputable en caso tal al Visitador de Rentas que intervino en la visita, al cual le llegaban los extractos de la cuenta corriente. Pero la omisión en confrontar los extractos con la libreta de consignaciones y el talonario de chequeras, sí constitutiva de culpa relacionada con la detención de Arsimendi, ella no alcanza a configurar la causa exclusiva de la detención, porque para esto sería indispensable que desapareciera el error del Banco, y no puede decirse que por no haber reconciliado el Visitador de Rentas los extractos, la prisión de Arismendi no tiene su origen en la errónea imputación que el demandado hizo de la consignación efectuada por Cruz.

El error de conducta del Visitador de Rentas constituiría lo que la doctrina llama el hecho de un tercero, que la jurisprudencia considera que se comprende dentro de la intervención de un elemento extraño. La intervención de este elemento extraño configura una causal de irresponsabilidad del demandado, siempre que el hecho del tercero tenga con el daño sufrido por la víctima una relación exclusiva de causalidad, pues en tal supuesto la culpa del demandado es extraña al perjuicio.

"Jurídicamente no es cualquier hecho o intervención de tercero lo que constituye la causa de exoneración de responsabilidad; es necesario, entre otras condiciones, que el hecho del tercero aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado, anexa a la noción de culpa, se desplaza del autor del daño hacia el tercero en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales integrantes de la responsabilidad civil. Cuando el hecho del tercero no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad". (G. J. LVI-298).

Tampoco la culpa del Visitador de Rentas y la de Arismendi, la cual ya está analizada, alcanzan juntas a ser la causa exclusiva del daño recibido por Arismendi, por cuanto entre ella y la detención de Arismendi no hay una relación de causalidad en forma que excluyan el error de conducta del Banco. Sería absurdo decir que en razón de la omisión de Arismendi y de no haber leído el Visitador de Rentas los extractos que el Banco le pasó en diciembre de 1.954, desapareció la culpa del Banco y, por ende, su responsabilidad en la detención del demandante.

No cabe traer a cuento el alcance que la Contraloría en el auto de fenecimiento definitivo de las cuentas de Arismendi le deduce por la suma de $1.510.32, porque el faltante por el cual se le abrió la investigación penal fue por la suma ds $20.962.07, y la misma Contraloría inmediatamente tuvo la comprobación de que Arismendi sí había consignado en el Banco de Bogotá, Sucursal de Sogamoso, la cantidad de $20.337,35, que erróneamente se había acreditado a la cuenta corriente de la Visitaduría y no a la de Recaudación de Rentas, ordenó "oficiar al Juez del conocimiento sobre la cancelación del alcance en el acto de entrega el 1o. de febrero de 1.955 con los dineros hallados en el Banco de Bogotá, Sucursal de Sogamoso, y en la cuenta corriente de la Visitaduría del Círculo de Sógamoso, a la cual el Banco habría acreditado erradamente la consignación número 005204 de 2 de diciembre de 1.954 hecha por el Recaudador de Sogamoso a la cuenta corriente de la Recaudación". El mismo documento citado por el recurrente expresa claramente que el delito de peculado comprendía solamente el faltante de $20.337,35, pues, una vez que se estableció que Arismendi había consignado esa suma en el Banco, se pidió su libertad, y el Juzgado del conocimiento y el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo la decretaron, como consecuencia de que no existía el delito. Contra estas providencias no puede sostenerse hoy que el delito y la detención se refirieron al alcance de $1.510,32, por los cuales se le dió un plazo para consignarlos, y no se dispuso abrir investigación respecto de él.

El cargo de que hubo error de hecho manifiesto proveniente de que el sentenciador no tuvo en cuenta que el error de conducta de los visitadores y de Arismendi como causa exclusiva de la detención de éste, tampoco tie-

ne asidero en las pruebas citadas por el recurrente.

Sobre el tercer aspecto del cargo, se vió cómo es innegable que Arismendi, al ser requerido por los visitadores para que diera cuenta de la suma de $20.337,35 que resultó faltando, incurrió en una conducta negligente que, si no alcanzó a constituir el carácter de culpa exclusiva o intervención de elemento extraño, eximente de responsabilidad del Banco, sí constituye una concurrencia de culpas que, por mandato del artículo 2357 del C. Civil, impone una reducción en la apreciación del daño, razón por la cual el fallo debe casarse para hacer la correspondiente reforma al fallo de instancia.

SENTENCIA DE INSTANCIA

La competencia al Juzgado del Circuito de Sogamoso se la dan la cuantía del negocio y el domicilio de la Sucursal del Banco de Bogotà en aquella ciudad. La demanda llena las exigencias de los artículos 205 y 737 del Còdigo Judicial. La existencia del Banco de Bogotá -sucursal de Sogamoso- la acredita el certificado de la Superintendencia Bancaria (fol. 23 C. 1o.) que establece también la representación del Gerente citado al juicio, quien a su vez constituyó apoderado judicial. El demandante compadece como persona natural, en nombre propio y debidamente representado.

Así que los presupuestos procesales se llenan a cabalidad.

La acción instaurada es la de indemnización de perjuicios por responsabilidad civil nacida de culpa extracontractual o aquiliana. La funda el demandante en que, por error del empleado respectivo del Banco, la consignación de $20.337,35 que el 2 de diciembre de 1.954 hizo Arismendi a la cuenta corriente de la Recaudación de Rentas del Círculo de Sogamoso, fue acreditada en la cuenta de la Visitaduría de Rentas del Círculo de Sugamuxi; en que por este error, le fue deducido al Recaudador Arismendi en la visita que le practicaron los Visitadores de la Contraloría Departamental el 1o. de febrero de 1.955 un alcance por la cantidad de $ 20.962,07, se le abrió investigación penal, y fue detenido desde el dos del mismo febrero hasta el 25 de enero de 1.956, en que fue puesto en libertad por haberse ordenado la cesación de todo procedimiento por inexistencia del delito; y en que por esta detención recibió perjuicios materiales, morales objetivados y morales subjetivos.

No se trata de perjuicios contractuales provenientes de incumplimiento del contrato de cuenta corriente, por que la de Recaudación del Círculo de Sogamoso la había abierto el Recaudador de Rentas Departamentales de Sogamoso, de modo que el contrato se había convenido entre el Banco y la entidad oficial Recaudación de Rentas. Arismendi personalmente era un tercero en el contrato, y su condición de Recaudador lo autorizaba para hacer consignaciones y girar cheques sobre esa cuenta.

De otra parte, la demanda en sus peticiones, en los hechos y en las normas que cita como fundamento del derecho reclamado, es tan clara que no queda la menor duda de que la acción incoada es la indemnización de perjuicios extracontractuales.

El nombramiento de José Miguel Arismendi como Recaudador Ambulante de Rentas de Boyacà y su posesiòn los comprueban la copia de la resoluciòn 118 de 1.954 del Administrador General de Rentas, de la certificación de la Contraloría General (fols. 25 y 13 C. 2) y de la diligencia de posesión (fol. 10 C. 1o.).

Copia de la resolución 147 de 1.954 de la Recaudación General de Rentas acredita la designación de Arismendi para permanecer al frente de la Recaudación de Rentas Departamentales de Sogamoso desde el 1o. de noviembre de aquel año. (fol. 9 C. 1o.).

El 27 de octubre de 1.954 le fue entregada por José Gabriel Durán, Recaudador que entraba en vacaciones, a Arismendi con intervención de un delegado de la Contraloría y el Visitador de Rentas de Sugamuxi, la Recaudación de Rentas Departamentales de Sogamoso, como lo demuestra la copia del acta respectiva. (fols. 23 a 34 C. 2).

La visita practicada por los Visitadores de la Contraloria Departamental y el Visitador de Rentas a Arismendi el 1o. de febrero de 1.955, para hacer entrega de la Recaudación al nuevo Recaudador, y en la cual le fue deducido

el alcance por $ 20.962,07, la establece la copia del acta respectiva. (fols. 17 a 28 C. 1o.).

El mismo documento contiene la orden de iniciar y adelantar la correspondiente investigación. (fol. 23).

Por resolución No. 11 de 2 de febrero de 1.955, a solicitud del Visitador Fiscal e Investigador de la Contraloría Departamental, se declaró insubsistente el nombramiento de José Miguel Arismendi del cargo de Recaudador Ambulante de Rentas. (fol. 4 C. 1o.).

Por auto de 9 de febrero de 1.955, el mismo funcionario decretó la detención preventiva de Arismendi por el delito de peculado cometido cuando ejercía el cargo. de Recaudador de Rentas Departamentales de Sogamoso y en la cuantía por la cual se le dedujo el alcance. (fols. 20 a 21 C. 2o.).

Obran asímismo, en copia, el oficio del Visitador de Rentas del Círculo de Sogamoso al Administrador General de Rentas, por el cual informa que habiendo estudiado las cuentas corrientes de la Visitaduría y de la Recaudación en el Banco de Bogotá, encontró que la consignación de $ 20.337,35 hecha el 2 de diciembre por Arismendi, se había acreditado erróneamente a la cuenta de la Visitaduría y no a la de la Recaudación; del oficio del Administrador de Rentas al Contralor General del Departamento en que se le transcribe la comunicación del Recaudador; (fols. 34 v. a 36 C. 1o.) del auto de la Contraloría General de Boyacá por el cual se le redujo el alcance a Arismendi a la suma de $ 1.510,32 y dispone hacerle saber al Juez Superior del conocimiento la cancelación del alcance deducido a Arismendi en la visita de entrega el 1o. de febrero de 1.955; (fols. 11 a 16 C. 1o.) y del oficio por el cual la misma Contraloría remitió al Juzgado 2o. Superior copia del auto de fenecimiento.

Fueron aducidas en copia las providencias del Juzgado 2o. Superior de Santa Rosa de Viterbo, enero 25 de 1.956, y del Tribunal Superior de aquel distrito, septiembre 25 del mismo año, mediante las cuales se decretó la cesación de todo procedimiento contra Arismendi por inexistencia del delito, y se ordenó su libertad incondicional. (fols. 5 a 8 C. 1o. y 21 v. a 22 v. C. 2).

Con fecha 7 de enero de 1.956, a solicitud del Visitador del Círculo de Sogamoso, el Gerente y el Secretario del Banco de Bogotá certificaron sobre la consignación de José Miguel Arismendi por $ 20.337.35 para la Recaudación de Rentas del Círculo de Sogamoso, la que por "un error del empleado respectivo.... fue acreditada en la cuenta corriente de la Visitaduría del Círculo de Sogamoso debiendo corresponder a la de la Recaudación". (fol. 3 C. 1o.).

De los certificados expedidos por el Secretario de la Penitenciaría de Tunja, y el Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, resulta que Arismendi estuvo detenido desde el 5 de febrero de 1.955 hasta el 25 de enero de 1.956 (fols. 41 y 42 v. C. 1o.).

En la inspección ocular practicada en la primera instancia, se establecieron los siguientes hechos: 1o. La consignación por $ 20.337,35 hecha por José M. Cruz para la cuenta corriente Recaudación Rentas Departamentales del Círculo, según recibo 504 de 2 de diciembre de 1.954; 2o. En la cuenta número 900 de la Visitaduría de Rentas de Sugamuxi, se acreditó dicha consignación en el mismo día, la cual aparece como saldo en la fecha de la diligencia. 3o. En la cuenta corriente número 452 Recaudación del Círculo de Sogamoso no aparece consignación.

Resultan acreditados a plenitud de este conjunto probatorio los siguientes hechos:

José Miguel Arismendi desempeñaba el cargo de Recaudador de Rentas Departamentales de Sogamoso desde el 1o. de noviembre de 1.954; por conducto de José M. Cruz consignó oportunamente el 2 de diciembre de 1.954 la suma de $ 20.337.35 a la cuenta Recaudación de Rentas Departamentales del Círculo, que erróneamente fue abonada a la cuenta de la Visitaduría de Rentas Círculo de Sugamuxi y no a la de la Recaudación; en la visita que del 1o. al 5 de febrero de 1.955 le practicaron los Visitadores Fiscales de la Contraloría General de Boyacá y el Visitador de Rentas del Círculo de Sogamoso a Arismendi, le fue encontrado un faltante de $ 20.962.07 del cual no supo dar razón; en consecuencia, le fue deducido un alcance por tal suma, y se dispuso abrir la investigación penal correspondiente por razón de la cual

fue detenido el 5 de febrero; estudiadas las cuentas corrientes de la Recaudación de Rentas y la de la Visitaduría de Rentas por el Visitador que sucedió al que intervino en la visita, fue hallado el error reconocido por el banco, en cuanto se abonó la consignación a la cuenta corriente de la Visitaduría y no a la de la Recaudación. Informada la Contraloría del estudio practicado por el Visitador, ordenó se practicara un nuevo examen con el cual se confirmó que Arismendi sí había consignado el dinero a la cuenta de la Recaudación, y le levantó el alcance hallado en la visita. Como consecuencia de esto el Juzgado Segundo Superior ordenó la cesación de procedimiento en el proceso que se le había adelantado por peculado, y dispuso la libertad de Arismendi en providencia de 25 de enero de 1.956, que fue confirmada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Ya en la consideración de los cargos se vió cómo el error de conducta que cometió el empleado del Banco, al abonar la consigación en la cuenta corriente de la Visitaduría de Rentas del Círculo de Sugamuxi y no a la de la Recaudación de Rentas de Sogamoso, constituye una culpa, la cual ha concurrido con la de Arismendi en la detención del mismo, pues tanto en el Banco como en el demandado hay una "falta de la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actividades propias".

Respecto a los perjuicios, consta a plenitud que el actor por causa del procesamiento fue privado del cargo de Recaudador Ambulante que desempeñaba, ya que se declaró insubsistente este nombramiento, cuando solamente debía haber sido suspendido, y que estuvo detenido preventivamente 11 meses 16 días.

La Contraloría General de Boyacá, División de Archivos, certifica que, de acuerdo con las cuentas rendidas por la Administración de Rentas Departamentales, José Miguel Arismendi devengó como Recaudador de Rentas de 1o. de enero a 5 de febrero de 1.955 un sueldo mensual de $ 300.oo y $ 5.oo diarios de viáticos. (fol. 13 C. 2).

La demanda, en el hecho 17, concreta el primer renglón de perjuicios materiales por razón de los sueldos y viáticos que Arismendi dejó de percibir, mientras estuvo detenido, a razón de $ 280.oo y $ 5.oo. diarios por concepto de viáticos.

Para comprobar los perjuicios que recibió en sus negocios de ganadería y agricultura, se recibieron los testimonios de Emiro Fonseca, Marco Tulio Benítez, Ramón Valderrama Molano y Oromario López Monroy, quienes declaran así:

El primero, que no sabe si Arismendi haya tenido negocios con Marco Tulio Ramírez; que personalmente el testigo apalabró con Arismendi algunos negocios sobre agricultura y ganadería y aún de arriendo de unas tierras; "que algo realizaron pero la mayor parte de ellos quedaron sin ejecución por la ausencia de Arismendi debida a la detención de que fue objeto; que le parece que los negocios que realizó con Arismendi "valieron algo menos de un mil pesos, y menos de dos mil los que dejaron de realizar por su ausencia".

Benítez manifiesta que no tuvo conocimiento de los negocios de Arismendi.

López Monroy dice que en alguna ocasión Arismendi le dijo que iba a ver una finca, pero no le dió cuenta de quién era el dueño, y que ignoraba sus negocios.

Valderrama Molano expone que supo que en el año de 1.954 o 1.955 Arismendi tenía una compañía de agricultura pero no pudo saber con quién era, ni cuya era la finca.

De los testimonios de Benítez, López Monroy y Valderrama M. no se infiere demostración alguna de los daños que el demandante hubiera recibido en el año de 1.955. El solo dicho de Fonseca tan vago en cuanto a que le parece que los negocios que realizaron valieron algo menos de mil pesos y menos de dos mil los que dejaron de realizar, no determina el perjuicio ni alcanza a constituir plena prueba (Art. 696 del C. J.).

Sobre los perjuicios, que según la demanda, sufrió Arismendi a causa de no haber podido servir la deuda que tenía contraída en el Instituto de Crédito Territorial, el expediente recogió un certificado expedido por el Gerente de esta entidad, conforme al cual Arismendi no cumplió con el pago de las cuotas de su obligación contraída con el Instituto, por los meses de noviembre y diciembre de 1.954 y enero de 1.955, en los cuales no había sido detenido. (fol. 50 v. C. 2).

Los perjuicios morales objetivados los hizo consistir el demandante en que "con posterioridad a su libertad en muchas empresas y entidades le negaron empleo por el desprestigio que la detención le causó, viéndose precisado a permanecer cesante por un lapso mayor de un año después de obtenida su libertad". Sobre estos particulares no se adujo prueba alguna.

Los peritos avaluaron los perjuicios en los siguientes términos:

A los materiales, teniendo en cuenta que Arismendi estuvo detenido 11 meses y 16 días, y que como Recaudador Ambulante devengaba un sueldo de $280.oo mensuales y $ 5.oo pesos diarios de viáticos, le señalan la suma de $ 4.959.33.

Los que recibió en sus negocios de ganadería y agricultura en dos fincas tomadas en arrendamiento y en las cuales tenía invertidos $10.000.oo que perdió, los estiman en $ 12.300.oo, representados por el capital perdido y un rendimiento del 2% mensual por el tiempo de la detención.

A los provenientes de no haber cumplido con el pago de las cuotas al Instituto de Crédito Territorial, le fijan $ 1.500.oo.

Justiprecian los perjuicios morales objetivados en la cantidad de $ 5.160.oo, para lo cual toman como razones que estuvo un año sin conseguir trabajo y que el sueldo que devengaba cuando fue detenido era de $ 430.oo.

Avalúan los perjuicios morales subjetivos en la suma de $ 35.000.oo.

Del avaluó pericial el Juzgado acepta solamente el de los perjuicios materiales representados por los sueldos que dejó de devengar mientras estuvo detenido, y el de los morales objetivados.

No acepta el Juzgado el que le fijan a los perjuicios materiales que Arismendi recibió en sus negocios, por que este hecho se encuentra sin comprobación en cuanto al dinero invertido, el arrendamiento de las dos fincas, y porque los peritos no dan razones técnicas ni legales para fundar su dictamen.

Análogas observaciones hace a los que le causó la imposibilidad de cumplir sus obligaciones con el Instituto de Crédito.

Sin embargo ordena que se justiprecien por el trámite del artículo 553 del C. Judicial estas dos especies de perjuicios materiales.

También rechaza el fijado por los peritos a los subjetivos, y siguiendo la jurisprudencia aceptada por la Corte, les señala la suma de $ 2.000.oo, en lo cual está de acuerdo el Tribunal.

El artículo 721 del C. Judicial al avaluo "explicado y debidamente fundado de dos peritos", le da el valor de plena prueba. El aducido en este juicio, exceptuando el atinente a los perjuicios materiales consistentes en no haber devengado los sueldos de Recaudador Ambulante por causa de su detención y durante ella, es inaceptable respecto de los demás perjuicios materiales y los morales objetivados, porque como se vió, el actor no los demostró, y los peritos están llamados a avaluar los que se hallen probados en el expediente, no los que el demandante ha anunciado en el libelo, pero que no ha logrado establecer.

De conformidad con el artículo 392 del C. de P. Penal los empleados o funcionarios públicos no pueden ser detenidos mientras no se haya decretado, a petición del funcionario de instrucción, o Juez, la suspensión del empleo; de acuerdo con esto Arismendi no podía ser destituido de su cargo de Recaudador de Rentas Ambulante mientras no se le definiera su situación en el sumario abierto por peculado. Esta razón unida a la circunstancia de que de no haber sido detenido, seguramente habría continuado en el cargo dicho, justifica el justiprecio que los peritos hicieron de estos perjuicios. De otra parte el sueldo y viáticos que deben tenerse en cuenta son los que según la demanda, devengaba como Recaudador Ambulante, no el sueldo de Recaudador de Rentas de Sogamoso, porque, cuando se le practicó la visita en que se le dedujo el alcance, ya estaba nombrado y posesionado el titular al cual le hacía entrega Arismendi.

El Banco de Bogotá -Sucursal de Sogamoso-; dada la culpa en que incurrió, los daños materiales comprobados y los morales subjetivos cuya fijación por el Juez autoriza el artículo 95 del C. Penal y lo tiene aceptado la Corte en sostenida y larga jurisprudencia, y el nexo de causalidad entre los daños y la culpa, está obligado a pagarlos por mandato del artículo

2341 del C. Civil, que tal ordena a quien ha cometido una culpa, así sea persona natural o jurídica.

Se transcribe y reitera la doctrina que la Corte acogió en fallo de treinta de junio último no publicado, sobre responsabilidad directa de las personas jurídicas por faltas de sus empleados y dependientes:

"La doctrina general ha formulado serios reparos a la forma indirecta de la responsabilidad de las personas morales, motivo por el cual dicha forma puede considerarse ya fenecida, en lo que atañe a tal especie de persona.

"La tesis organicista de la división de los agentes, en funcionarios órganos y subalternos auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa solo de las culpas de los primeros, y de modo indirecto por las de los últimos, es artificiosa e inequitativa.

"En cambio el problema se desata en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de la reponsabilidad directa, en una palabra, por ser actos de los agentes, sus propios actos".

La reducción de la indemnización como consecuencia de la concurrencia de culpas, la fija la Corte, como Tribunal de instancia, y de conformidad con el artículo 2357 del C. Civil, en la suma de mil pesos, así: ochocientos por los perjuicios materiales y doscientos por los morales subjetivos.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el siete de febrero de mil novecientos sesenta y uno en el juicio ordinario seguido por José Miguel Arismendi contra el Banco de Bogotá Sucursal de Sogamoso, y como Tribunal de instancia,

RESUELVE:

1o. Revócase la sentencia del Juzgado 2o. Civil del Circuito de Sogamoso de veintisiete de enero de mil novecientos sesenta.

2o. Condénase al Banco de Bogotá, Sucursal de Sogamoso, a pagarle a José Miguel Arismendi seis días después de ejecutoriada esta sentencia la cantidad de cuatro mil ciento cincuenta y nueve pesos con treinta y tres centavos ($4.159.33) por razón de los perjuicios materiales reclamados en este juicio.

3o. Condénase al mismo Banco a pagarle a José Miguel Arismendi, seis días después de de ejecutoriada esta sentencia, la suma de mil ochocientos pesos ($ 1.800.oo) moneda legal colombiana como indemnización de los perjuicios súbjetivos que recibió por culpa del Banco.

4o. Absuélvese al Banco de los demás cargos de la demanda.

Sin costas en la segunda instancia y en el recurso.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

FILIACION NATURAL

Violación directa de la ley. Recurso de casación.

1. La violación directa de la ley, como la misma expresión lo indica, no puede hacerse con base en medio probatorio alguno, así se haya incurrido en errores de hecho evidente o de derecho al ver y examinar las pruebas. Al respecto cabe recordar lo dicho por la Corte, en casación de 15 de septiembre de 1.954 (LXXVIII. 604).

2. En un recurso de relación como es el extraordinario de casación, configurado por motivos específicos y restringidos, no es dado ampliar el sentido estricto que el recurrente indique.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, dos de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1o. El Juzgado del Circuito del Cerrito (V), en primera instancia y, el Tribunal Superior de Buga, en segunda mediante apelación de la parte demandante, resolvieron de distinta manera el juicio de filiación natural y petición de herencia propuesto por Ofelia Domínguez en calidad de representante legal de su hija natural menor de edad Luz Enit Domínguez frente a "la sucesión del señor Arnulfo Paredes Tenorio, representada por su heredera reconocida señora Elisa Tenorio v. de Paredes". El Juzgado negó lo pedido y absolvió a la parte demandada. El Tribunal, en sentencia de 9 de febrero de 1.962, revocó el fallo dicho, declaró que la menor Luz Enit Domínguez es hija natural de Arnulfo Paredes Tenorio y heredera de èste, en concurrencia con la demanda, en la proporción establecida por el artículo 19 de la ley 45 de 1.936, y condenò a restituir dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de la sentencia la cuota parté que a título de herencia le corresponde a la menor en los bienes pertenecientes a la sucesión del causante Paredes Tenorio. Proveyó sobre frutos y ordenó oficiar al Notario del Cerrito y al Cura Párroco de la Santísima Trinidad de Palmira para que extiendan la respectiva "acta de reconocimiento del estado civil".

La parte demandada, a quien le fue adversa la sentencia de segunda instancia, propuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

Después de analizar el aspecto de la personería de las partes, que fue motivo de controversia a través de las respectivas excepciones perentorias, avoca el Juzgador el problema de las relaciones sexuales estables y notorias entre los progenitores de la menor demandante, causal invocada en la demanda de iniciación del litigio y, luego de estudiar los testimonios aducidos al juicio, concluye por aceptar la prueba como eficaz para lograr las declaraciones solicitadas en el libelo.

2o. La demanda de casaciòn está dividida en cuatro capítulos y en cada una de ellos se formula un cargo. Dicen de este modo:

Capítulo 1o. Acuso la sentencia del Tribunal por el motivo consagrado en el ordinal 1o. del artículo 520 del Código Judicial, por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, proviniendo la violación de la ley de apreciación errónea de determinadas pruebas, por error de derecho en que incurrió el Tribunal sentenciador.

Capítulo 2o. Causal 1a. de casación:

"Acuso la sentencia del Tribunal como violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, proviniendo la violación de la ley de apreciación errónea, por haber incurrido el Tribunal en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, en la apreciación de determinada prueba".

Capítulo 3o. Causal 1a. de Casación:

"Acuso la sentencia del Tribunal como violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, proviniendo la violación de la ley de apreciación errónea de determinadas pruebas, por haber incurrido el Tribunal en error de derecho.

"Capítulo 4o. Causal 1a. de casación:

"Acuso la sentencia del Tribunal como violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, proviniendo la violación de la ley de apreciación errónea de determinadas pruebas, por haber incurrido el Tribunal en error de derecho".

3o. SE CONSIDERA:

Transcritos los cargos que ponen de manifiesto la ausencia técnica de la demanda de casación, sería inútil detenerse en la explicación que de cada uno de ellos se pretende dar, en virtud de que la violación directa de la ley, como la misma expresión lo indica, no puede hacerse con base en medio probatorio alguno, así se haya incurrido en errores de hecho evidente o de derecho al ver y examinar las pruebas. "La infracción directa hiere la ley derechamente, en línea recta, sin rodeos, sin el medio o vehículo de los errores en el campo probatorio. No entra en juego el "error de hecho", ni el "error de derecho", expresiones éstas que, por lo demás, deben reservarse en casación, contra una costumbre bastante generalizada, para designar exclusivamente las equivocaciones sufridas por el Tribunal de instancia en la tarea investigativa en el campo probatorio, y no los errores en general en que pueda incurrir en la función de juzgar.

"Como se trata de agravio inferido a la ley por fuera de esa tarea, el juzgador trabaja con los textos legales sustantivos únicamente y ante ellos enjuicia el caso: ya sabe si los hechos están probados o no están probados, parte de la base de una o de otra cosa, y sólo le falta aplicar la ley a los hechos establecidos". (LXXVIII. 604).

El escrito de oposición hace hincapié en la falta qe requisitos formales de la demanda y solicita desestimación de aquélla por los defectos anotados.

Es lo cierto que la demanda carece de aptitud para propiciar análisis de méritos de los cargos propuestos, pues en un recurso de relación como es el extraordinario de casación, configurado por motivos específicos y restringidos, no es dado ampliar el sentido estricto que el recurrente indique, y si esa vía es inconducente, el fracaso de la gestión es ineludible, haciendo imposible la infirmación de la sentencia impugnada.

RESOLUCION

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de fecha nueve (9) de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1.962), proferida en este juicio ordinario de Ofelia Domínguez contra la sucesión de Arnulfo Paredes Tenorio, sobre filiación natural y petición de herencia.

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. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

REMATE DE COSA AJENA

A éste debe aplicársele el precepto del artículo 1871 del C. Judicial. Inoponibilidad. Distinción entre nulidad procesal y nulidad en punto de derecho sustancial.

Es principio acogido por la doctrina jurisprudencial, el de que, a virtud de lo dispuesto en el artículo 2443 del C. Civ., la hipotecación de cosa ajena es radicalmente inválida, con la ineficacia propia de los actos absolutamente nulos. Encuéntrase que el sentido del citado precepto es el de una prohibición, imperada por la naturaleza misma del fenómeno hipotecario y sus repercusiones en el régimen de la propiedad; y nadie discute que todo acto contrario a una prohibición legal es nulo a plenitud, a menos que la misma ley establezca una conclusión diferente.

Pero, de que la hipoteca de cosa ajena sea írrita, no se desprende que el proceso judicial que se consume en persecución de ese muerto gravamen, sea nulo por solo ello.

Distínguese, en todo juicio, el rito o forma procesal, del fondo o sustancia de la acción deducida. Así que, por lo que hace a la cuestión de validez, cada uno de aquellos aspectos tiene su propio régimen. La nulidad del proceso se determina exclusivamente por las normas de la ley procedimental que regulan semejante fenómeno, por lo cual un juicio, por absoluto que sea el demérito de la pretensión que se debate, no es nulo como tal juicio, mientras no ocurra en su secuela alguno de los motivos de nulidad procesal estatuídos en la ley (arts. 448 a 460 C. J.). Por principio, la validez del procedimiento se impone como presupuesto de la eficacia de las decisiones judiciales, y es clave de la cosa juzgada.

En cambio, la validez o nulidad de los actos de derecho sustancial que por razón del proceso y bajo las formas del mismo ocurran en éste, es materia que no puede menos de regirse por las disposiciones de la ley sustantiva que le sean pertinentes. Tal el caso del remate judicial de cosa ajena.

Si el remate es una forma de venta; si, como lo enseña el artículo 741 del C. Civ., "En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal", es apenas lógico que el remate que versa sobre un bien que no es del ejecutado, haya de aplicarse el precepto del art. 1871, según el cual "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo".

Esta última norma se explica, por cuanto en nuestro derecho el contrato de venta sólo produce obligaciones recíprocas entre los contratantes: sobre el vendedor, la de transferir al comprador la cosa vendida, poniéndolo en posesión de la misma; y sobre el comprador, la de pagar su precio al primero. De donde, la venta no es para el comprador sino un título que lo legitima para poder adquirir por el modo de la tradición el dominio de la cosa que se compra, cuando ésta es del vendedor.

Nada obsta, pues, dentro del sistema, para que la venta de cosa ajena sea válida, como contrato productor de obligaciones, entre las partes que lo han celebrado y sus causahabientes, sin que por ello el verdadero dueño sufra despojo o cambio alguno en su condición jurídica. Es decir, que esa venta no tiene poder alguno contra los derechos del verdadero dueño, para quien la situación pasa como si el acto no se hubiera jamás producido.

En una palabra: èste le es INOPONIBLE. Sabido es que la INOPONIBILIDAD de un acto jurídico consiste precisamente en que éste, sin embargo de la validez de que pueda gozar entre las partes que lo celebraron, no tiene entidad ni puede, por lo tanto, producir efecto alguno frente a quienes son èxtraños al mismo: res inter alios acta.

Claro es que, como lo enseña el artículo 1871, el propietario de la cosa vendida por otro conserva sus derechos sobre ella, "mientras no se extingan por el lapso de tiempo", es decir, por la usucapión que el comprador llegue a consumar sobre tal cosa. Pero ello, que supone el abandono de la posesión por el dueño desalojado, es efecto resultante, no de la venta en sí misma considerada, sino la prescripción adquisitiva con que ganó su dominio el nuevo propietario. Conviene recordar aquí lo dicho por la Corte respecto del remate de bien ajeno, en casaciones de 22 de marzo de 1.944, LVII, 2006/09, pág. 120; y 20 de octubre 1.952, LXXIII, 2119/20, pág. 374.

No procede el argumento del recurrente demandante, de que, siendo el remate cuya validez se discute, consecuencia de una hipoteca absolutamente nula, necesariamente quedó viciado de la nulidad de su causa. Porque, si la hipoteca de cosa ajena carece radicalmente de todo valor, es apodíctico que de ella no puede resultar acción alguna; y si, so pretexto de hipoteca semejante, siguióse algún proceso de ejecución para hacerla efectiva, es claro que, no habiendo en el fondo acción, el remate que en el juicio hipotecario se hubiera efectuado, no tendría por qué situarse en el campo de la nulidad, sino, como atrás se vió, en el de la venta de cosa ajena, cuya inoponibilidad al dueño de ésta presupone el tantas veces citado artículo 1871 del C. Civ.

Ni empece a esta conclusión, la circunstancia de que el remate se hubiera hecho por el demandado como cesionario del crédito hipotecario. Porque, aún suponiendo que el remate se hubiese efectuado por el propio acreedor original, todavìa así, en la especie del pleito, no habría motivo para descartar la aplicación del artículo 1871 que estructura el sistema general en la materia. Las incidencias de la mala fe -cuestión ajena a este debate- sólo tendrían que ver con la calidad de la posesión que de la cosa ajena llegase a ejercer el comprador y, por lo tanto, con la naturaleza de la prescripción que de allí pudiera derivarse. Lo que sólo se plantea como hipótesis ilustrativa de la doctrina.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, de fecha 2 de mârzo de 1.961, en el juicio ordinario seguido por Virgilio J. Suárez frente a Rafael María Lara.

- I -

ANTECEDENTES

a). Por la escritura número 536 de 9 de mayo de 1.959, de la Notaria 2a. de Sogamoso, Virgilio J. Suárez compró a Manuel Avella Talero, un lote de terreno denominado "El Cebadero", con cabida aproximada de 11 fanegadas, sitio en jurisdicción de Duitama, resultando que, en la primera parte de su límite norte, o sea del río Chicamocha en línea recta, por mojones de piedra a la cabecera de un vallado, limita con propiedad de Facundo Puerto M., y por el último costado, correspondiente al sur, linda con propiedad de herederos del doctor Ramón Mancera, por la mitad de un vallado, a dar al río Chicamocha.

Este fundo de "El Cebadero", lo había adquirido, por los mismos linderos, el mencionado tradente Manuel Avella Talero, por compra que hizo a Víctor Puerto Medina y Rosalvina Santamaría de Puerto, mediante la escritura número 1201 de 14 de septiembre de 1.956, de la misma Notaría, en la que se expresa, que la parte vendedora lo había adquirido por compra hecha a Lucio Guio S. mediante la escritura 379 de 29 de mayo de 1.950, de la Notaría 2a. de Santa Rosa de Viterbo, como así lo confirma la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Cir-

cuito, visible al folio 10 del cuaderno 1o., en donde se refiere que Víctor Puerto M. compró tal inmueble a Lucio Guío por la escritura últimamente citada.

b). Por su lado Facundo Puerto M. y Matilde Camargo compraron a José Teòfilo Daza Segura y Rosa Olimpia Guío, por medio de la escritura número 598 de 2 de septiembre de 1.949, de la Notaría 2a. de Santa Rosa de Viterbo, el terreno denominado "La Casita", contentivo de unas 19 fanegadas, ubicado en la misma jurisdicción, cuyo alindamiento, señalado en la misma escritura, indica que por el último costado, esta finca linda con propiedad de Lucio Guío, mojones de piedra al medio.

c). Según los títulos reseñados, resulta cierto, y es conclusiòn no controvertida en el juicio por las partes, que la finca de "La Casita" linda por el sur con el predio de "El Cebadero"; y que éste último, a su vez, limita por el sur con propiedad de los herederos del doctor Ramón Mancera.

d). Así las cosas, Facundo Puerto Medina y Matilde Camargo de Puerto, para garantía de un préstamo de $7.000.oo, constituyeron hipoteca en favor de Alfonso Palacios Barrrera sobre la finca de "La Casita", por medio de la escritura número 796 de 18 de octubre de 1.953, de la Notaría 2a. de Santa Rosa de Viterbo, escritura en que señalaron como límite por el último costado, o sea el correspondiente al sur, terreno "de herederos del Dr. Ramòn Mancera, cerca de alambre y vallado al medio". En la misma escritura se indica que los hipotecantès adquirieron esta finca por compra a Teófilo Daza y Rosa Olimpia Guío por la escritura número 598 de 2 de septiembre de 1.949, de la Notaría 2a. de Santa Rosa de Viterbo.

e). Como los deudores últimamente dichos incurriesen en mora de pagar tal crédito a Alfonso Palacios Barrera, éste para la efectividad del mismo, siguió ante el Juez Civil del Circuito de Duitama, juicio de venta del bien hipotecado, contra el propio Facundo Puerto Medina y los herederos de Matilde Camargo de Puerto; y en la subasta allí realizada con fecha 27 de enero de 1.959, la finca de "La Casita" le fué adjudicada a Rafael María Lara, cesionario del crédito cuyo pago se perseguía y quien hizo postura por cuenta de éste. Tal adjudicación se le otorgó por los siguientes linderos concordantes con el alindamiento expresado en la escritura constitutiva del gravamen hipotecario, es a saber: "Por el pié, con propiedades de Servando Flechas, Eustaquio Flechas y Domingo Infante, río Chicamocha al medio; por un costado, con de Teotiste Infante y Manuel Antonio Flechas, callejuela de entrada al río; por cabecera, con predios de María (sic) Guìo Santamaría, cerca de alambre y rastro de vallado al medio; y por el último costado, con de herederos del Dr. Ramón Mancera, vallado y cerca de alambre al medio y encierra". Y se le señala, como extensión aproximada, la de 19 fanegadas.

-II-

EL LITIGIO

El doctor Virgilio J. Suárez, con base en los hechos anotados y alegando, en suma, que, tanto en la escritura de la hipoteca establecida por Facundo Puerto Medina y Matilde Camargo de Puerto a favor de Alfonso Palacios, sobre la finca de "La Casita", como en el remate que de la misma hizo Rafael María Lara, dentro del juicio especial de venta seguido por el dicho Palacios para la efectividad de tal gravamen, se afectaron los títulos de dominio del predio "El Cebadero" de pertenencia del mismo Suárez, por cuanto en tales actos el límite de "La Casita" hacia el sur se hizo llegar hasta la propiedad del doctor Ramón Mancera, que es el lindero sur de "El Cebadero", el cual se encuentra situado entre las propiedades de Mancera y "La Casita", demandò por la vía ordinaria al señor Rafael María Lara, para que se declare: Que el demandante es propietario absoluto del lote de terreno, denominado "El Cebadero", por los linderos que en la petición se enuncian, que son los mismos señalados en la escritura número 536 de 9 de mayo de 1.959 de la Notaría de Sogamoso, por la cual el actor comprò este inmueble a Manuel Avella Talero; y que es absolutamente nulo y sin efectos legales, el remate hecho por Rafael María Lara, ante el Juez Civil del Circuito de Duitama, el 27 de enero de 1.959, de la finca de "La Casita", en el juicio especial promovido por Alfonso Palacios contra Facundo Puerto Medina y los herederos de Matilde Camargo; se disponga la cancelación del registro de tal remate y se

repongan las cosas al estado que tenían con anterioridad al mismo.

Cuanto a DERECHO, el libelo dice fundarse en los artículos 1740, siguientes y concordantes del Código Civil; 2o. de la ley 50 de 1.936; 1o. y 2o. de la ley 38 de 1.945; y 737, siguientes y concordantes del Código Judicial.

En su contestación el demandado; antes de referirse a los hechos de la demanda, de los cuales acepta unos y explica o contradice otros, dice textualmente lo siguiente:

La primera súplica de ésta, tendiente a que se declare que el actor es dueño absoluto del inmueble por él alinderado, carece de interés y es indiferente a mi representado por no tener éste sobre tal bien pretensión de ninguna naturaleza. Bien puede Ud. hacer, o no, dicha declaración.

"En cuanto a la segunda imploración para que se decrete la nulidad del remate público hecho por mi mandante, ante ese mismo Juzgado, me opongo rotundamente en razón de carecer aquella de todo fundamento legal ya que el acto impugnado se llevó a cabo mediante el cumplimiento de las formalidades previstas y tiene objeto y causa lícitos".

En todo caso, niega que la hipotecación y el remate del inmueble de "La Casita" hubieran afectado el predio de "El Cebadero", de pertenencia del actor, pues "la pequeña equivocación en que incurrieron los hipotecantes con el cambio de nombre de uno de los colindantes, en nada modifica la demarcación del inmueble, ni compromete su extensión superficiaria claramente definida en aquellos instrumentos públicos" (9o.). En las operaciones relacionadas -dice- no se vendieron bienes ajenos y menos pertenecientes al demandante. "Su propiedad, según la situación y linderos que ha enunciado, está incólume y de ello debe encontrarse seguro, pudiendo disfrutarla a su antojo" (18).

La primera instancia recibió fallo en que se absolvió al demandado, de todos los cargos de la demanda y se condena en costas al demandante.

Por apelación de èste, surtióse el segundo grado de la causa, en el que vino a agregarse como coadyuvante del actor el señor Facundo Puerto Medina, y que concluyó con la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de fecha 2 de marzo de 1.961, por la cual se decide: 1o. Revocar la del Juez a quo; 2o. declarar que el doctor Virgilio J. Suárez es propietario absoluto del lote de terreno denominado "El Cebadero", situado en la vereda de San Lorenzo de Arriba, jurisdicción del Municipio de Duitama, comprendido por los linderos que allí se expresan; 3o. declarar, en consecuencia, "nulo, de toda nulidad", el remate hecho por el señor Rafael M. Lara R. y de que se ha hecho mención en los autos, "en cuanto se relaciona al lote determinado en el aparte SEGUNDO de esta sentencia, quedando tal subasta en firme en cuanto hace referencia al inmueble llamado "La casita", descontando el lote declarado aquí de propiedad del actor, el que fué adjudicado entonces al señor Rafael M. Lara R., de las anotaciones civiles que constan en el proceso"; 4o. disponer el libramiento de despacho al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Duitama, para que haga las anotaciones del caso, "a efectos de la cancelación del registro hecho respecto a la parte del inmueble denominado "El Cebadero" que se incluyó en el remate de "La casita", ...y, en cambio, siente el registro que determine la propiedad decretada hoy a favor del doctor Virgilio J. Suárez sobre el mismo lote"; y 5o. condenar a la parte demandada al pago del cincuenta por ciento (50%) de las costas de la primera instancia. Sin costas en la segunda.

Interpuesto por ambas partes contra esta providencia el recurso de casación, se procede a decidirlo.

- I I I -

LA SENTENCIA RECURRIDA

En lo tocante con los hechos, asienta el Tribunal las siguientes evidencias:

Que el bien adquirido por el demandado Lara en el remate susodicho fue el determinado en la escritura número 796, de hipoteca a favor de Alfonso Palacios Barrera, en donde los linderos se extendieron al predio que el actor compró a Manuel Avella Talero, conclusión que resulta, no solo de la titulación aducida al debate, sino de la diligencia de inspección ocular praticada por la Sala, en donde "los peritos, doctores Mario Chaparro y

Pablo Barón Garavito, después de las observaciones necesarias para ilustrar su criterio, concluyeron determinando que "los cónyuges Facundo Puerto Medina y Matilde Camargo de Puerto, por medio de la escritura No. 796 ya citada, hipotecaron al señor Alfonso Palacios Barrera, no sólo el terreno de 'La Casita' sino parte del terreno de 'El Cebadero' en una extensión aproximada de siete fanegadas de propiedad del Dr. Virgilio J. Suárez.....". En armonía con lo cual, transcribe el sentenciador, el texto de su propio testimonio consignado en la misma diligencia de inspección ocular, así: "La Sala deja constancia de que observó directa y personalmente los linderos de cada uno de los inmuebles de "La Casita" y "El Cebadero" y pudo comprobar que parte de la finca de "El Cebadero" fue incluída en una extensión de siete fanegadas dentro de la escritura de hipoteca de Facundo Puerto a favor Alfonso Palacios Barrera sin que esta zona de terreno formara parte integrante de la compra hecha por Facundo Puerto a Josè Teófilo Daza y Rosa Olimpia Guío de Daza" y luego agrega: "Como se ha dicho esta zona de terreno pudo comprobarse que fue incluída en el remate llevado a cabo en el Juzgado de Circuito de Duitama sin que formara parte del inmueble de propiedad de Facundo Puerto"; y

que -prosigue la sentencia- "queda, pues, en claro que parte del bien del doctor Suárez sì fue enajenado indebidamente en subasta pública cuando era de propiedad del señor Manuel Avella Talero, por haberse incluído con imprudencia, al menos, en el titulo hipotecario contra los cónyuges Puerto-Camargo....".

De estos hechos, concluye el sentenciador que en el presente juicio no "falta el presupuesto procesal denominado LEGITIMACION PARA OBRAR, o sea el interés jurídico que legitima la acción instaurada", elemento que..... no puede declararse como inexistente en esta acción, porque, se repite, también el demandante, para garantizar las posibles transacciones que pudiera hacer con su inmueble, necesita que jurídicamente se le reconozca y se le legitime el goce suficiente de su patrimonio sobre la base de su titulación y de la aceptación de ella hecha por la contraparte.....".

En esta forma, le da la acogida a la súplica del actor para que se le declare propietario absoluto del fundo denominado "El Cebadero".

Y en lo referente a la petición de declaratoria de la total nulidad del remate aludido, invocando primeramente la equidad a que han de ajustarse las decisiones judiciales y atendiendo a que "la adquisición que hizo el demandado Lara R., se consumó, como se dicho (sic) sobre un título defectuoso, que era o es la escritura de hipoteca, fuente de la acción que concluyó con el remate del bien grabado", procede el Tribunal a "concluir que la divisibilidad del remate tantas veces referido antes, se impone como única conclusión de la litis, pues que el demandado debe conservar lo que adquirió y sobre lo que él mismo determina como de su pertenencia, y al demandante hay que reconocerle la "propiedad absoluta" sobre la parte de terreno que fue involucrada de la finca de "El Cebadero" al inmueble de "La Casita", para guardar el equilibrio jurídico que conviene para hallar una solución apropiada...".

Es así como declaró la nulidad del remate en lo relacionado con el inmueble de "El Cebadero".

- I V -

EL DOBLE RECURSO EXTRAORDINARIO

A). La Demanda de Casación de la Parte Actora:

El apoderado del actor y de su coadyuvante acusa la sentencia del Tribunal por la primede las causales establecidas en el artículo 520 del C. J., por cuanto, en lo desfavorable a su parte, dice ser "violatoria de ley sustantiva por infracción directa y por aplicación indebida al caso del litigio".

Destaca cual hecho protuberante el de que el inmueble hipotecado a favor de Alfonso Palacios por Facundo Puerto y Matilde Camargo de Puerto, es distinto del de que éstos dijeron ser dueños, porque comprende una gran porción del terreno de "El Cebadero" perteneciente al demandante Suárez. Advierte que así lo reconoció el Tribunal; y que entonces, la violación que de la ley se le imputa, "no proviene de errores de hecho ni de derecho en la apreciación de la prueba", sino de "no haber aplicado **indivisiblemente** al hecho en referencia las correspondientes normas de ley sustantiva". Sus razonamientos se pueden sintetizar así:

Que el inmueble hipotecado y que fue el mismo rematado, figura en cada uno de estos actos, como uno solo y no como dos, siendo cada uno de tales actos objetivamente indivisible;

que resultan así violados, del modo y por el concepto que a continuación expresa, los artículos 6o. inc. 2o., 1523, 1741 inc. 1o., 2443 inc. 1o, y 2452 inc. 1o., todos del Código Civil;

que a virtud de lo dispuesto en el inciso 1o. del artículo 2443, "la hipoteca de cosa ajena no es válida, ni puede producir efecto alguno contra el dueño que en ella no ha consentido"; y esta norma prohibitiva comprende, "no solo el acto constitutivo de la hipoteca, aisladamente considerado, sino todo acto que como **efecto** de aquella venga después". La prohibición del acto entraña necesariamente la de sus efectos. De lo cual "se desprende con toda lógica que el ejercicio de la acción persecutoria de un bien hipotecado que no es de propiedad del hipotecante, y el remate de dicho bien, como culminación de aquella acción, no pueden tener lugar, en virtud de la norma prohibitiva del artículo 2443 del Código Civil";

que es muy de tenerse en cuenta que el remate de que en este caso se trata no fué efectuado por un tercero extraño al juicio, sino por el propio dueño del crédito como cesionario del acreedor y sucesor de éste en el ejercicio de la acción hipotecaria. Tal como si hubiera rematado la finca el acreedor primitivo, pues éste y su cesionario, "jurídicamente son una misma persona";

que, según el artículo 6o. inc. 2o., "En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa". En armonía con lo cual, el artículo 1523 estatuye que "Hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes", nulidad que es absoluta, a términos del artículo 1741; y

que los preceptos de la ley sustantiva que se dejan citados, resultan infringidos, "Porque habiéndose seguido la acción hipotecaria de que da cuenta la demanda y habiéndose realizado el remate en que culminó dicha acción, como efectos de una hipoteca que no podía tener lugar sobre un inmueble que no era de propiedad de los hipotecantes, el Tribunal declaró la nulidad del remate solamente en cuanto a una parte de dicho inmueble, absteniéndose de declararla respecto de la totalidad de éste, siendo así que la hipoteca no se constituyó separadamente sobre cada una de las partes en que el Tribunal dividió la finca, sino sobre la integridad indivisa de ésta, y que consecuencialmente la acción hipotecaria y el remate versaron sobre un todo **indiviso**. La declaración de nulidad no podía por tanto fraccionarse, como lo hizo el Tribunal...". "Es el error de **aplicación indebida** de la ley **por defecto** en la manera de aplicarla", sin que importe que el fenómeno deba tener denominación distinta de la que le da el recurrente.

E insistiendo en este pensamiento, dice en escrito adicional que "La declaración **incompleta** de nulidad del remate de que trata el proceso entraña la aplicación de las normas sustantivas citadas en la demanda sobre nulidad de los actos jurídicos. Pero fueron aplicadas dichas normas de manera **defectuosa**, por cuanto el Tribunal **limitó indebidamente** su campo de aplicación en el caso del litigio dividiendo lo que no podía dividirse.....".

B). La Demanda de Casación de la Parte Demandada:

Su mandatario, con base también en la causal primera, propone tres motivos de ataque, que se resumen así:

Primer motivo. Formulado por violación de la ley sustantiva, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba aducida por el actor para justificar su interés jurídico, y por indebida interpretación de la demanda y de su contestación, se desenvuelve de la siguiente manera:

Que la contestación de la demanda y la prueba allegada por el actor contradicen su pretensión de que el remate acusado de nulidad le ha causado perjuicio en sus derechos de propietario de "El Cebadero", pues él adquirió su fundo de Manuel Avella Talero con posterioridad al remate adjudicado al demandado Lara, sin que éste "les hubiese disputado o arrebatado parte alguna de "El Cebadero", del cual se encuentra en uso y goce perfecto el mencionado adquirente";

que los certificados expedidos por los registradores de Santa Rosa de Viterbo y de Duitama

evidencian que los títulos del demandante no han sufrido menoscabo ni alteración alguna;

que, no apareciendo daño traducible en dinero, para el demandante, ni afectación de sus títulos, carece de interés jurídico o legitimación para obrar en esta causa, ya que el interés jurídico "no puede ser la mera contingencia de sufrir un perjuicio, sino que debe traducirse en un perjuicio actual y no eventual";

que, habiendo comprado Suárez su predio de "El Cebadero", con posterioridad al remate hecho por Lara, es el vendedor de Suárez, o sea Avella Talero, quien debe salir al saneamiento de la venta y a responderle a su comprador por los perjuicios que éste hubiese podido sufrir con ocasión de la compraventa, la que, además, habiéndose hecho por cabida, no le da derecho a Suárez para demandar "la nulidad de un contrato celebrado" con todas las ritualidades legales, sino que "su acción se la señala el mismo C. C.".

En razón de todo lo cual, la censura concluye con que los errores de hecho y de derecho que deja apuntados "constituyen una clara violación de los artículos 205 y 343 del C. Judicial que tienen carácter sustantivo, y también los arts. 2o. de la ley 50 de 1.936, 1880 y 1888 del C. Civil".

Segundo motivo. Propuesto por error de hecho y de derecho "en la apreciación de la prueba determinante de la existencia del contrato de venta contenido en la diligencia de remate -cuya invalidación se invoca- y violación de las normas sustantivas que rigen esa clase de actos", se desenvuelve en dos fases, así:

La primera, consistente en que, en la subasta por la cual Rafael María Lara adquirió el fundo de "La Casita", el juez ejecutor se lo adjudicó "por la alinderación consignada al principio de esta diligencia, concordante con la contenida en el título hipotecario traído como base de esta acción especial", título que lo fué la escritura número 796 de 18 de octubre de 1.953, de la Notaría 2a. de Santa Rosa de Viterbo, en cuya cláusula 3a. se dice por los hipotecantes que el bien raíz que gravan, es el mismo que adquirieron por compra a los cónyuges José Teófilo Daza y Rosa Olimpia Guío, mediante la escritura número 598 de 2 de septiembre de 1.949, de la misma Notaría; que el Tribunal, al desconocer la susodicha cláusula, dejó de apreciar parte esencialísima de la prueba de ese contrato, que venía a corregir el error cometido en el alindamiento del fundo hipotecado, y le dió a la diligencia de remate un alcance que no tiene y en razón del cual se vino a desconocer el valor de la misma diligencia, la que, aprobada por el juez e inscrita en el Registro, se equipara a una escritura pública y "no puede ser invalidada sin que aparezcan determinados y precisos motivos o causales de nulidad previamente definidos por el legislador"; y que con este modo de obrar del Tribunal, se violaron los arts. 1052 del C. J., 1602, 1603, 1622, 1740 y 1741 del C. Civ.

La segunda fase se reduce a sostener que, no habiendo mediado en el juicio especial de venta de "La Casita", excepción de nulidad del gravamen hipotecario, ni declaración de ésta, el remate allí verificado con el lleno de todos los requisitos legales tienen su fuerza y validez de acto judicial y de contrato, habiendo, por otra parte, quedado extinguido el crédito para cuya efectividad se adelantó tal juicio; que para destruir o modificar esa situación legalmente creada, es necesario demandar y obtener ante todo la declaración de nulidad de la hipoteca y luego la revisión del fallo proferido en el juicio de venta; y que "obrando como obró el Tribunal sentenciador, al decretar en parte la nulidad del remate, practicamente vino a anular un contrato hipotecario que no ha sido demandado hasta el momento, y a revisar un fallo sin solicitud de parte, y de manera enteramente oficiosa". Procedimiento con que se violaron los artículos 473 y 1030 del Código Judicial.

Tercer motivo. "Ser la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de V. violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa del art. 1871 del Código Civil".

Susténtase este cargo en los siguientes razonamientos:

Que es argumento básico de la demanda incoativa de la litis, aceptado en el fallo materia del recurso, el de que por el remate adjudicado a Rafael M. Lara, el juez ante el cual se surtió tal acto "vendió cosa ajena, al considerar que con el cambio de lindero atrás anotado se abarcaba una parte del predio El Cebadero, siendo nula esa venta". Pero que

"Esto no ha ocurrido, como se deja demostrado";

que, aceptando, empero, en gracia de discusión, que ello fuera así, resulta que "La venta de cosa ajena, conforme al citado art. 1871 del C. C., es válida pero sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño". En este supuesto, "ningún perjuicio podría decirse que ha sufrido o podrá sufrir el demandante. Su derecho se encuentra perfectamente garantizado por la ley, màxime cuando el demandado sabiendo lo que adquirió en la subasta, tomó para sí, y se halla en posesión material de su predio La Casita, sin que con ello haya interferido el dominio del demandante sobre su inmueble de El Cebadero".

Y, valiéndose de la doctrina de la Corte, argumenta que el remate del bien ajeno no es oponible a su dueño, cuya defensa "no está en la anulación del juicio ejecutivo", sino en el ejercicio de las defensas pertinentes, como sería la oposición a la entrega o el juicio reivindicatorio.

- V -

LA CORTE CONSIDERA

1. Los libelos de casación que se dejan vistos, si se exceptúa el primero de los cargos propuestos por el demandado, se enfrentan completamente en el campo de la decisión sobre nulidad del remate debatido en el juicio. Ciertamente, el actor ataca la sentencia, porque no decretó la nulidad absoluta del remate en toda la extensión del mismo; y el demandado la impugna, porque decretó esa nulidad, sin motivo para ello. Los cargos en el particular reclaman, pues, un despacho de conjunto.

2. Cuanto al primero de los motivos de ataque que plantea el demandado, o sea el relativo a la carencia de interés jurídico del actor en la acción intentada, no está llamado a prosperar en lo tocante con el punto de la sentencia en que se declara que el demandante es propietario absoluto del lote de terreno denominado "El Cebadero", allí especificado, porque la decisión en esa parte está conforme con lo impetrado por el actor en el punto primero de los pedimentos de la demanda, punto al cual el demandado en su contestación respondió así: "La primera súplica de ésta, tendiente a que se declare que el actor es dueño absoluto del inmueble por él alinderado, carece de interés y es indiferente a mi representado por no tener éste sobre tal bien pretensión de ninguna naturaleza. **Bien puede Ud. hacer o no, dicha declaración**" (se subraya).

La respuesta transcrita constituye, a todas luces, la manifestación paladina de que el demandado no tiene interés alguno en que se niegue la primera de las súplicas del libelo. Más aun: positivamente se allanó a que el juzgador la otorgase, cuando le dijo: "Bien puede Ud. hacer, o no, dicha declaración".

3. Como lo ha dicho la Corte, "Si el interés es el supuesto de toda pretensión deducida en juicio, hasta el punto de no concebirse acción sin un interés, ya de orden económico, ya de orden moral, que la sustente, no escapa al rigor de este imperativo el recurso extraordinario de casación. El que, si bien tiene como principal fin el de unificar la jurisprudencia nacional, sin embargo no se mueve a ese superior resultado, en cada caso concreto, sino por el impulso del interés particular del litigante o litigantes a quienes la sentencia de segunda instancia haya sido desfavorable en algún sentido..... Quiere decir que en el recurrente en casación debe haber un interés real para que se infirme la sentencia acusada, por resultarle de ésta o una condenación o un demérito de su situación de derecho preexistente o un estado de incertidumbre jurídica. Es decir que ese interés ha de significarle al recurrente el beneficio de evitarse un daño o riesgo actual de daño, si obtiene la infirmación del fallo recurrido" (cas. 16 octubre 1.961, aún no publicada; 14 junio 1.940, XLIX, pág. 517; 27 septiembre 1.946, LXII, pág. 42; y 18 marzo 1.954, LXXVII, pàg. 107).

4. Así, pues, habiendo el demandado, al contestar el libelo, excluído todo interés de su parte en oponerse a la petición aludida y, formada a base de semejante exclusión, en este particular, la relación jurídico-procesal que estructuró la litis, no está el legitimado ahora para atacar en casación el extremo de la sentencia que otorgó al actor lo que el mismo demandado dijo que podía concedérsele. Se cierra así en este punto la entrada al reparo.

Sobre los contrapropuestos cargos de los contendores en lo concerniente a la decisión de

nulidad del remate, conviene hacer las siguientes consideraciones:

5. Es principio acogido por la doctrina jurisprudencial, el de que, a virtud de lo dispuesto en el artículo 2443 del C. Civ., la hipotecación de cosa ajena es radicalmente inválida, con la ineficacia propia de los actos absolutamente nulos. Encuèntrase que el sentido del citado precepto es el de una prohibición, imperada por la naturaleza misma del fenómeno hipotecario y sus repercusiones en el régimen de la propiedad; y nadie discute que todo acto contrario a una prohibición legal es nulo a plenitud, a menos que la misma ley establezca una conclusión diferente.

6. Pero, de que la hipoteca de cosa ajena sea irrita, no se desprende que el proceso judicial que se consume en persecución de ese muerto gravamen, sea nulo por solo ello.

7. Distínguese, en todo juicio, el rito o forma procesal, del fondo o sustancia de la acción deducida. Así que, por lo que hace a la cuestión de validez, cada uno de aquellos aspectos tiene su propio règimen. La nulidad del proceso se determina exclusivamente por las normas de la ley procedimental que regulan semejante fenómeno, por lo cual un juicio, por absoluto que sea el demérito de la pretensión que se debate, no es nulo como tal juicio, mientras no ocurra en su secuela alguno de los motivos de nulidad procesal estatuídos en la ley (arts. 448 a 460 C. J.). Por principio, la validez del procedimiento se impone como presupuesto de la eficacia de las decisiones judiciales, y es clave de la cosa juzgada.

8. En cambio, la validez o nulidad de los actos de derecho sustancial que por razón del proceso y bajo las formas del mismo ocurran en éste, es materia que no puede menos de regirse por las disposiciones de la ley sustantiva que le sean pertinentes. Tal el caso del remate judicial de cosa ajena.

9. Si el remate es una forma de venta; si, como lo enseña el artículo 741 C. Civ., "En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pùblica subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal", es apenas lógico que al remate que versa sobre un bien que no es del ejecutado, haya de aplicarse el precepto del artículo 1871, según el cual "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo".

10. Esta última norma se explica, por cuanto en nuestro derecho el contrato de venta sólo produce obligaciones recíprocas entre los contratantes: sobre el vendedor, la de transferir al comprador la cosa vendida, poniéndolo en posesión de la misma; y sobre el comprador, la de pagar su precio al primero. De donde, la venta no es para el comprador sino un título que lo legitima para poder adquirir por el modo de la tradición el dominio de la cosa que se compra, cuando ésta es del vendedor.

11. Nada obsta, pues, dentro del sistema, para que la venta de cosa ajena sea válida, como contrato productor de obligaciones, entre las partes que la han celebrado y sus causahabientes, sin que por ello el verdadero dueño sufra despojo o cambio alguno en su condición jurídica. Es decir, que esa venta no tiene poder alguno contra los derechos del verdadero dueño, para quien la situación pasa como si el acto no se hubiera jamás producido. En una palabra: éste le es INOPONIBLE Sabido es que la INOPONIBILIDAD de un acto jurídico consiste precisamente en que éste, sin embargo de la validez de que pueda gozar entre las partes que lo celebraron, no tiene entidad ni puede, por lo tanto, producir efecto alguno frente a quienes son extraños al mismo: **res inter alios acta.**

12. Claro es que, como lo enseña el artículo 1871, el propietario de la cosa vendida por otro conserva sus derechos sobre ella, "mientras no se extingan por el lapso de tiempo", es decir, por la usucapión que el comprador llegue a consumar sobre tal cosa. Pero ello, que supone el abandono de la posesión por el dueño desalojado, es efecto resultante, no de la venta en sí misma considerada, sino de la prescripción adquisitiva con que ganó su dominio el nuevo propietario.

"En tratàndose de un remate de bien ajeno, que equivale a una venta de cosa ajena, -ha dicho la corte- el remate es válido, pero sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, mientras no hayan sido extinguidos por la prescripción (artículo 1871, Código Civil). Quie-

re decir lo anterior que un remate en esas condiciones, no es oponible ni menos vincula u obliga al verdadero dueño de la cosa rematada y entonces su defensa no está en la anulación del juicio ejecutivo, sino en el ejercicio de las acciones pertinentes, como sería la oposición a la entrega o el juicio reivindicatorio" (cas. 22 marzo 1.944, LVII, 2006/09, pág. 120; cas. 20 octubre 1.952, LXXIII, 2119/20, pág. 374).

13. No procede el argumento del recurrente demandante, de que, siendo el remate cuya validez se discute, consecuencia de una hipoteca absolutamente nula, necesariamente quedó viciado de la nulidad de su causa. Porque, si la hipoteca de cosa ajena carece radicalmente de todo valor, es apodíctico que de ella no puede resultar acción alguna; y si, so pretexto de hipoteca semejante, siguióse algún proceso de ejecución para hacerla efectiva, es claro que, no habiendo en el fondo acción, el remate que en el juicio hipotecario se hubiera efectuado, no tendría por qué situarse en el campo de la nulidad, sino, como atrás se vió, en el de la venta de cosa ajena, cuya inoponibilidad al dueño de ésta presupone el tantas veces citado artículo 1871 del C. Civ.

14. Ni empece a esta conclusión, la circunstancia de que el remate se hubiera hecho por el demandado Lara como cesionario del crédito hipotecario. Porque, aun suponiendo que el remate se hubiese efectuado por el propio acreedor original, todavía así, en la especie del pleito, no habría motivo para descartar la aplicación del artículo 1871 que estructura el sistema general en la materia. Las incidencias de la mala fe -cuestión ajena a este debate- sólo tendrían que ver con la calidad de la posesión que de la cosa ajena llegase a ejercer el comprador y, por lo tanto, con la naturaleza de la prescripción que de allí pudiera derivarse. Lo que sólo se plantea como hipótesis ilustrativa de la doctrina.

15. Todas las consideraciones precedentes, lejos de hacer acogible la impugnación del recurrrente demandante, demuestran que es fundado el tercero de los cargos propuestos por el recurrente demandado, es decir, que la sentencia acusada, al declarar la nulidad del remate, materia de la controversia, violó directamente el artículo 1871 del C. Civ., dejando de aplicarlo al caso del pleito, motivo por el cual la sentencia debe ser casada en cuanto a ese punto.

Estas mismas consideraciones sirven de motivación al fallo de instancia que entra a dictar la Corte en sustitución del recurrido. Como en la decisión que se dicta, se reproduce el punto segundo (2o.) de la del Tribunal, pero como éste, al expresar los linderos del fundo de "El Cebadero", en dos sectores dice que linda con propiedad de Facundo Puerto, y siendo así que esta última fué adquirida por el demandado Rafael M. Lara en el remate cuestionado, para la mayor claridad de tales linderos, al mencionar la propiedad de Facundo Puerto, se agregará "luego de Rafael María Lara R.". También se rectifica el lapso cometido por el sentenciador, en el mismo punto segundo (2o.) de su decisión, al designar con el nombre de "San Lorenzo de Arriba" la vereda de ubicación del inmueble, pues el nombre exacto de dicha vereda es el de "San Lorenzo de Abajo", como así aparece en la parte expositiva de la misma sentencia y en los actos y pruebas del proceso.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, con fecha dos (2) de marzo de mil novecientos sesenta y uno (1.961) materia del recurso, y, como juzgador de instancia, RESUELVE:

Primero. Revócase la sentencia de primera instancia proferida en este juicio por el Juez Civil del Circuito de Duitama, el día once (11) de febrero de mil novecientos sesenta (1960).

Segundo. Declárase que el doctor Virgilio J. Suárez, mayor y vecino de Duitama, portador de la cèdula de ciudadanìa número 217943, expedida en Tunja, es propietario absoluto de un lote de terreno denominado "El Cebadero", situado en la vereda de San Lorenzo de Abajo, jurisdicción del municipio de Duitama y determinado por los siguientes linderos: por el pié, con de Bonifacio Flechas, río Chicamocha al medio; por un costado, con de Facundo Puerto luego de Rafael María Lara R., por mojo-

nes de piedras en línea recta a encontrar la cabecera de un vallado, vuelve al norte, por el centro de dicho vallado a dar a la callejuela de tránsito privado que va al río Chicamocha, linda con de Facundo Puerto M., luego de Rafael María Lara R., vuelve por la cerca divisoria de la misma callejuela a encontrar un mojón de piedra limitado con dicha callejuela; por la cabecera, de este último mojón en línea recta a dar a otro mojòn de piedra, vuelve al occidente, formando ángulo recto a encontrar el vallado ya mencionado, sigue por la mitad del mismo vallado hacia el sur a dar a la colindancia con terrenos de herederos del doctor Ramón Mancera, delindando en todo este costado con del señor Martín Guio S.; y por el último costado, con de herederos del doctor Ramón Mancera, por la mitad de un vallado abajo, a dar al punto de partida en el río Chicamocha y encierra.

Tercero. Deniéganse las súplicas contenidas en los puntos segundo, tercero y cuarto de la parte petitoria de la demanda.

Cuarto. Regístrese esta decisión en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del respectivo Circuito.

Sin costas en las instancias, ni en el recurso extraordinario.

Publíquese, còpiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Arturo C. Posada. Gustavo Fajardo Pinzón. Enrique López de la Pava. Enrique Coral Velasco. José Hernández Arbeláez. Julián Uribe Cadavid. Ricardo Ramírez L., Secretario.

INCONGRUENCIA

No procede alegarla contra sentencia inhibitoria. Demanda. La interpretación corresponde al fallador de instancia.

1. Cuando la sentencia es de índole inhibitoria, no es posible el cargo por incongruencia en virtud de su carácter puramente procesal, sin alcance alguno a lo que constituye la materia del litigio. La sentencia exclusivamente procesal o formal, como es la inhibitoria, decide solamente que en el proceso no concurren los elementos adecuados para la solución fundamental del litigio y, por eso, es improcedente en tal caso afirmar que hubo inconsonancia, cuestión que supone avocar y definir el mérito de la controversia, en cuyo caso es posible incidir en la desarmonía, elevada a causal de casaciòn en el numeral segundo del artículo 520 del C. Judicial.

2. La interpretación de la demanda corresponde al fallador de instancia; si al hacerlo, incurre en error de hecho evidente, o en error de derecho, como en el evento de no valorar la confesión allí contenida, es obligación del recurrente señalar el error de manera precisa, con su propia calificación; pero, no es conducente pretender que en casación se cambie la interpretación hecha en instancia invocando la presunta intención del actor en el juicio, máxime si esa voluntad aparece de manifiesto en el escrito que la contiene.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1o. Ante el Juez del Circuito de Ciénaga y en demanda presentada el 23 de julio de 1.956, Judith Peña Baena de Calonge solicitó que, frente a Aníbal Peña Baena, previa tramitación de un juicio ordinario, se hagan las declaraciones que a continuación se resumen:

a). La resolución del contrato de compraventa celebrado por las personas antes nombradas y contenido en la escritura pública número 240 de 9 de diciembre de 1.948, otorgada en la Notaria de Fundación, por falta del pago del preció;

b). La resolución del mismo contrato "por haberse valido el comprador de dolo para inducir a la vendedora a celebrar el contrato";

c). La restitución por parte del comprador del inmueble determinado en el punto tercero. de la demanda;

d). El pago de los perjuicios que comprenden el lucro cesante y el daño emergente, "causados por el no pago de la cosa vendida y por el dolo empleado en el contrato";

f). La condenación al pago de costas; y

g). La cancelación de la escritura antes anotada.

La contestación de la demanda negó la mayor parte de los hechos y de otros dijo no tener constancia.

El 30 de septiembre, el Juez del conocimiento profirió sentencia en la forma como le fue pedido en la demanda. Ambas partes apelaron del fallo y el Tribunal en providencia de diciembre 2 de 1.961, que es ahora materia del recurso de casación propuesto por la parte actora en el juicio, resolvió:

"Revócase la sentencia de fecha 30 de septiembre de 1.959 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ciénaga, en la primera instancia de este juicio, y en su lugar se declara que no se estiman las peticiones de la demanda por haberse propuesto como principales dos acciones que son contrarias e incompatibles entre sí".

Consideró el Tribunal que las acciones de resolución por falta del pago del precio y, la de rescisión, por dolo, "no sólo son distintas sino que además son contrarias e incompatibles entre sí la resolución y la rescisión, toda vez que aquella se predica de un contrato válido y ésta de uno inválido o relativamente nulo en su origen, por lo cual entraña dos conceptos opuestos que se excluyen recíprocamente".

Después de estudiar el alcance del artículo 209 del C. Judicial, argumenta el Tribunal:

"De cuanto se ha expuesto resulta en conclusión que por haberse ejercitado conjunta y simultáneamente dos acciones contrarias e incompatibles, y por ende, no acumulables en una misma demanda, se está en el caso de falta del primero y principal presupuesto procesal, como es el de "demanda en forma", indispensable para la iniciación de todo juicio, y que por ello éste no ha debido iniciarse ni adelantarse con base en dicha demanda".

2o. La demanda de casación formula dos reparos a la sentencia recurrida. El primero a través de la causal primera del artículo 520 del C. Judicial y por incongruencia el segundo. El orden lógico (C. J. 537), obliga a estudiar primeramente el de incongruencia.

SE CONSIDERA:

3o. No es necesario reproducir los argumentos expuestos por el recurrente y referirse a ellos de manera concreta, porque, en los considerandos de la sentencia, disertó el sentenciador sobre la imposibilidad de la acumulación de acciones en la forma hecha en la demanda de iniciación del juicio y, en la parte resolutiva, de manera clara e inconfundible, se inhibió de dictar fallo de mérito. Y cuando la sentencia es de esta índole, no es posible el cargo por incongruencia en virtud de su carácter puramente procesal, sin alcance alguno a lo que constituye la materia del litigio. La sentencia exclusivamente procesal o formal, como es la inhibitoria, decide solamente que en el proceso no concurren los elementos adecuados para la solución fundamental del litigio y, por eso, es improcedente en tal caso afirmar que hubo inconsonancia, cuestión que supone avocar y definir el mérito de la controversia, en cuyo caso es posible incidir en la desarmonía, elevada a causal de casación en el numeral segundo del artículo 520 del C. Judicial.

4o. El primer cargo de la demanda, acusa la sentencia con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., pues se dice que el Tribunal interpretó erróneamente la demanda "al expresar en su fallo que ella contiene dos acciones opuestas, que no solo son diferentes, sino contradictorias e incompatibles entre sí, cuales son la acción resolutoria del contrato de compraventa celebrado por las partes nombradas y la acción rescisoria del mismo contrato, ya que éstas no fueron propuestas subsidiariamente o en forma condicional, para manifestar lo cual el H. Tribunal invocó el artículo 209 del C. J., numeral 3o. No existe duda acerca de la circunstancia de que las mencionadas acciones son contradictorias y por lo mismo no es susceptible su acumulación conforme a la disposición citada, proponiéndolas como principales y en forma simultánea".

Después de la anterior aceptación del criterio de la sentencia impugnada, pretende el recurrente que se interprete el espíritu de la demanda porque "el apoderado de la parte demandante nunca tuvo el propósito de presentar las dos acciones como principales o simultáneas y para que el Juez así las considera al tiempo de fallar".

Termina el cargo señalando como infringidos los artículos 1546, 1622, 1602, 1603, 1609, 1849, 1857, 1928 y 1929 del C. Civil y 209, 466, 471, 472 y 481 del C. Judicial.

SE CONSIDERA:

5o. En verdad, como de lo transcrito se infiere, no es posible el cargo por errónea interpretación de la demanda. El propio recurrente acepta la improcedencia de la acumulación efectuada en el libelo de iniciación del litigio,

claro y perentorio, sin distingo alguno, en que solo se propusieron peticiones principales, sin la más ligera alusión a la subordinación de unas peticiones a otras. Y es más: la interpretación de la demanda corresponde al fallador de instancia; si al hacerlo, incurre en error de hecho evidente, o en error de derecho, como en el evento de no valorar la confesión allí contenida, es obligación del recurrente señalar el error de manera precisa, con su propia calificación; pero, no es conducente pretender que en casación se cambie la interpretación hecha en instancia invocando la presunta intención del actor en el juicio, máxime si esa voluntad aparece de manifiesto en el escrito que la contiene.

En lo que respecta a la interpretación de la demanda, la Corte ha sentado:

"Es factible que el Juez se equivoque al interpretar la demanda, sea por contraevidencia respecto a sus peticiones o hechos, o porque se confunda en relación con la naturaleza jurídica de la acción civil propuesta. En ambos casos, generalmente el error determina la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, ya que la litis se ha fallado con base en preceptos que no regulan el caso, y también por falta de aplicación de aquellas que regulan el punto cuestionado". (XCII-66). En uno y otro caso es necesario demostrar concretamente los fundamentos del cargo, lo que aquí no ha sucedido.

La improcedencia de los reparos determina que no se infirme el fallo acusado.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, de fecha dos (2) de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en este juicio ordinario de Judith Peña Baena de Calonge contra Aníbal Peña Baena, sobre resolución de un contrato.

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. - Gustavo Fajardo Pinzón. Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LA COMPETENCIA

Es prorrogable e improrrogable. Legitimación en el proceso. Quién puede alegar nulidad por carencia de aquélla. Contra la sentencia inhibitoria no procede alegar incongruencia. Nulidad. La providencia que la declara es interlocutoria y no puede ser materia del recurso de casación. Presupuestos procesales. La falta de éstos genera sentencia simplemente formal. Errores en que se puede incurrir en la interpretación de la demanda.

1. La competencia del juez es generalmente prorrogable. Esta puede ocurrir por disposición de la ley o por voluntad de las partes. Cuando la ley lo autoriza, el juez puede conocer de un negocio que no le estaría atribuído, como sucede en los supuestos de los artículos 209 y 427 del código de procedimiento civil. La prórroga por voluntad de los litigantes puede ser expresa, como aparece de los artículos 438, inciso 2o. y 455, o, por voluntad presunta, en el caso del numeral 1o. del artículo 449 del código citado, o bien, por parte del demandante, por el hecho de ejercitar la acción y, por parte del demandado, por el de no oponer la excepción oportunamente.

La competencia que se determina por razón de la naturaleza del asunto, por su cuantía o por la calidad de las partes, salvo excepción expresa, es improrrogable.

La competencia por razón del lugar, sólo por excepción, es improrrogable (C. J. 152 numerales 8o., 9o., 10. y 11), lo que significa que puede sanearse tanto por aquiescencia de la parte, como por medio de resolución judicial que haya declarado la competencia del juez para conocer del negocio. Fallado en el juicio el incidente de nulidad por incompetencia de jurisdicción en forma adversa al excepcionante, no puede volver a proponerse, tanto por la prohibición contenida en el numeral segundo del artículo 444 del C. J., como, porque, de aceptarla en el recurso extraordinario, equivaldría a dar paso en casación a un incidente ya resuelto en instantancia con carácter preclusivo.

2. La carencia de legitimación procesal, puede dar lugar a excepción dilatoria o a nulidad en el juicio (C. J. 330, 332, 448, 450, 455, 457). Pero, este motivo, no lo puede alegar sino el que no estuvo legitimamente representado en él.

3. Por ser una censura a menudo invocada, la Corte ha dicho reiteradas veces, que las sentencias de índole inhibitoria no pueden incurrir en incongruencia, por la sencilla y clara razón de que no resuelven el fondo del litigio.

4. El tribunal, al aplicar en un caso dado, los artículos 448, 455 y 456 del C. Judicial, principia por poner la nulidad en conocimiento de las partes, para los efectos respectivos, como lo dispone el artículo 455 del nombrado estatuto, y las partes pueden obrar en la forma prevista en la misma norma, con la consecuencia de que si existe la nulidad y no se allana, o si es inallanable, la providencia que la declara, es simplemente interlocutoria; su objeto es purificar el procedimiento a fin de que la sentencia se pronuncie en un proceso válido; o declara la nulidad, para no dictarla en uno legalmente inepto. Y tal resolución no puede ser materia del recurso de casación.

5. Si lo que el Tribunal declaró fue la carencia de condiciones de estructura del proceso para recibir sentencia de mérito por

falta de presupuestos adecuados, esto es motivo de sentencia, así sea simplemente formal.

6. En la interpretación de la demanda puede incurrirse en errores evidentes, por contraevidencia respecto a sus peticiones o hechos, o por equivocación en relación con la naturaleza jurídica de la pretensión propuesta. En el primer caso la violación es indirecta; proviene de error craso, puesto que se hace decir a la demanda algo que no dice o se deja de ver algo que palmariamente dice. En el segundo la violación es directa, porque proviene de la equivocaciòn en la calificación jurídica de la pretensión intentada, en la apreciación de las normas que deben resolver el litigio. Puede darse violación indirecta en la apreciación de la demanda también, cuando contiene una confesión que el juzgador no valora.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotà, seis de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Se resuelve el doble recurso de casación propuesto contra la sentencia de doce de agosto de 1.961, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario iniciado por Eladio Jaime, Consuelo del Socorro, Gustavo de Jesús y Amparo de Jesús Morales Vásquez, en su propio nombre, María Morela y Willian de Jesús Morales Vásquez, menores adultos representados por su legítimo padre Jaime Morales Cano, y Horacio, Ofelia, Rosa y Fanny de los Angeles Morales Osorio, en nombre propio y Luz Estela Garcés Morales, representada por Miguel Garcés, su padre legìtimo, frente a Oscar Vélez y Agustín Toro.

1º. En imprecisa demanda distribuída en veintitrés hechos, siete numerales destinados a explicar el derecho, cinco peticiones principales y tres subsidiarias, se solicita:

"Primero. Que la inscripción de la hipoteca, contenida en la escritura pública Nº. 259 de 13 de mayo de 1.946 de la Notaría de Cisneros, fuè nula, en razón de que los otorgantes, señores Jaime y Nemesio Morales Cano, no eran dueños del inmueble sobre el que se habría constituído el derecho real de la hipoteca.

"Segundo. Que el remate del inmueble en mención, llevado a cabo por ante el señor Juez del Circuito Promiscuo de Yolombó en diligencia de 21 de febrero del año en curso y la aprobación de la misma, consumada por proveído de 14 de marzo siguiente, son nulos de nulidad absoluta, así como el Registro de aquellas dos providencias, que se inscribió en Puerto Berrío el 31 del mismo mes de marzo, por razón de que no fueron citadas, ni emplazadas, ni oídas debidamente en juicio las sociedades conyugales disueltas que formaron, de una parte, Jaime Morales Cano y María Vásquez y, de otra, Nemesio Morales Cano y Emilia Rosa Osorio, así como las sucesiones de las cónyuges fallecidas, unas y otras, representadas por los herederos y los cónyuges superstites respectivos.

"Tercero. Que, en consecuencia, se declare no haber salido del patrimonio económico de las dichas sociedades conyugales y sucesiones, el inmueble rematado y que éste pertenece a dichas comunidades, o a los adjudicatarios de cuota intelectual, respectivos, según las Hijuelas que se acompañan.

"Cuarto. Que el rematador, señor Oscar Vélez, en virtud de la acción reivindicatoria que se acumula a la presente acción de nulidad el remate, está en la obligación de restituir y entregar, materialmente, una vez ejecutoriada la sentencia, el inmueble rematado, a las sociedades conyugales y sucesiones dichas, o a los suscritos y representados adjudicatarios de partes intelectuales del mismo inmueble, con devolución de frutos, desde la notificación de la demanda, hasta la devolución material efectiva. Y no solo con los frutos percibidos, sino con los que hubieran podido percibir, con diligencia y cuidado, las sociedades conyugales y sucesiones mencionadas, o los adjudicatarios de cuotas intelectuales, en relación al mismo inmueble.

"Quinto. Que los demandados sean condenados en costas en caso de oponerse al progreso de estas acciones.

EN SUBSIDIO

"Primero. Que es nulo el remate tantas veces mencionado, su aprobación e inscripción.

"Segudo. Que el rematador, señor Vélez, está en la obligación de restituir y entregar,

materialmente, la finca rematada a los suscritos representantes de las sociedades conyugales disueltas y de las sucesiones premencionadas, o a los adjudicatarios de cuotas intelectuales, sobre el mismo inmueble, con los frutos correspondientes, de acuerdo con lo pedido en el punto "cuarto" principal, inmediatamente anterior.

"Tercero. Que se condene en costas, si hubiere oposición al progreso de la demanda".

Los hechos del libel orelatan que Jaime Morales Cano y María Vásquez contrajeron matrimonio el 20 de agosto de 1.928 y que de ese matrimonio nacieron los demandantes que corresponden a los apellidos Morales y Vásquez; que Nemesio Morales Cano y Emilia Rosa Osorio celebraron matrimonio el 21 de noviembre de 1.920 y que sus hijos fueron los que coresponden a los apellidos Canoy Osorio; que Marta Lucila Morales Osorio, después de casarse con Miguel Garcés y de tener como hija a Luz Estela, murió, siendo ésta menor al tiempo de presentar la demanda; de ahi que la represente su padre Miguel Garcés; que María Vásquez de Morales falleció el 16 de mayo de 1.946 y Emilia Rosa Osorio de Morales el 24 de agosto de 1942.

Igualmente relacionan los hechos que Jaime y Nemesio Morales Cano, troncos de las dos familias, adquirieron en comunidad, mejoras plantadas en baldíos de la Nación, según escrituras públicas 415 de 3 de noviembre de 1.935 y 3 de 6 de enero de 1.937, pasadas en las Notarías de Cisneros y Puerto Berrío, respectivamente. Esta adquisición se realizó, y lo destacan los hechos, durante la vigencia de las dos sociedades conyugales referidas.

Por escritura número 259 de 13 de mayo de 1.946, Jaime y Nemesio Morales Cano, se constituyeron deudores solidarios de Agustín Toro, por la suma de siete mil pesos, al uno por ciento de interés mensual, con término de dos años. Se garantizó la obligación con hipoteca del inmueble precitado. La escritura se registró en la Oficina competente y en el libro correspondiente, el 16 de julio de 1.946. Como los deudores incumplieron la obligación, se les siguió juicio hipotecario en el que se subastaron las mejoras que fueron rematadas por Oscar Vélez, y, aprobado el remate el 14 de mayo de 1.958.

"Cuando se registró la hipoteca, constituída por los señores Jaime y Nemesio Morales Cano, o sea el 16 de julio de 1.946, fecha en que, por la inscripción se había verificado la tradición del derecho real hipotecario, también había fallecido la cónyuge del otro de los comuneros de la finca rematada y codeudor solidario, señor Nemesio Morales Cano, puesto que aquélla murió el 24 de agosto de 1.942". (hecho decimoquinto).

Sostiene el libelo que los señores Morales Cano trataron de hipotecar, sin lograrlo legalmente, un inmueble que pertenecía, en comunidad, a dos sociedades conyugales disueltas e ilíquidas y a las sucesiones- para entonces abiertas- de sus consortes. Por lo que, consecuencialmente, no puede nacer el derecho de hipoteca y, menos, la acción in re que a este le es propia; que habiendo demandado Agustín Toro a los cónyuges superstites, exclusivamente, y en su mera condición personal, el 23 de enero de 1.956, cuando habían fallecido sus respectivas esposas, demandó mal la efectividad del crédito, por cuanto abiertas como estaban en la fecha, las sucesiones de aquéllas, debió dirigir la acción personal, que era la única posible, contra las dos sucesiones y sociedades conyugales, representadas, unas y otras, por los herederos respectivos y por los consortes sobrevivientes; y que, como "a ninguna de las personas a quienes pueden perjudicar la acción que se está incoando - ya moral ora legalmente- le fueron desconocidas las irregularidades de fondo y de forma y, por consiguiente, no podrían alegar error involuntario, al consumar el atropello judicial que conllevó el tal juicio hipotecario, contra los intereses de los causahabientes de las cónyuges fallecidas, por el aspecto de las sociedades y sucesiones no llamadas al juicio".

Cumplida la tramitación de la primera instancia el Juez tercero del Circuito de Medellín, en sentencia de 5 de agosto de 1.960, de que ambas partes apelaron, aceptó las pretensiones expuestas en la demanda y falló de conformidad. Al estudiar el contenido del libelo para determinar su sentido y alcance, se interpretaron las peticiones, así:

"Las nulidades de carácter adjetivo ocurren en los casos y por las causas taxativamente determinadas en el art. 448 del C. Judicial.

"El acto civil que implica el remate como contrato de venta en que el Juez representa al vendedor, es bien distinto de las formalidades procedimentales y al mismo acto del remate.

"El primero se rige por los principios legales que regulan o dominan los actos y declaraciones de voluntad; y el segundo por las disposiciones del C. Judicial.

"Una y otra las alega la presente acción: que la cosa hipotecada como cuerpo cierto no pertenecía, no fue adjudicado a los hipotecantes, contraviniendo lo dispuesto en los arts. 2493 y 2043 del C. Civil, transcrito. Precisa como se vió, que quien va a hipotecar un inmueble, sea dueño de èl; y en consecuencia pueda enajenar, que ello quiere decir lo primero.

"Contravenir lo anterior, acarrea nulidad absoluta de la llamada de carácter sustantivo".

2o. Después de estudiar las diferencias entre las nulidades procedimentales y las sustanciales, el Tribunal, en la parte fundamental de su proveído, dijo:

"Visto lo que se acaba de exponer, se comprende que la presente **acción va encaminada a obtener** la declaratoria de nulidad en su aspecto sustantivo, pues se ataca la validez de un contrato y una diligencia de remate cumplida dentro de un procedimiento ya culminado.

"Cobra entonces, en vista de lo anotado, relievante importancia la consideración de las partes dentro de las cuales debe ventilarse el juicio, pues siguiendo un principio general de derecho, por regla general, los fallos judiciales no afectan sino a quienes han intervenido en el proceso.

"Según la demanda, se trajo al litigio, por su aspecto pasivo, al señor Agustín Toro y a Oscar Vélez, el primero, quien figuró como actor en el juicio hipotecario en donde se produjo la diligencia de remate que se pretende invalidar y que a su vez figuró como acreedor dentro del contrato de mutuo con garantía hipotecaria que celebrara con los señores Jaime y Nemesio Morales; y el segundo, Oscar Vèlez, persona que remató el bien que garantizaba el contrato de hipoteca a que alude la parte anterior.

"Se colige entonces, que pretendiéndose anular el contrato de mutuo e hipoteca de que se ha hablado, debió demandarse a quienes intervinieron en tal contrato o contratos, y no exclusivamente a una de las partes, el acreedor hipotecario y a un tercero, como aconteció en el presente caso".

Luego de citar jurisprudencia de la Corte al respecto, concluye:

"La falta de citación dentro de un proceso de las partes que en el mismo han debido intervenir, acarrea un vicio de falta de legitimación en el proceso, que obliga al fallador a abstenerse de considerar los extremos del pleito, por ausencia de este presupuesto procesal".

Las anteriores consideraciones condujeron al Tribunal a revocar la sentencia apelada y a declarar su propia inhibición para fallar de mérito el juicio, por falta del presupuesto de legitimación procesal.

LAS IMPUGNACIONES

3o. **Primera demanda.** Por razòn de método y por la naturaleza del cargo se estudia en primer lugar la demanda de impugnación presentada por la parte demandada. Ataca la sentencia del Tribunal con fundamento en los numerales primero y segundo del artículo 448 del C. Judicial. Sus términos son los siguientes:

"No demostró, la parte demandante, le incumbía, tener la representación legal de los hijos legítimos, que dijeron representar, para peticionar la prestación de la jurisdicción, habiéndoles sido objetada por la demandada. Por otra parte, de la simple lectura de la demanda, el juzgador pedáneo, estaba obligado a deducir que los figurantes, como padres legítimos, uno de ellos, cuando menos, alegaba su propia falta, como fuente de las obligaciones peticionadas, razón por la cual, estaba destinado a figurar en la parte pasiva, como demandado por sus hijos menores. Circunstancia suspensiva, per se, de la representación de los legitimarios demandantes. Con la resultancia: aquellos menores, tenían que ser dotados, judicialmente, en forma práctica de curador dativo, nombrado por el Juzgador, a petición de parte, intervención del Agente del Ministerio Público,

y autorizados para litigar contra sus padres, y facultado, el curador dativo, para demandar.

"Mientras faltara el cumplimiento de los preceptos contenidos en los arts. 305 del C.C. y 242 del C.J., el juzgador pedáneo, y el de segundo grado, tenían suspendidas jurisdicción y competencia, para aprehender conocimiento del juicio, tramitarlo y decidirlo. Obrar en contrario, a lo previsto, implicaba usurpación de jurisdicción. Y, desde otro punto de enfoque, el juicio, venía herido de nulidad inallanable, a partir del auto admisorio de la demanda inclusive, con arreglo a la causal 1ª.) del art. 448 del C. J., que invoco en casación, en la presente, con arreglo al motivo 6o. del art. 520 de la misma obra".

Y después de lo anterior y para alegar la ilegitimidad de personería, "doble ilegitimidad de la personería de las partes", este otro párrafo:

"Para el caso preexistía un litisconsorcio pasivo necesario, obligatoriamente, convocable al juicio por la activa. No lo fue, lo cual configura otro motivo de nulidad, previsto en la causal 2a.) del art. 448 del C. J., en relación con los arts. 448 y 520 del mismo cuerpo de leyes, motivo 6o., que vengo a invocar como fundamento de la infirmación de la sentencia impugnada, para que, en su reemplazo, la H. Sala, declare la nulidad de todo el juicio, incluyendo el auto admisorio del libelo, por 'incompetencia de jurisdicción" y doble ilegitimidad de la personería de las dos partes, y condena al pago de las costas, por los responsables, exclusión hecha del H. Tribunal Superior, de Medellín, Sala Civil, y orden de reenvío a sus orígenes.....".

En el escrito de oposición a esta demanda hace especial referencia a su ineficacia para obtener el rompimiento de la sentencia de instancia.

4o. SE CONSIDERA:

a). El demandado Oscar Vélez, en la oportunidad procesal propuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción y, ahora en el recurso hace el cargo por incompetencia de jurisdicción. La incompetencia del juez para conocer de un negocio da lugar a excepción dilatoria y, a nulidad que puede decretarse de oficio o a petición de parte. (C. J. 331, 448, 449, 455 y 456).

La competencia del juez es generalmente prorrogable. Esta puede ocurrir por disposición de la ley o por voluntad de las partes. Cuando la ley lo autoriza, el juez puede conocer de un negocio que no le estaría atribuído, como sucede en los supuestos de los artículos 209 y 427 del código de procedimiento civil. La prórroga por voluntad de los litigantes puede ser expresa, como aparece en los artículos 438, inciso 2o. y 455, o, por voluntad presunta, en el caso del numeral 1o. del artículo 449 del código citado, o bien, por parte del demandante, por el hecho de ejercitar la acción y, por parte del demandado, por el de no oponer la excepción oportunamente.

La competencia que se determina por razón de la naturaleza del asunto, por su cuantía o por la calidad de las partes, salvo excepción expresa, es improrrogable.

La competencia por razón de lugar, solo por excepción, es improrrogable (C. J. 152 numerales 8o., 9o., 10 y 11), lo que significa que puede sanearse tanto por aquiescencia de la parte, como por medio de resolución judicial que haya declarado la competencia del juez para conocer del negocio. Fallado en el presente juicio el incidente exceptivo en providencia de 5 de febrero de 1.959, en forma adversa al excepcionante, no puede volver a proponerse, tanto por la prohibición contenida en el numeral segundo del artículo 449 del C. J., como, porque, de aceptarla en el recurso extraordinario, equivaldría a dar paso en casación a un incidente ya resuelto en instancia con carácter preclusivo.

b). La carencia de legitimación procesal, otro aspecto del reparo, también puede dar lugar a excepción dilatoria o a nulidad en el juicio. (C. J. 330, 332, 448, 450, 455 y 457). Pero, este motivo, no lo puede alegar sino el que no estuvo legítimamente representado en él. Y el recurrente que ahora lo invoca no está dentro de ese supuesto. "El derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio, ha dicho la Corte, no corresponde a cualquiera de los actores, sino privativamente a la parte ilegalmente notificada o emplazada o indebidamente representada. Es el interesado mismo quien puede alegar esos motivos de nulidad y no su con-

traparte. Si tal personería se exige para promover el juicio por la vía ordinaria y para oponer la excepción, cuando se trata de ejecutar la sentencia, la misma personería debe exigirse para alegar en casación la nulidad del juicio con apoyo en los referidos hechos, pues no se ve la razón para que tan sabias normas dejen de aplicarse en el recurso de casación". (LXIX.-39).

Lo anterior demuestra que el cargo es vano.

5o. **Segunda Demanda.** Es esta la de la parte demandante. Formula dos cargos. El primero con base en la causal primera del artículo 520 y el segundo por incongruencia.

Al parecer, el fundamento para censurar la sentencia por incongruencia está en que, por haber dictado el Tribunal fallo inhibitorio, no resolvió favorablemente las peticiones de la parte demandante. "La violación de las normas que he citado -afirma el recurrente-, (se refiere a las disposiciones en que fundamenta el primer cargo) se produjo porque si el fallador no hubiera cometido la falta de consonancia, habría resuelto sobre el fondo del negocio y habría accedido a lo pedido en la demanda, ya que los hechos están demostrados y las normas consagran el derecho invocado".

6o. SE CONSIDERA:

Además de no ser el anterior argumento adecuado para sostener un cargo por incongruencia, acontece que la sentencia que se acusa de inconsonante es inhibitoria y, la Corte con reiteración frecuente, por ser una censura a menudo invocada, ha dicho que las sentencias de esa índole no pueden incurrir en incongruencia, por la sencilla y clara razón de que no resuelven el fondo del litigio.

7o. **Segundo Cargo.** (Primero de la demanda). Está expuesto así:

"Invoco la causal de casación contenida en el numeral primero del artículo 520 del C. J., pues el fallo acusado aplicó indebidamente los artículos 448, 455 y 456 del C. J., y 1746 del C. C., y como consecuencia de ello dejó de aplicar los artículos 664, 665, 670, 740, 742, 749, 752, 756, 789, 946, 947, 948, 950, 952, 961, 962, 963, 964, 1781 numeral 5o., 2652 ordinal 3o., 2435, 2439, 2443 y 2456 del C. C.

"La aplicación indebida de las normas citadas se produjo a través del error evidente de hecho consistente en que el sentenciador creyó que los demandantes pedían la anulación del contrato de mutuo y la nulidad del juicio hipotecario, cuando es absolutamente evidente que la parte demandante solo pidió la nulidad del registro de la hipoteca y la del remate, su aprobación y los registros correspondientes, y las consecuencias derivadas de esas declaraciones.

"La prueba indebidamente apreciada fué la propia demanda conque se inició el juicio, pues allí se ve claramente que, lo pedido no es la nulidad del contrato de mutuo ni la del juicio hipotecario, sino la del registro de la hipoteca y la del remate, su aprobación y sus inscripciones.

"El evidente error en la apreciación de lo que realmente fué pedido condujo a la violación de la ley, porque el sentenciador aplicó las normas de los artículos 448, 455 y 457 del C. J. cuando no era el caso de hacerlo, pues no demandándose la nulidad de contrato, no debían citarse todos los contratantes, y no pidiéndose la nulidad del juicio, no era necesario citar a todas las partes. Como se trataba de un juicio reivindicatorio, se citó al poseedor señor Oscar Vélez, y como el poseedor alegaba haber adquirido en remate en juicio hipotecario, se citó también al ejecutante. Luego no faltó citación a personas que debieran comparecer al juicio".

8o. SE CONSIDERA:

Se aclara de una vez que, el fallo del Tribunal no aplicó los artículos 448, 455 y 456, a que se refiere la primera parte del reparo anterior. De haberlo hecho, habría principiado por poner la nulidad en conocimiento de las partes, para los efectos respectivos, como lo dispone el artículo 455 del C.J. y las partes habrían podido obrar en la forma prevista en la misma norma, con la consecuencia de que si existe la nulidad y no se allana, o si es inallanable, la providencia que la declara, es simplemente interlocutoria; su objeto es purificar el procedimiento a fin de que la sentencia se pronuncie en un proceso válido; o, declarar la nulidad, para no dictarla en uno legalmente inepto. Y tal resolución no puede ser materia del recurso de casación.

Lo que el Tribunal declaró, fue la carencia de condiciones de estructura del proceso para recibir sentencia de mérito por falta de presupuestos adecuados, y esto sí es motivo de sentencia, así sea simplemente formal.

En la interpretación de la demanda puede incurrirse en errores evidentes, por contraevidencia respecto a sus peticiones o hechos, o por equivocación en relación con la naturaleza jurídica de la pretensión propuesta. En el primer caso la violación es indirecta; proviene de error craso, puesto que se hace decir a la demanda algo que no dice o se deja de ver algo que palmariamente dice. En el segundo la violación es directa, porque proviene de la equivocación en la calificación jurídica de la pretensión intentada, en la apreciación de las normas que deben resolver el litigio. Puede darse violación indirecta en la apreciación de la demanda también, cuando contiene una confesión que el juzgador no valora.

En ninguna de estas hipótesis está la sentencia, porque de la lectura del libelo, de su contenido, de los argumentos de derecho allí expuestos, de la cita de disposiciones de carácter sustantivo, dedujo y calificó el Tribunal la acción intentada.

En efecto: en el libelo se lee, en el capítulo titulado "Fundamentos de Derecho":

Así que, cuando se registró el contrato de mutuo, contentivo de la caución hipotecaria, el inmueble sobre que se trató de hacer recaer ésta pertenecía, en su calidad de comunidad, a dos comunidades a título universal, cuales eran las tantas veces mencionadas sociedades conyugales disueltas y respectivas sucesiones abintestato. Luego, si para hipotecar, se necesita ser dueño de la cosa hipotecada y, a la fecha de la inscripción de la hipoteca de que se viene hablando, los comuneros, señores Morales Cano, ya no eran dueños, sino que lo eran las dichas sucesiones y sociedades conyugales, mal pudo nacer, a la vida jurídica, el derecho real de hipoteca, en favor de don Agustín Toro y, en consecuencia, el mutuante se quedó sin caución que le asegurara el pago del mutuo, por parte de los mutuarios, señores Morales Cano. Viene, pues, lo que se está estampando, en apoyo de lo que se dijo en el aparte anterior, sobre nulidad de la garantía hipotecaria".

Estos conceptos los confirma el propio recurrente, cuando dice:

"La parte que represento, demandó la nulidad de la inscripción de la hipoteca, porque siendo dueña del bien era la única que podía hipotecarlo, y demandó la nulidad del remate, de su aprobación y de las inscripciones, no en cuanto ello constituya un contrato entre el ejecutado representado por el juez y el ejecutante, como se ha tratado de insinuar, sino porque esos tendían a pasar la propiedad al señor Vélez, pero se estaba operando sobre bienes ajenos".

O sea que, en vez de demostrar el error de hecho evidente, el recurso confirma el criterio del Tribunal, en cuanto ve en la demanda el ejercicio de pretensión tendiente a destruir el remate como acto civil, porque la parte que representa "siendo dueña del bien era la única que podía hipotecarlo".

Se agrega a lo anterior, que no hay ni en la demanda inicial del litigio, ni en la del recurso ninguna alusión a la falta de formalidades para hacer el remate.

Lo dicho demuestra ser el cargo ineficaz.

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 de Medellín, de doce (12) de agosto de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el juicio ordinario de Eladio Jaime Morales y otros frente a Agustín Toro y otro, sobre nulidad de un remate.

Sin costas por haber recurrido ambas partes.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el expediente a la oficina de origen. Entrelíneas: "lugar". Vale.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Responsabilidad directa de las entidades públicas por "fallas del servicio". Violación de la ley. Condiciones para que la valoración de indicios hecha por el juzgador admita censura en casación. Presunción de culpa por actividades peligrosas. Concurrencia de culpas.

1. La sola imputación de haber sido infringida la ley de pruebas, sin la determinación de los preceptos de derecho sustancial a que ese desacierto valoratorio hubiera conducido al sentenciador de instancia, deja trunca la censura (arts. 520 ord. 1o. y 531 C. J.), sin que la Corte pueda por ningún motivo proceder oficiosamente a complementarla.

2. El reconocer, sí o nó, a un hecho acreditado en el juicio, el valor de indicio necesario o el de presunción probatoria per se (arts. 663 y 664 C. J.), es función que se guarece en la autonomía del juzgador de instancia, cuyo dictamen al respecto no admite censura en el recurso extraordinario, mientras no adolezca de error fáctico evidente o arbitrariedad manifiesta, lo cual debe ser demostrado por el impugnante.

3. El artículo 2341 del C. Civil, que trata de la responsabilidad directa de quien por fuera del campo contractual ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, rige en los casos de "fallas del servicio público", pues en razón del mismo precepto la entidad pública de quien el servicio depende es directamente responsable por los daños causados a terceros con motivo u ocasión de la prestación del servicio, sin que se requiera acreditar la acción o la omisión de un agente identificado, por ser suficiente al efecto la falla funcional, orgánica o anónima, y bastándole a la víctima demostrar la falla causante y el daño. La Administración sólo podría, entonces, descargarse demostrando por su parte la incidencia de un elemento extraño, a saber: caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima (sentencia de casación 30 de junio de 1.962, en el juicio de Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá).

4. El artículo 2356 del C. Civ., consagratorio de una presunción de culpa, cuando el daño proviene de hecho que, por su naturaleza o las circunstancias en que ocurre, permite atribuírlo a malicia o negligencia de otra persona, es aplicable, entre otros casos, al de manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, cual es la conducción de automotores. Entonces a la víctima le bastará demostrar el hecho del ejercicio de la actividad peligrosa y el perjuicio sufrido; pero, el demandado podrá descargar su responsabilidad, acreditando una circunstancia eximente de toda culpa de su parte, cual sería la imprudencia de la víctima como causa exclusiva del accidente.

5. El ordenamiento del artículo 2356 del C. Civ., tiene como presupuesto absoluto la concurrencia de culpas. Donde no hay culpa alguna en una de las partes no cabe la aplicación de esta norma.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación propuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 26 de mayo de 1.961, en el juicio ordinario se-

guido por Pedro Amaya Escobar frente al Distrito Especial de Bogotá.

-I-

EL LITIGIO

El dia 29 de marzo de 1.953, hacia las cuatro y media de la tarde, se produjo, en el cruce de la Avenida Jimènez de Quesada con la carrera 12 de esta ciudad, un choque entre el automóvil marca Lincoln, tipo sedan, modelo 1.949, con placas números 5642 de Bogotá, de propiedad del demandante Pedro Amaya E., quien iba manejándolo, y el bus de servicio público marca White, distinguido con el número 135 de orden, perteneciente a la empresa del Tranvía Municipal de esta ciudad, conducido a la sazón por el chofer Carlos Mario Mendoza Rincón, dependiente de la misma empresa. Ambos vehículos en el momento de la colisión estaban en movimiento, y uno y otro sufrieron averías, siendo las del automóvil particular de mucho mayor gravedad que las del bus municipal.

Asì las cosas, Pedro Amaya Escobar demandó en juicio ordinario al Distrito Especial de Bogotà, para que se le declarase civilmente responsable del referido accidente de tránsito y, en consecuencia, se le condenase a pagar al demandante la indemnización, tanto de los perjuicios materiales, como de los morales subjetivos y objetivos, sufridos por éste con tal motivo.

Invocó en apoyo de su pedimento los artículos 2341, 2342, 2347 y 2349 del Código Civil.

En su contestación al libelo, el Personero del Distrito Especial aceptó unos hechos, dijo no constarle otros, negó uno en la forma como fue propuesto, y en relación con el del punto M) afirmó estar "demostrado que el demandante en el momento del accidente sí había ingerido licor". En suma, negò el derecho, causa y razón en que se apoya la demanda y se opuso a que se hagan las declaraciones y condenas solicitadas.

La primera instancia, en la que obran elementos probatorios de una y otra parte, recibió fallo del Juez 1o. Civil del Circuito de Bogotá, por el cual se deniegan las peticiones de la demanda y, en consecuencia, se absuelve al distrito demandado, y se condena en costas al actor.

A virtud de la apelación de èste, abrióse el segundo grado del juicio, que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de este Distrito, de fecha 26 de mayo de 1.961, en que se confirma la del inferior y se condena al litigante vencido en las costas de la instancia.

Interpuesto por éste el recurso de casación, en cuyo trámite el libelo de acusación fue contestado en oportunidad por el Procurador 2o. Delegado en lo Civil, se procede a resolverlo.

-II-

LA SENTENCIA RECURRIDA

Luego de algunos prolegómenos acerca de los elementos estructurales de la acción de responsabilidad civil extracontractual, procede el sentenciador al estudio de las probanzas, entre éstas las que tocan directamente con el choque de vehìculos de que se trata, tomadas del sumario que se adelantó en el Juzgado 4o. Penal Municipal de Bogotá, en la investigación del accidente.

Una de sus anotaciones es la de que en la copia compulsada del dicho sumario "aparece el reconocimiento mèdico practicado a PEDRO AMAYA ESCOBAR el 29 de marzo de 1.953 a las cuatro y treinta p/m (4-30 p/m) en uno de los Juzgados Permanentes de la ciudad, inmediatamente después del siniestro ocurrido. El resultado fue el siguiente: "HA INGERIDO LICOR" (Fls. 5 y vto. Cdo. No. 3o.)".

Se refiere a las declaraciones en el mismo sumario rendidas por Miguel Alvarado, Héctor Manuel Jiménez, Alfredo Muñoz y Antonio Robles, como testigos presenciales de los sucesos, y de los testimonios de los tres primeros, quienes -dice- viajaban como pasajeros del bus municipal accidentado, le resulta que "están de acuerdo al afirmar que el mencionado bus bajaba por la "Avenida Jiménez" a poca velocidad puesto que acababa de dejar pasajeros en un paradero situado a la diagonal del edificio de la Energía Eléctrica; que al llegar a la carrera 12ª., un automóvil que cruzaba en ese momento con el fin de ganar la referida carrera 12 hacia el Norte, se encontró

con el bus provocando el tremendo choque de que se viene tratando. Los testigos están de acuerdo también en que el referido automóvil llevaba considerable velocidad al tratar de desembocar en la carrera 12, disputándole la vía al bus No.135.....".

Del testigo Antonio Robles dice que "en declaración rendida el 27 de abril de 1.953 afirma que el dia antes citado y a la hora en referencia, subía en un taxi por la "Avenida Jiménez" y explica: ".....Cuando yo iba llegando hacia el cruce de la Avenida Jiménez con la carrera doce, y un carro que tambièn subia, nos cogió quebrando hacia el norte y nos encerró. Ese carro iba a una velocidad de cincuenta kilómetros, mas bien más que menos, ese carro era Lincoln, color cereza y nosotros al ver la maniobra intespectiva (sic) del carro que cruzó hacia el norte por la carrera doce, tuvimos que frenar (sic) para evitar la estrellada con ese, pues ese carro se nos metió por delante, y sin prevío, ni señal ninguna, y en consecuencia de haber hecho (sic) esa maniobra el carro en referencia, chocò con un bus municipal que bajaba por la Avenida Jiménez, ese bus municipal bajaba a una velocidad de unos treinta kilómetros.....".

Se ocupa luego de algunas disposiciones de los decretos de la alcaldía de Bogotá sobre Tránsito Urbano, números 14 de 1.941 (enero 31) y 398 de 1.949 (octubre 11), visibles en los Anales del Concejo que se incorporaron al proceso, y del último de tales decretos, transcribe las siguientes disposiciones: "Artículo 2o.). Los vehículos que transiten por las vías arterias, tendrán prelación sobre las carreras y calles..... 'Artículo 4o.). Todo vehículo que no tenga la prelación está en la obligación de parar completamente, al llegar a un cruce, tomar las precauciones debidas, y arrancaren primera velocidad, cuando le coresponda". "Artículo 5o.). Para efectos del presente Decreto, se consideran como vías arterias las siguientes.... "Avenida de Jiménez de Quesada" .....Las vìas por donde transiten Tranvías y Buses Trolley se consideran como vías arterias. "Artículo 6o.). De acuerdo con la presente reglamentación, en caso de choque en un cruce, se presume que la responsabilidad recae sobre el vehículo que no tenga la prelación....." (Subraya el Tribunal)".

Luego procede el Tribunal a consignar su convicción sobre el caso, en los siguientes términos:

"Examinado el caso sub-lite frente a los hechos que surgen de los elementos probatorios que se dejan relacionados, aparece establecido en forma categórica que es sobre el demandante Pedro Amaya Escobar sobre quien recae el peso de la responsabilidad por el accidente en cuestión, puesto que todas las circunstancias, antecedentes y concomitantes del suceso están indicando que dicho señor se comportó en forma imprudente y hasta temeraria al pretender cruzar la vía arteria para ganar la carrera 12, sin haber tomado ninguna medida o precaución, sin la màs leve prudencia, como se lo imponían en ese momento las circunstancias de encontrarse en una vía arteria por la cual descendia el bus municipal que gozaba de prelación en el uso de la vía. Todo hace aparecer a dicho señor Amaya Escobar como que no obró en esa oportunidad como lo habría hecho un hombre prudente y diligente, lo cual quiere decir que incurrió en una manifiesta culpa que fue el origen determinante del choque sufrido por los dos vehículos. En cambio, no aparece el menor indicio acerca de que el conductor del bus municipal No. 135 hubiera incurrido de su parte en la misma imprevisión o falta de prudencia y diligencia, y todo hace presumir màs bien que fue la manera intempestiva y atropellada con que irrumpió el conductor del automóvil lo que colocó a Carlos Mario Mendoza R. en la imposibilidad de aplicar en forma inmediata los medios de control de la máquina para evitar el choque. El acervo probatorio no deja el menor resquicio para variar esta conclusión. A lo anterior debe agregarse que el actor se colocó en abierta infracción de las disposiciones de tránsito que lo hacían incurrir en responsabilidad, al tenor de las normas que se transcribieron, y que incurrió en culpa por el sólo hecho de violar una obligaciòn determinada por ley o por reglamento que normaliza el ejercicio de la actividad del tránsito, pues ello significa que se omitieron las medidas de precaución que una u otro estimaron necesario para evitar un daño. Es lo que los doctrinantes denominan "CULPA CONTRA LA LEGALIDAD".

Y a la argumentación del apoderado del actor acerca de que la culpa del motorista del

bus municipal, señor Carlos Mario Mendoza, sí se configura por cuanto que contra éste se pronunció por el Juez Penal Municipal auto de llamamiento a juicio por el delito de lesiones personales causadas en accidente de tránsito, sobreseyéndose en cambio definitivamente a favor de Pedro Amaya Escobar, y de que corroboran dicha culpa y reponsabilidad los malos antecedentes que registra el nombrado chofer por sus repetidas infracciones a los reglamentos de tránsito y las sanciones a que se hizo acreedor por ingerir bebidas alcohólicas, rearguye el sentenciador así:

Que en el caso sub judice la acción civil de responsabilidad extracontractual se promovió y adelantó independientemente de la acción penal, sin que pueda caber violación de la cosa juzgada penal, màxime cuando no se profirió sentencia definitiva en el proceso criminal contra Mendoza Rincón; que "si bien el conductor del bus municipal registra en realidad malos antecedentes en su hoja de servicios, no es menos cierto que el demandante también los tiene, con el agravante de que éste fue convicto plenamente de haber ingerido licor y hallarse bajo su influencia en el momento de provocar la colisión de los vehículos" y que el agente conductor del bus municipal "bien ha podido obrar, a pesar de esos antecedentes, en el caso concreto examinado, con la prudencia y diligencia de un hombre avisado".

Finalmente expresa que "De todo lo anterior se tiene, entonces, que si el actor no logró establecer plenamente la actuación culposa del demandado, al tenor del artículo 2341 del C. C. antes citado, y que por el contrario aparece rotúndamente demostrada la culpabilidad de dicho actor, de conformidad con lo estatuído por la doctrina y la jurisprudencia, "el principio fundamental en que se basa la culpabilidad de la víctima está expresado en esta forma: "VOLENTI NON FIT INJURIA", respecto de la cual observa Lalou que si la víctima por su consentimiento ha aceptado un riesgo no puede luego quejarse del perjuicio que le resulte de esa aceptación".

-III-

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Remitièndose a la primera de las causales de casación, el impugnante formula los siguientes cargos:

Primero. Está propuesto así: "Consideró el Tribunal que como el actor no estableció la culpa del demandado "al tenor del artículo 2341 del C. C." y en cambio quedó demostrada la culpabilidad del demandante, éste en realidad aceptó el riesgo y no puede, según Lalou, quejarse después del perjuicio que le resulte. "El Tribunal aplicó indebidamente el citado artículo porque en materia de colisión de vehículos la norma que procede, infringida directamente por el Tribunal, es la del artículo 2356 del C. C. Nuestra jurisprudencia creò la presunción de culpa para los casos cobijados por este último artículo, entre los cuales figura la colisión de vehiculos".

Segundo. Literalmente dice: "Probada como está la culpa del demandante, a su respecto lo que ocurre es que el hecho presunto se convirtió en hecho probado. En relación con el demandado, para que la culpa que probó en el demandante lo exonere de responsabilidad en virtud de la presunciòn de culpa que sobre él recae, se requeriría que esa culpa fuera la causa exclusiva del daño.

"Cuando la causa del daño no es suficiente, como es el caso de autos, la parte demandada queda exonerada parcialmente de acuerdo con el artículo 2357 del C. C., que también infringió el Tribunal. De ahí que nuestra jurisprudencia exija que en el caso de la presunción de culpa no basta probar simplemente la existencia de ésta en la contraparte, sino además que tal culpa constituya el caso fortuito o la causa extraña, imprevisible e inevitable. De suyo aparece que la velocidad del vehículo y la embriaguez de su conductor no fueron la causa exclusiva del accidente, ni que éste se debió únicamente a esa culpa del demandante y de hecho así lo reconoce el Tribunal, según se ve en el capítulo I anterior. El problema de que se trata adquiere cierta confusión por la circunstancia de que el Distrito Especial no contrademandó. Hubo, pues, infracción directa de los artículos 63 y 66 del Código Civil y 1o. de la Ley 95 de 1.890, por el Tribunal".

Por último, como una especie de complemento y en parágrafo aparte, agrega: "Causa si no única por lo menos parcial de las violaciones anotadas, fue el error de derecho en que incurriò el Tribunal al no dar al séptimo de los "elementos probatorios" que en su sentencia enumera, -consistente en el auto de lla-

mamiento a juicio contra el chofer del bus del 19 de febrero de 1.954 y sobreseimiento definitivo en favor del demandante, proferido por el Juzgado 4o. Penal Distrital, junto con su confirmación por el Juzgado 4o. Penal del Circuito de Bogotá mediante auto de 3 de agosto de 1.954, el mérito de presunción que le atribuye el artículo 664 del C. J. o, en su defecto, el de indicio del artículo 663 anterior, ambos violados por el Tribunal.

"Muy jurídicamente sostiene el Tribunal que lo resuelto en lo penal no lo vincula. Cosa muy distinta es considerar, lo que no hizo, que el sobreseimiento definitivo a favor del demandante hace plena prueba acerca de que el choque de los vehículos no se debió exclusivamente a la embriaguez del demandante y velocidad de su automóvil".

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Lo primero que se observa es que la acusación no contiene reparo alguno por error de hecho en la apreciación que el sentenciador hiciera de las pruebas del juicio.

2. Luego, que es frustráneo el intento de ataque complementario por violación de los artículos 664 y 663 del Código Judicial, con el argumento de no haber el Tribunal dado el mérito, ya de presunción plenamente probatoria, ya de indicio necesario, al auto del Juzgado 4o. Penal Distrital por el cual se llamó a juicio a Carlos Mario Mendoza y se sobreseyó definitivamente en favor de Pedro Amaya Escobar, en relación con el accidente de tránsito sobre que se discute. Las razones de la frustración de la censura en este punto, son las siguientes:

a). Ante todo, la falta de estructuración del cargo, porque si éste se entendió hacer de modo autónomo, entonces carecería del contenido pleno que lo hiciera apto para ser estudiado en casación, ya que la sola imputación de haber sido infringida la ley de pruebas, sin la determinación de los preceptos de derecho sustancial a que ese desacierto valorativo hubiera conducido al sentenciador de instancia, deja trunca la censura (arts. 520. ord. 1o. y 531 C. J.), sin que la Corte pueda por ningún motivo proceder oficiosamente a complementarla.

b). Pero, si lo que el recurrente quiso fue invocar la violación de los dichos artículos 664 y 663 en la estimación de la prueba, como medio del infringimiento de los textos de la ley sustantiva relacionados en los puntos primeros y segundo de la acusación, lo cual envolvería una deformación de los cargos hechos en tales puntos, los que aparecen claramente propuestos por violación directa de la ley sustantiva, esto es, independientemente de todo yerro de apreciación o valoración probatoria, ello que sería contrario a la técnica imperada por la ley, autorizaría a dejar de lado ese complemento de la impugnación.

3. No obstante, si por vía de amplitud se entrase a considerar este aspecto de la censura, el resultado no sería otro que el de su improsperidad. Porque, el reconocer, sí o no, a un hecho acreditado en el juicio, el valor de indicio necesario o el de presunción probatoria per se (arts. 663 y 664), es función que se guarece en la autonomía del juzgador de instancia, cuyo dictamen al respecto no admite censura en el recurso extraordinario, mientras no adolezca de error fáctico evidente o arbitrariedad manifiesta, lo cual debe ser demostrado por el impugnante.

4. En el punto de que aquí se trata, la circunstancia de que, en la investigación de carácter penal a que dió lugar el aludido accidente de tránsito, por haber resultado lesionados algunos transeúntes, se hubiera dictado acto de llamamiento a juicio para el chofer del bus municipal y de sobreseimiento definitivo para el conductor del automóvil particular, no imponía, en el fuero civil, como deducción necesaria, la culpabilidad del primero y la inocencia del segundo. En efecto: la copia al presente juicio traída del referido auto del Juzgado 4º. Penal Distrital, en que se llamó a juicio a Mendoza y se sobreseyó en favor de Amaya, y de la providencia que lo confirmó, proferida por el 4º. Penal del Circuito, no incluye exposición ni análisis, si algunos se hicieron, de las pruebas en que se hubieran basado el llamamiento a juicio de uno de los conductores y el sobreseimiento definitivo del otro. Y como, por otra parte, un acto de llamamiento a juicio, de por sí no es prueba definitiva de la responsabilidad penal, la cual podría quedar descartada en el plenario y éste traducirse en absolución definitiva; y como un

auto de sobreseimiento puede obedecer defecto de pruebas, quiere decir que el referido auto del Juez 4º. Penal Distrital, confirmado por el superior respectivo, no vincula al sentenciador del presente juicio civil a tener que aceptarlo como indicio necesario o presunción plena de la inocencia de Amaya y de la culpabilidad de Mendoza, cuya muerte ocurrida más tarde dió lugar a que se ordenase la cesación de todo procedimiento, sin que, por lo tanto, se hubiera llegado al establecer definitivamente contra el mismo Mendoza responsabilidad alguna en lo penal.

Por lo tanto, el sentenciador en lo civil, al desestimar los referidos llamamiento a juicio de Mendoza y sobreseimiento de Amaya, y acogerse al conjunto de pruebas en que fundó la absolución de la entidad pública demandada, no incurrió en quebranto de los referidos artículos 663 y 664 del C. J., lo que por este concepto hace inane el cargo.

5. Viniendo ahora la censura contenida en los puntos primero y segundo del libelo de casación, se impone considerar lo siguiente.

Que la decisión tiene como premisa fundamental el convencimiento a que llegó el sentenciador, de que fue el propio demandante Pedro Amaya Escobar, quien, por no haber obrado como lo hubiera hecho un hombre prudente y diligente, "**incurrió en una manifiesta culpa que fue el origen determinante del choque sufrido por los dos vehículos.** En cambio, no aparece el menor indicio acerca de que el conductor del bus municipal No. 135 hubiera incurrido de su parte en la misma imprevisión o falta de prudencia y diligencia, y todo hace presumir mas bien que fue la manera intempestiva y atropellada con que irrumpió el conductor del automóvil lo que colocó a Carlos Mario Mendoza R. en la imposibilidad de aplicar en forma inmediata los medios de control de la máquina para evitar el choque. **El acervo probatorio no deja el menor resquicio para variar esta conclusión**" (se subraya).

Abrazada ella por el Tribunal, dentro de la potestad de juzgamiento de que está investido, escapa a sufrir rectificación alguna en el recurso extraordinario, porque no pugna con la evidencia del proceso, desde luego que la apreciación por el sentenciador, de los medios probatorios aducidos al juicio, no ha sido impugnada por error de hecho, ni tampoco contradice el mérito legal de los mismos medios, ya que el único reparo que por este concepto pretendió hacérsele resultó inepto.

De todo lo cual resulta que el sentenciador no violó por indebida aplicación el artículo 2341 del C. Civ., ni por falta de aplicación los artículos 2356 y 2357 de la misma obra:

6. No el artículo 2341, que trata de la responsabilidad directa de quien por fuera del campo contractual ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro. Ciertamente este artículo rige, en los casos de "fallas del servicio público", pues en razón del mismo precepto la entidad pública de quien el servicio depende es directamente responsable por los daños causados a terceros con motivo u ocasión de la prestación del servicio, sin que se requiera acreditar la acción o la omisión de un agente identificado, por ser suficiente al efecto la falla funcional, orgánica o anónima, y bastándole a la víctima demostrar la falla causante y el daño. La administración sólo podría, entonces, descargarse demostrando por su parte la incidencia de un elemento extraño, a saber: caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima (sentencia de casación, 30 de junio de 1.962, en el juicio de Reinaldo Tinjacá y otro contra el municipio de Bogotá, aun no publicada).

Si en el caso de autos, toda la culpa se polarizó en cabeza del conductor del automóvil particular y ninguna se halló en el chofer del vehículo oficial, el resultado es el de que no hubo "falla del servicio", a que pudiera acogerse el actor, sino que por el contrario fue éste el directo y único causante de sus propios perjuicios.

7. Tampoco se infringió por falta de aplicación el artículo 2356. Este texto, consagratorio de una presunción de culpa, cuando el daño proviene de hecho que, por su naturaleza o las circunstancias en que ocurre, permite atribuirlo a malicia o negligencia de otra persona, es aplicable, entre otros casos, al de manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, cual es la conducción de automotores. Entonces a la víctima le bastará demostrar el hecho del ejercicio de la actividad peligrosa y el perjuicio sufrido; pero, el demandado podrá descargar su responsabilidad, acreditando una cir-

cunstancia eximente de toda culpa de su parte, cual sería la imprudencia de la víctima como causa exclusiva del accidente. Así, en la especie **sub judice**, obra precisamente en contra del actor la norma del artículo 2356.

8. Y siendo todo lo anterior como lo es, mal pudo quebrantarse por falta de aplicación el artículo 2357, según el cual "La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". Porque este ordenamiento tiene como presupuesto absoluto la **concurrencia de culpas**. Pero, en el caso de que se trata, el sentenciador descartó toda falta de parte del conductor del bus municipal, encontrando que la culpabilidad en el choque gravitaba íntegramente sobre el actor Amaya Escobar.

9. Finalmente, no se ve cómo hayan podido ser vulnerados ni en qué sentido los artículos 63 y 66 del C. Civ. y 1o. de la ley 95 de 1.890, que definen en su orden los conceptos de culpa, de presunción y de fuerza mayor o caso fortuito.

RESOLUCION

A mérito de ló expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha veintiseis (26) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No se causaron costas en el recurso extraordinario.

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

Arturo C. Posada. Gustavo Fajardo Pinzón. Enrique López de la Pava. Enrique Coral Velasco. José Hernández Arbeláez. Julián Uribe Cadavid. Ricardo Ramírez L., Secretario

CULPA AQUILIANA. PERJUICIOS POR DAÑO A UN AUTOMOVIL PARTICULAR

No incide en lucro cesante; y el daño emergente se determina por el balance de varios factores que permitan calcular el menoscabo patrimonial efectivo, en el juicio o en el incidente del artículo 553 del C. Judicial.

Está obligado civilmente a la reparación quien por culpa suya ha inferido agravio a otra persona. Se procura colocar a la víctima en el mismo estado que tendría si el daño no hubiese ocurrido jamás. Así, la indemnización del perjuicio exige plenitud, por daño emergente y lucro cesante. Pero no puede convertirse en fuente de enriquecimiento para quien sólo debe ser resarcido.

Si, en principio, la indemnización comprende así el daño emergente como el lucro cesante (1613 C. C.), el sentenciador no deja de estar en lo cierto cuando entiende que el daño causado a un automóvil particular no envuelve el segundo elemento -lucro cesante- en razón obvia de que el vehículo no tiene por destino el servicio público, para derivar frutos: dejaría de pertenecer al servicio privado.

Sin embargo, cuando se trata de resarcir el perjuicio, asi sea por daño emergente nada más, la indemnización no puede limitarse al monto en dinero de las reparaciones para volver el automóvil a su estado anterior al accidente. La disciplina jurídica exige computar todos los factores integrantes de la liquidación que en concreto determine la merma patrimonial efectiva de quien recibió el perjuicio.

Dentro de tales factores constitutivos del daño emergente, se encuentra, además de las reparaciones de taller, la necesidad de comparar el costo que para el dueño significa el mantenimiento y manejo de su propio automóvil, con lo que habría de pagar a una empresa pùblica por una locomoción equiparable.

Porque el servicio que el dueño recibe de su automóvil particular, si es de importancia, dista mucho de ser gratuito: representa desembolsos continuos por combustible, aceites, lubricantes y grasas, repuestos, reparaciones, etc., sin descuidar la amortización del vehículo y salarios del conductor, estimables en dinero aunque el dueño personalmente lo maneje. De manera que sólo por el balance de tales costos y lo que cobraría una empresa pública por análogo servicio, puede saberse en concreto si resulta daño emergente para quien viene a quedar en la imposibilidad actual de usar su propio vehículo. Puede suceder que la comparación arroje merma patrimonial efectiva; que establezca equilibrio por compensación, e inclusive que haya utilidad. O quizás, que el manejo de su propio automóvil por el dueño venga a ser apenas una línea del costo de la vida al nivel de congrua subsistencia.

La justicia no es indiferente al examen de esas diversas situaciones. Si el perjuicio es imputable al demandado, nace para el actor el derecho al resarcimiento pleno, aunque no haya sino daño emergente. Y si dentro del juicio algunos factores quedaron concretados en cierta cantidad de dinero, mientras que otros no aparecen con la misma determinación, la condena númerica se extiende al guarismo conocido, en tanto que el examen ulterior se remite a lo preceptuado por el artículo 553 del Código Judicial, precísamente parafijar las cantidades ilíquidas "por frutos, perjuicios u otra cosa semejante".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá diez de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Ramón Molina Ospina demandó a Manuel Ramírez Cuéllar por la vía ordinaria, con estas súplicas:

"1a. Que el señor don Manuel Ramírez Cuéllar, domiciliado èn Armenia, es civilmente responsable del accidente ocurrido el día 5 de agosto de 1.961 en el cual fue volcado y destruído en parte el automóvil descrito en el ordinal 1o. de esta demanda, por causa de la maniobrà que hizo girar su camioneta hacia la izquierda de la vía en el momento en que el automóvil se aproximaba a adelantársele;

"2a. Que como consecuencia de la responsabilidad civil del señor don Manuel Ramírez Cuèllar, éste debe indemnizarme de los perjuicios, daño emergente y lucro cesante, de todos los ocasionados desde el momento del accidente hasta que el pago se efectúe, lo cual se hará en el término prudencial que usted se digne fijar y que no debe pasar de tres días, lucro cesante, perjuicios a razón no inferior a ciento cincuenta pesos diarios, en su defecto, los estimados según la ley;

"3a. Que el señor don Manuel Ramírez Cuéllar está obligado a entregarme el automóvil de mi propiedad en estado de servicio y presentación, el cual tiene en el taller "El Dodge", de esta ciudad, así como los accesorios y los libros o el valor de los que se hayan deteriorado o se deterioren o dañen debido al accidente, al transcurso del tiempo o al lugar donde han estado o continúen expuestos;

"4a. Que el señor don Manuel Ramírez Cuéllar debe cubrirme las costas del presente juicio en los términos de la ley".

La causa para pedir se encuentra en que el 5 de agosto de 1.961, a eso de la una de la tarde, cuando el actor se dirigía de Sevilla hacia Armenia en su automòvil particular **Studebaker 1.954**, según las determinaciones del libelo, a la altura de la hacienda **La Picota**, de propiedad del demandado, sitio en que la carretera es amplia, recta y pavimentada, el mismo Manuel Ramírez Cuéllar, quien conducía una camioneta, le dió viraje a la izquierda, con lo que se produjo el choque con el automóvil de Molina Ospina, y de allí los daños y la indemnización demandada.

Se trabó la litis resuelta el 27 de julio de 1.962 por el Juez 2o. Civil del Circuito de Armenia, así:

"1o. Dentro del juicio ordinario propuesto por el Dr. Ramón Molina Ospina contra el señor Manuel Ramírez Cuéllar, declárase a éste, Ramírez Cuèllar, civilmente responsable del accidente ocurrido el 5 de agosto de 1.961, en el cual sufrió daños el automòvil marca **Studebaker**, modelo 1.954, tipo **Sedán**, motor No. 1119-682, placas M36-4-29, de propiedad del Dr. Ramón Molina Ospina.

"2o. Se condena al señor don Manuel Ramírez Cuéllar a pagarle al Dr. Ramòn Molina Ospina, tres días después de la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de $1.750.oo, valor de los daños avaluados en dicho automóvil.

"4o. No hay lugar al pago de lucro cesante y otras prestaciones o perjuicios.

"5o. El señor don Manuel Ramírez Cuèllar está obligado a entregar o a hacer entregar dicho automóvil al Dr. Ramón Molina Ospina, con gastos por cuenta del primero.

"Sin costas".

Ambas partes apelaron. Y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha 1o. de diciembre de 1.952, proveyó:

"De acuerdo con lo anterior, el Tribunal..... **CONFIRMA** la sentencia apelada, con la **ADICION** en cuanto al numeral 5o., de que el demandado debe cumplir lo que allí se ordena, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Además se **REVOCA**, en cuanto no impuso costas al demandado, quien debe pagar tanto las de primera como las de segunda instancia".

Ambas partes también se levantaron en casación. Sólo que el recurso del demandado quedó desierto, y por lo mismo el estudio versa sobre el libelo de la actora.

LA SENTENCIA ACUSADA

El sentenciador encuentra demostrada en forma inequívoca la responsabilidad de Ramírez

Cuéllar, por cuanto una "maniobra no justificada ante la ley, fue la que condujo al volcamiento del vehículo del reclamante, circunstancia que le situó como ajeno a toda posibilidad de culpa compensada, a la vez que ubicó al demandado con la obligación reparatoria".

Sobre los perjuicios expresa:

"La exposición pericial que adquirió caracteres de firmeza, dado que no mereció objeción viable por ninguno de los interesados (f. 34 C. 3), fijó en $1.750.oo el valor de los daños sufridos por el vehículo del Dr. Molina. Como ese dictamen aparece debidamente fundado y detallado, deberá acogerse en su totalidad".

Y más adelante:

"Muestrase quejoso el actor de que no haya habido condena con relación a unos libros, accesorios del automóvil -que entre otras cosas no se sabe en qué consisten y cuáles eran-, daño emergente y lucro cesante.

"Sobre lo anterior debe observarse que por ejemplo para establecer la veracidad de lo afirmado en el hecho 14o. de la demanda ningún elemento valedero allegó al negocio. La carta (f. 1 C. 3) donde una empresa de transportes ofrece un servicio a una tasa determinada y en condiciones de permanente disponibilidad, no constituye nada diferente a lo que ese contenido expresa: simple oferta. Pero ello no implica que el servicio se haya en realidad prestado, por el tiempo y en las condiciones que la carta contiene y lo que es peor aún, que haya sido ese su valor real y esas las necesidades, así no se ponderen ni deterioros, combustibles, lubricantes y conservación. Ese simple papel constitutivo de oferta, no es prueba legalmente viable en ningún sentido que pueda favorecer los propósitos del actor.

"Bien es cierto -agrega- que algunas deposiciones aluden a actividades cumplidas por el reclamante en el vehículo. Pero esa campaña que más parece un loable ejemplo de espíritu de servicio social, no es indicativa de proventos jugosos para el Dr. Molina Ospina. Además, nada se estableció en concreto en cuanto a la afección pecuniaria del demandante por la no utilización de la máquina en que solía movilizarse. Un elemento muy valioso en orden a orientar la justicia pudo haber suministrado cuando se pidió tomarlo de una fuente informativa de primer grado cual era su declaración de renta, cosa a la cual se negó enfáticamente, amparándose en la reserva de esos documentos, reserva que de otro lado él pudo levantar automáticamente, si bien no lo quiso. Y si se piensa, además, que los vehículos de carácter particular tienen esa característica porque precisamente no son explotados, súmase entonces al vacío probatorio anotado, tal característica. Queda así el fallador sin elementos de juicio para una decisión en sentido afirmativo, sin que sea viable desplazarse hacia el artículo 553 del Código Judicial, pues para emplear tal recurso se necesita una serie de bases, requerimientos y presupuestos que aquí no existen".

LA ACUSACION:

Aunque la demanda en apoyo del recurso extraordinario se conserva a distancia de la técnica aplicable, es lo cierto que dentro del conjunto de sus alegaciones se destaca esta censura:

"Violación de la Ley: El artículo 2341 del Código Civil dispone que el que comete delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, y la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, al tenor del artículo 1613 del Código Civil. El fallador declaró al demandado civilmente responsable, pero no lo condenó a pagar todos los perjuicios resultantes de aquel daño y de la retención del vehículo, motivo por el cual violó directamente tanto el primero como el segundo de los artículos citados.

"El artículo 2356 del Código Civil dispone que, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. El demandado retiene desde el día del accidente bajo su poder el vehículo sustraído al control de su dueño, dejándolo destruir al impacto de la lluvia y del sol, y el no condenarlo a pagar todos los perjuicios procedentes de ese hecho, implica violación al artículo que se acaba de citar".

Después se pierde en puntos inconducentes sobre errores de apreciación probatoria, como si el cargo no fuese por violación directa de ley sustancial. Actitud que pudiera explicarse por el deseo en el recurrente de demostrar

que experimentó lucro cesante en la imposibilidad de servirse de su automóvil particular, y por el hecho de llevar en el baúl de ese mecanismo algunos libros o folletos o cosas semejantes. Mas como quiera que el reparo por violación directa está llamado a prosperar, ello es bastante para el pronunciamiento. (538 C. J.) Al efecto.

SE CONSIDERA:

1. Está obligado civilmente a la reparación quien por culpa suya ha inferido agravio a otra persona. Se procura colocar a la víctima en el mismo estado que tendría si el daño no hubiese ocurrido jamás. Así, la indemnización del perjuicio exige plenitud, por daño emergente y lucro cesante. Pero no puede convertirse en fuente de enriquecimiento para quien sólo debe ser resarcido.

2. Aparece incontrovertible en el recurso la proposición de que el daño recibido por el vehículo del actor es imputable al demandado, en los términos del artículo 2356 del Código Civil. De donde emana en derecho la prosperidad de la pretensión fundamental contenida en la demanda. Pero no por todos los aspectos de su formulación inicial, cómo pasa a determinarse.

3. Si, en principio, la indemnización comprende así el daño emergente como el lucro cesante (1613 C. C.), el sentenciador no deja de estar en lo cierto cuando entiende que el daño causado a un automóvil particular no envuelve el segundo elemento -lucro cesante- en razón obvia de que el vehículo no tiene por destino el servicio público, para derivar frutos: dejaría de pertenecer al servicio privado.

Sin embargo, cuando se trata de resarcir el perjuicio, así sea por daño emergente nada más, la indemnización no puede limitarse al monto en dinero de las reparaciones para volver el automóvil a su estado anterior al accidente. La disciplina jurídica exige computar todos los factores integrantes de la liquidación que en concreto determine la merma patrimonial efectiva de quien recibió el perjuicio.

4. Dentro de tales factores constitutivos del daño emergente, se encuentra, además de las reparaciones de taller, la necesidad de comparar el costo que para el dueño significa el mantenimiento y manejo de su propio automóvil, con que lo habría de pagar a una empresa pública por una locomoción equiparable.

Porque el servicio que el dueño recibe de su automóvil particular, si es de importancia, dista mucho de ser gratuito: representa desembolsos continuos por combustible, aceites, lubricantes y grasas, repuestos, reparaciones, etc., sin descuidar la amortización del vehículo y salarios del conductor, estimables en dinero aunque el dueño personalmente lo maneje. De manera que sólo por el balance de tales costos y lo que cobraría una empresa pública por análogo servicio, puede saberse en concreto si resulta daño emergente para quien viene a quedar en la imposibilidad actual de usar su propio vehículo. Puede suceder que la comparación arroje merma patrimonial efectiva; que establezca equilibrio por compensación, e inclusive que haya utilidad. O quizás que el manejo de su propio automóvil por el dueño venga a ser apenas una línea del costo de la vida al nivel de congrua subsistencia.

5. La justicia no es indiferente al examen de esas diversas situaciones. Si el perjuicio es imputable al demandado, nace para el actor el derecho al resarcimiento pleno, aunque no haya sino daño emergente. Y si dentro del juicio algunos factores quedaron concretados en cierta cantidad de dinero, mientras que otros no aparecen con la misma determinación, la condena numérica se extiende al guarismo conocido, en tanto que el examen ulterior se remite a lo preceptuado por el artículo 553 del Código Judicial, precisamente para fijar las cantidades ilíquidas "por frutos, perjuicios u otra cosa semejante".

Es lo que le faltó al fallo acusado: abrir la puerta de ese trámite para determinar si además de la cantidad conocida hay alguna otra que deba acumularse al daño emergente por consecuencia del balance antedicho, entre el costo para el actor por servirse de su coche particular, frente a lo cobrado por una empresa pública a trueque de un transporte razonablemente equivalente.

Pero no por lo que respecta a los folletos, libros o cosas análogas que el actor llevara en el baúl del automóvil. Es natural que de su arbitrio dependiera retirarlos. Y si en modo

alguno formaban parte del vehículo, no se descubre que el demandado hubiese de soportar las consecuencias de la omisión del actor a ese respecto.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casaciòn Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 1o. de diciembre de 1.962 proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira; REVOCA la pronunciada el 27 de julio de 1.952 por el Juez 2o. Civil del Circuito de Armenia, y en su lugar

RESUELVE:

1o. El demandado Manuel Ramírez Cuèllar es civilmente responsable del accidente en que el automóvil de Ramón Molina Ospina, marca Studebaker, modelo 1.954, tipo Sedán, motor No 1119-682 y placas M 36-4-29, experimentó daños.

2o. Se condena a Manuel Ramírez Cuéllar a pagarle a Ramón Molina Ospina, tres dias despuès de la ejecutoria del auto de obedecimiento, la cantidad de UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE ($1.750.oo m/c), valor de los daños materiales sufridos por el vehiculo. Dentro del mismo término el demandado Ramírez Cuéllar entregará el dicho automóvil al demandante Molina Ospina, con gastos a cargo del primero.

3o. Condènase al demandado Ramírez Cuèllar a pagarle al actor Molina Ospina el valor en dinero de menoscabo patrimonial efectivo que por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial y según el criterio expuesto en lo motivación, resulte para el mismo Molina Ospina por no haberse podido servir de su automòvil particular desde el 5 de agosto de mil novecientos sesenta y uno, fecha del accidente, hasta el día en que se efectúe la entrega del vehículo ordenada en el presente proveído.

4o: En todo lo demás se absuelve al demandado, a quien se le imponen las costas de ambas instancias.

Sin costas en casación.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón. Julián Uribe Cadavid.- Enrique Coral Velasco. Enrique López de la Pava.- José Hernández Arbeláez.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION RESOLUTORIA

La subsistencia de la mora recíproca de las partes en cumplir lo pactado, las despoja del amparo que brinda la acción.

La acción resolutoria favorece en realidad al contratante que ha ejecutado o se ha llanado a cumplir sus obligaciones en la forma y tiempo debidos, pero no a quien ha incurrido en incumplimiento, aunque éste obedezca a la impuntualidad del otro contratante, caso en el cual lo que sucede es que la mora de una parte purga la de la otra, quedando ambas desprovistas del amparo de aquella acción mientras subsiste esa mora recíproca. Así se desprende de la inteligencia y aplicación armónicas de los arts. 1546 y 1609 del C. Civil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, D. E. marzo doce de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

El primero de abril de 1.956 los señores Josè Antonio Umaña Camacho y Enrique L. Camacho celebraron un contrato de promesa de compraventa, en virtud del cual el primero se obligó a vender al segundo y éste a comprar a aquél una hacienda denominada "El Carrizal", ubicada en el Municipio de Funza, en el Departamento de Cundinamarca, y alindada como se indica en el documento privado que los contratantes suscribieron. Entre las estipulaciones de ese convenio figuran las siguientes: "Segunda. El precio de la venta prometida en la cantidad de trescientos veinte mil pesos ($320.000,oo) que el promitente comprador pagará así: diez mil pesos ($10.000,oo) que el promitente vendedor declara recibidos hoy en calidad de arras simples para garantizar el cumplimiento de esta promesa, y los cuales, en caso de que sea cabalmente cumplida, serán abonados como parte del precio; y el resto, o sean trescientos diez mil pesos ($310.000,oo), dentro del tèrmino de un año contado desde la fecha de este documento. Sobre esta última suma el promitente comprador pagará, a título de intereses, la suma mensual de novecientos sesenta pesos ($960.oo). Es entendido que el promitente comprador puede pagar total o parcialmente antes del tèrmino con las modificaciones consecuenciales sobre el monto de los intereses y el plazo para la solemnización de la venta prometida. Tercera. El plazo para la solemnización de la venta prometida con el otorgamiento de la correspondiente escritura es el mismo que para el pago total del precio, esto es, que debe hacerse el dia primero de abril de 1.957, en la Notaría Quinta de esta ciudad, si en esta fecha se ha completado el pago del precio, o antes, de común acuerdo, si se anticipare tal pago total. Cuarto. El promitente vendedor entrega desde hoy la finca El Carrizal, prometida en venta, al promitente comprador, quien la declara recibida por virtud de este contrato de promesa a su entera satisfacción".

El 20 de mayo de 1.957 el contratante José Antonio Umaña Camacho, obrando por medio de apoderado, demandó ante el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá al promitente comprador Enrique L. Camacho para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara resuelto, por incumplimiento del demandado, el sobredicho contrato de promesa de compraventa sobre el fundo "El Carrizal" y se condenara al mismo demandado a restituir ese inmueble al demandante y a pagarle tanto los frutos naturales y civiles como los perjuicios ocasionados por tal incumplimiento y las costas de la litis.

En los hechos de la demanda se relata la celebración del contrato de promesas y se dice además: que entre el primero de abril y el último día de octubre de 1.956 el prometiente comprador Camacho abonó al precio del inmueble la suma de $70.000,oo; que el mismo Camacho pagó los intereses de los cuatro primeros meses del plazo y que no volvió a cubrir esos réditos desde septiembre de 1.956 en adelante; que Camacho tampoco cumplió la obligación de pagar el precio total del fundo dentro del plazo estipulado, constituyèndose así en mora; que el día de la expiración de ese plazo, esto es, el primero de abril de 1.957, Camacho manifestó a Umaña que no podía dar cumplimiento al negocio por carecer de dinero para pagar el resto del precio y que en cambio Umaña le expresó a Camacho estar dispuesto a celebrar el contrato prometido en los términos acordados; que en entrevistas tenidas entonces por las partes Camacho ofreció pagar a Umaña el resto del precio en varios contados, pero que éste hizo saber a aquél, verbalmente y por escrito, que optaba por la resolución del contrato con resarcimiento de perjuicios, pago de frutos y restitución del inmueble y del dinero abonado al precio. En el hecho décimo séptimo de la demanda se dice textualmente: "Tiene conocimiento el actor de que, a pesar del incumplimiento del demandado, éste obtuvo del señor Notario 5o. de Bogotá una certificación en la que consta que el señor Umaña no compareció al otorgamiento de la escritura de compraventa. La dicha comparecencia sólo era obligatoria en caso de haber recibido antes el pago total del precio, de acuerdo con lo estipulado".

El demandado contestó el libelo diciendo que se oponía a las pretensiones del actor por haber sido éste quien incumplió el contrato, ya que no se había presentado a la Notaría a otorgar la escritura de venta en la forma y términos convenidos ni estaba en condiciones de hacerlo por existir sobre el fundo de "El Carrizal" un gravamen hipotecario y que primero era el otorgamiento de esa escritura y luego el pago del precio. En cuanto a los hechos de la demanda admitió unos, negó otros y sobre el décimoséptimo manifestó ser cierto que èl se había presentado en la Notaría a cumplir su obligaciòn en la forma estipulada y que el demandante no lo hizo, violando así la convención. Propuso además la excepción de contrato no cumplido.

El primer grado del negocio terminó con la sentencia de 16 de febrero de 1.959, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda, se absolvió al demandado y se condenó en costas al actor.

LA SENTENCIA ACUSADA

Apelado dicho fallo por el demandante y surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió la sentencia de 26 de noviembre de 1.960, por la cual se confirmó la de primera instancia y se condenó en costas al mismo demandante.

La motivación de la sentencia expresa que, tratándose aquí de una acción resolutoria, son presupuestos de la misma la existencia de un vínculo contractual entre los contendientes, el cumplimiento por el lado del actor y el incumplimiento por parte del demandado. Analiza el contrato de promesa celebrado entre los señores Umaña y Camacho y dice que esa convención es bilateral y válida y que demuestra la existencia del mentado primer presupuesto de la acción.

El fallo examina luego el punto relativo al cumplimiento del demandante, se refiere a las cláusulas segunda y tercera del contrato de promesa, transcribe varios pasos de la sentencia de primer grado, expresa que, conforme a a las cláusulas dichas, el otorgamiento de la escritura no estaba subordinado al pago previo del precio y afirma que, por la forma y los términos en que debía hacerse tal pago, las obligaciones de las partes estaban sujetas a cumplirse simultáneamente. En seguida agrega:

"Sentado que el cumplimiento de las obligaciones del actor no estaban subordinadas a la previa ejecución de las del demandado, sino que las de uno y otro debían cumplirse simultáneamente, corresponde establecer si el demandante demostró haber cumplido con las de su cargo en el lugar y tiempo debidos, o se allanó a hacerlo, única forma de legitimarse en causa y poder ejercer la acción que le concede la ley.

"Consta de autos que el demandante José Antonio Umaña no se presentó a la Notaría

Quinta de esta ciudad el día primero (1o.) de abril de mil novecientos cincuenta y siete (1.957), tal como se había convenido, a otorgar la escritura de venta del terreno prometido vender.

"Este hecho está acreditado en autos no sólo con la confesión del mismo prometiente vendedor Umaña, sino también con la certificación expedida por el Notario Quinto de Bogotá y con la diligencia de inspección ocular verificada por el señor Juez Primero de este Circuito, el día veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, sobre "el libro donde se sienta la comparecencia de las personas que manifiestan su intención de cumplir negocios a los cuales se señala día y hora, no se encontró en el que se hubiera presentado a esta Notaría el día primero de abril del corriente año ni el señor José Antonio Umaña, ni el señor Enrique L. Camacho.....".

"De consiguiente, habiéndose estipulado en el contrato de promesa de venta que la escritura se otorgaría el día 1o. de abril de 1.957 en la Notaría Quinta de esta ciudad, y ese día no se presentó el actor José Antonio Umaña a otorgarla, necesario es concluir que éste no cumplió con su obligación ni estuvo pronto a cumplir.

"Así las cosas, José Antonio Umaña no puede ejercer la acción alternativa que le concede el art. 1546 del C. C., porque ella está consagrada en beneficio exclusivo del contratante diligente, de aquel que cumplió sus obligaciones en el lugar y tiempo debidos o estuvo pronto a cumplirlas, mas no para el que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones.

"Si el actor no cumplió con las obligaciones que le imponía el contrato, el demandado no puede ser considerado en mora en virtud del principio consagrado en el art. 1609 ibidem, toda vez que la mora en el demandado se configura, precisamente, por el cumplimiento o el allanamiento oportuno que de las suyas propias haga o manifieste aquél.

"Establecido como queda que el demandante José Antonio Umaña no dió cumplimiento a las obligaciones que le imponía el contrato, ni estuvo dispuesto a cumplirlas, se debe concluir que se configura en este proceso la excepción de contrato no cumplido propuesta por el demandado en la contestación de la demanda, excepción que se hace más ostensible si se tiene en cuenta que el demandado sí estuvo presente en la Notaría Quinta el día primero de abril de mil novecientos cincuenta y siete, "preguntando por la minuta de una escritura que debía firmar, según lo manifestó, con el señor José Antonio Umaña", lo que se comprueba mediante el informe rendido al señor Notario Quinto por el Secretario de dicha Notaría, que obra al folio diez del cuaderno No. 3, informe en el cual se ratificó dicho funcionario en el acto de la diligencia de inspección ocular de que antes se habló, el cual no consta en el proceso haya sido desvirtuado".

La sentencia termina diciendo que los razonamientos anteriores son bastantes para confirmar el fallo absolutorio de primer grado.

LA IMPUGNACION

La misma parte actora recurrió en casación y con base en la primera de las causales que establece el art. 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado el siguiente cargo que la Corte procede a examinar.

Cargo único. Se hace consistir en el quebranto indirecto de los arts. 1546, 1608 y 1609 del C. Civil, los dos primeros por falta de aplicación y el último por aplicación indebida, a causa de error de hecho en la apreciación del contrato de promesa de compraventa celebrado entre los litigantes y en la falta de apreciación de la prueba de confesión de las mismas partes respecto de los hechos señalados con los numerales quinto y sexto de la demanda, confesión contenida en dicha pieza y en la respuesta del demandado

En sustentación de este cargo se refiere el impugnante a la celebración del contrato de promesa de compraventa y recuerda las obligaciones recíprocas contraídas por los contratantes; dice que la convención debía cumplirse, previo el pago total del precio estipulado, mediante el otorgamiento en la Notaría Quinta de Bogotá de la escritura respectiva en la fecha acordada o antes si el prometiente comprador anticipaba ese pago, y expresa que "el señor José Antonio Umaña Camacho, ante el hecho consistente en que el señor Enrique L. Camacho no le había pagado los intereses correspondientes a los meses de septiembre, oc-

tubre, noviembre y diciembre de 1.956, enero, febrero y marzo de 1.957, y en que tampoco le pagó el saldo del precio estipulado ni antes del 1o. de abril de 1.957 ni en esa fecha, se abstuvo de concurrir a la Notaría 5ª. del Circuito de Bogotá con el fin de otorgar la escritura pública contentiva del contrato de compraventa prometido".

El recurso relaciona de nuevo las obligaciones contraídas por los prometientes y dice que, "determinadas así las obligaciones de las partes, se observa que ellas son de sucesión determinada: Umaña debía entregar a Camacho la tenencia del inmueble en la fecha de la celebración del contrato, mantenerlo en ella durante el plazo y, finalmente, otorgar a favor del mismo la escritura pública contentiva de la venta prometida; Camacho debía pagar a Umaña mensualmente, a título de interés, la suma de $ 960.oo y, al vencimiento del término, el valor del precio estipulado. El cumplimiento de la obligación de otorgar la escritura sólo podría modificarse, en cuanto al tiempo de ejecución, en caso de que Camacho anticipara el pago total del precio".

Establecido que en este caso las obligaciones de las partes son de "sucesión determinada", el recurso alude a la aplicación de los arts. 1546, 1608 y 1609 del C. Civil. Sobre el primero afirma que la acción resolutoria sólo puede ejercitarse contra el contratante que se halla en mora de ejecutar sus obligaciones y que supone el cumplimiento o el allanamiento a cumplir por el lado del actor. Cuando se trata de obligaciones de ejecución simultánea, fácil es determinar si el demandado está en mora y si el demandante ha cumplido por su parte, pues sólo basta comprobar el cumplimiento de èste y la impuntualidad de aquél. Si las obligaciones son de sucesión determinada, debe establecerse primero cuál es su orden de ejecución a fin de saber si el demandado se ha puesto o no en mora por haber incumplido o ejecutado antes un acto justificativo del incumplimiento del actor. Y "cuando en este caso el demandado propone la excepción de contrato no cumplido, debe demostrar que cumplió sus obligaciones hasta el momento en que el actor dejó de ejecutar las suyas, circunstancia que lo exonerará del supuesto de que con su primer incumplimiento justificó el del demandante y de que, consecuencialmente, se halla en mora". Esto prueba que en la acción resolutoria la conducta procesal del demandado que apoya su defensa en la excepción de contrato no cumplido, es diferente según que las obligaciones sean de cumplimiento simultáneo o de ejecución sucesiva. "En el primer caso -dice el impugnante- con el sólo hecho de proponer la excepción arroja sobre el actor la carga de la prueba de su propio cumplimiento y sólo a través de ella podrá prosperar la acción. En el segundo caso, el demandado, además de proponer la excepción, debe probar que cumplió hasta que el actor dejó de hacerlo; y de no suministrarse esta prueba por el reo, será tenido como moroso para efectos de la prosperidad de la acción".

El recurso vuelve sobre el contrato de promesa y afirma que no puede ponerse en duda que mediante él las partes contrajeron obligaciones de sucesión determinada. Si Umaña no hubiera entregado a Camacho la tenencia de la hacienda o no lo hubiera conservado en ella, èste habría podido abstenerse de pagar los intereses o el precio estipulado, amparado por el primer incumplimiento del mismo prometiente vendedor. Y de igual modo, si Camacho dejaba de cubrir esos intereses, Umaña podía válidamente prescindir de mantener a aquél en la tenencia de la finca y aun de extender a su favor la escritura de compraventa. En seguida añade: "El ostensible error de hecho cometido por el Tribunal al apreciar el contrato celebrado entre Umaña y Camacho, consiste en haber supuesto que mediante él sólo se contrajeron obligaciones de ejecución simultánea, que deben cumplirse "dando y dando". Este notorio errror llevó al Tribunal a la conclusiòn de que el demandado está amparado por la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609 del Código Civil y, consecuencialmente, a no considerar a Camacho dentro del estado legal de mora que define el artículo 1608 **ibidem**, el cual justifica la procedencia de la acción resolutoria a que alude el artículo 1546 de la misma obra, que se dejó de aplicar".

El documento en que se consignó el contrato de promesa y la confesión del demandado Camacho acreditan que Umaña le hizo entrega de la tenencia de la finca y lo mantuvo en el ejercicio de ella. En su demanda

confesó a su vez el actor haber recibido los intereses hasta el mes de agosto de 1.956 y afirmó hallarse el demandado en mora de cubrir tales intereses de ahí en adelante, sin que éste hubiera probado que hizo ese pago, lo cual demuestra que el señor Camacho incumplió primero esta obligación. Y no podría sostenerse que los $ 70.000,oo que recibió Umaña debían imputarse al pago de esos intereses, porque ambas partes concuerdan en afirmar que este dinero era imputable al capital, o mejor, al precio del inmueble prometido en venta. "Lo anterior indica, sin lugar a dudas -expresa la demanda de casación- que es procedente esta acción resolutoria, porque, tratándose de obligaciones de sucesión determinada, el demandado incumplió colocándose en estado legal de mora, momento desde el cual el actor cumplido tuvo a su disposición la vía legal que le ofrece el artículo 1546 del Código Civil. No era necesario, como queda demostrado, que el actor ejecutara las obligaciones a su cargo posteriores al incumplimiento del demandado".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el contrato de promesa se estipuló, como queda visto, que el prometiente comprador Camacho dispondría del plazo de un año para cubrir el resto del precio, o sea la cantidad de $310.000,oo. Igual término de un año se fijó para celebrar el contrato prometido, de suerte que por este primero y principal aspecto se observa que ambos contratantes acordaron y tenían el mismo plazo para llevar a cabo la compraventa y pagar el resto del precio, esto es, que el señor Umaña debía transferir al señor Camacho el dominio sobre la hacienda "El Carrizal" y éste pagar a aquél su precio total dentro de igual plazo o en la misma fecha. "El plazo para la solemnización de la venta prometida..... es el mismo que para el pago total del precio", dispone la cláusula tercera del contrato de promesa, poniendo así de relieve que estas obligaciones recíprocas de las partes estaban destinadas a cumplirse de manera simultánea.

Se convino asimismo que el prometiente comprador Camacho podría efectuar el pago del resto del precio antes de expirar el plazo del año acordado y que en ese caso el prometiente vendedor Umaña debería otorgar la escritura de venta también antes del vencimiento del mismo plazo, es decir, inmediatamente después de recibir el precio total. De lo cual resulta que el plazo para cubrir el precio se estipuló a favor de Camacho, que en consecuencia éste podría renunciar a él en todo o en parte y que en el evento de anticipar el pago debería el señor Umaña transferirle en el acto el dominio del inmueble. De modo que el beneficio del plazo concedido al prometiente Camacho no modificó en nada la forma como debían ser ejecutadas las obligaciones de las partes, toda vez que el pago del precio antes de expirar el año de plazo implicaba para el señor Umaña el deber de otorgar al punto la escritura de venta. Por donde también se ve que estas obligaciones de los contratantes eran de cumplimiento simultáneo y no de ejecución sucesiva, desde luego que el prometiente vendedor debía extender la escritura de compraventa en el acto mismo en que el prometiente comprador le pagase el precio total, antes o a la expiración del año de plazo.

Así lo entendió la sentencia impugnada y es a todas luces obvio que este juicio no entraña ningún error de hecho en la apreciación del contrato de promesa de venta, porque, conforme a lo estipulado en él, las obligaciones de las partes eran en realidad de ejecución simultánea y no sucesiva.

Ahora bien: el prometiente vendedor y demandante, señor Umaña, confiesa que no acudió a la Notaría el día convenido a otorgar la escritura de venta, porque el señor Camacho no le había cubierto antes el resto del precio ni todos los intereses devengados. El demandado expresa en cambio que estuvo listo a pagarle ese resto de precio y que asistió oportunamente a la Notaría con ese fin y con el de recibirle la escritura aludida. El mismo demandado Camacho demostró que en verdad estuvo en la Notaría en la fecha acordada para la celebración de la compraventa. Todo lo cual indica que fue el contratante Umaña quien se abstuvo de presentarse a celebrar la convención de compraventa en la fecha y lugar concertado, lo que vale decir que no cumplió su obligación en la forma estipulada. De esto concluyó la sentencia que el demandante no estaba legitimado en causa o carecía de derecho para invocar la resolución del contrato de promesa, por haber purgado con su incumplimiento la aparente mora del prometiente com-

prador Camacho en el pago de los intereses. La acción resolutoria favorece en realidad al contratante que ha ejecutado o se ha allanado a cumplir sus obligaciones en la forma y tiempo debidos, pero no a quien ha incurrido en incumplimiento, aunque éste obedezca a la impuntualidad del otro contratante, caso en el cual lo que sucede es que la mora de una parte purga la de otra, quedando ambas desprovistas del amparo de aquella acción mientras subsiste esa mora recíproca. Así se desprende de la inteligencia y aplicación armónicas de los arts. 1546 y 1609 del C. Civil.

En los hechos quinto y sexto de la demanda inicial de esta litis expresó al actor Umaña que el demandado Camacho le había abonado $70.000,oo al precio del inmueble y pagado los intereses de los cuatro primeros meses del año de plazo, pero que no le cubrió oportunamente los réditos del resto de ese plazo. Al responder el libelo aceptó el señor Camacho la aserción sobre el abono de los $70.00,oo y manifestó respecto de los intereses que se atenía a los recibos y comprobantes que se presentasen en el juicio. Con respaldo en la misma tesis de que las obligaciones de las partes eran en este caso de sucesión determinada, el impugnante extiende su acusación por error evidente de hecho a la circunstancia de que el fallo no hubiera tenido en cuenta la confesión del demandado sobre que él había incumplido primero sus obligaciones y que ello no sólo dispensaba al señor Umaña de ejecutar las suyas, sino que lo autorizaba para invocar la resolución del contrato. Sobre esta censura cabe anotar: primero, que en autos no aparece la confesión que el actor le asigna al demandado y que mal puede constituir un error de hecho la falta de apreciación de una prueba que no existe; segundo, que, como se ha visto, las obligaciones de los contratantes no eran de ejecución sucesiva, sino de cumplimiento simultáneo, y tercero, que, no estando obligado, sino simplemente facultado para cubrir el precio del inmueble antes de la expiración del año de plazo, el señor Camacho abonó $70.000,oo durante dicho plazo, y que, de acuerdo con lo prescrito por los arts. 1654 y 1655 del C. Civil, este dinero podía y debía imputarse en primer lugar al pago de los intereses atrasados, quedando así el propio Camacho exonerado de la mora que se le atribuye en la solución de esos intereses.

Estas consideraciones demuestran que el cargo no es fundado y que el recurso no puede prosperar.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario sobre resolución de un contrato promovido por el señor José Antonio Umaña Camacho contra el señor Enrique L. Camacho.

Sin costas por no haberse causado.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Enrique López de la Pava. - Ricardo Ramírez L., Secretario

HIJOS NATURALES

La confesión o reconocimiento de éstos sólo compete hacerla al presunto padre o madre. La violación de normas sobre pruebas no incide, por si misma, en el recurso de casación. Los arts. 472, 612 y 616 del C. Judicial no son normas de carácter sustancial. Causal 1a. de casación por violación de los arts. 607, inc. 2o. y 1769 del C. Judicial. Legitimación pasiva en la acción. La declaración de posiciones tiene carácter doble en materia probatoria. Error de derecho. Condiciones para que se configure. La Corte reitera la doctrina referente a que cuando se alega la causal de relaciones sexuales, es necesario acreditar quién es la madre del hijo que reclama la declaración judicial de paternidad natural.

1. De los claros términos del artículo 520 del C. Judicial y de la repetida doctrina de la Corte sentada en la interpretación de este precepto, se puede afirmar, como verdad en casación civil, que la acusación de una sentencia por haber violado una ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea, no toca con cuestión alguna de hecho o de apreciación de pruebas por el Tribunal, sino exclusivamente con la aplicación que éste le dió a la norma o normas sustanciales, para resolver si en verdad hubo el agravio a ellas formulado en la demanda.

Es también principio básico del recurso extraordinario que la tacha por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, consagrada en la primera parte del inciso 1o. del artículo 520 del C. Judicial se refiere exclusivamente a leyes sustanciales que "son las que regulan en forma directa la conducta de los asociados en frente de la distribución y goce de los derechos generadores de sus posibles intereses" (G. J. T. LXVI, 48); y que las normas que rigen los medios probatorios, su valor demostrativo y los requisitos que han de llenar, no tienen la sustantividad suficiente para que su quebranto pueda constituír por sí solo un motivo de casación.

La trasgresión de los preceptos probatorios da cabida a la censura del fallo acusado por infracción indirecta de la ley sustantiva a causa de error manifiesto de hecho o de derecho.

2. El artículo 472 del C. Judicial, que señala a los jueces la finalidad con que deben aplicar las normas procesales y las relativas a pruebas, no tiene carácter sustancial, y es, por tanto, intrascendente en casación.

3. Los artículos 607, inciso 2o., que considera válida la confesión hecha por el apoderado judicial en los escritos de demanda de excepciones y de las respuestas correlativas, y el 1769 del C. J. que le da plena fe a la confesión hecha por medio de apoderado, encajan en el recurso de casación, pero no por infracción exclusiva de ellos sino además de la indirecta de preceptos sustantivos que debe citar la demanda. El cargo por tanto no sería conducente sino dentro de la causal contemplada en el inciso 2o. ordinal 1o. del artículo 520 del C. Judicial.

4. Los artículos 612 y 616 del C. Judicial, que se refieren, en su orden, a la manera como deben redactarse las posiciones y al modo como deben recibirse, son normas procesales, no sustantivas, que no pueden ser materia de infracción directa para configurar la causal de casación consagrada en el primer aparte del inciso primero del artículo 520 del C. Judicial.

5. No teniendo el demandado legitimación pasiva en la acción de filiación natural no

es parte de ella, y, por lo mismo, las declaraciones que haya hecho en posiciones no pueden tener el valor de confesión; porque, en primer término, ésta sólo corresponde a quien es parte de la acción, no a quien es tercero en ella (art. 604 del C. J.); en segundo, porque la confesión o reconocimiento de un hijo natural sólo es dado hacerla al presunto padre o madre; y, en tercero, porque la aceptación en posiciones por el demandado de que la actora tuvo la posesión notoria del estado civil que reclama, tampoco constituye confesión, ya que los artículos 7o. de la ley 45 de 1.936 y 399 C. C. disponen que esta causal se probará por un conjunto de testimonios que la establezcan de un modo irrefragable.

La Corte en un caso semejante dijo: "..... la declaración de posiciones tiene carácter doble en materia probatoria, cuando se interroga sobre hechos del mismo absolvente y hechos que conoce: confesión cuando contesta afirmativamente sobre hechos personales, y testimonio, cuando es contestación afirmativa sobre hechos que él no ha ejecutado, que los ha ejecutado otro pero de los cuales tiene conocimiento" (T. 89 pág. 105).

6. El error de derecho ocurre sobre una prueba vista y apreciada por el fallador, pero no estimada con el alcance que le da la ley.

Y para que se configure el error de derecho en la valoración de una prueba, es indispensable que el recurrente cite el precepto que fija el alcance probatorio, y que fue violado directamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, marzo veinte de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Aura María Castillo Vásquez, representada por abogado inscrito, demandó en juicio ordinario a "la sucesión intestada" de Benigno Castillo, representada por Ana Francisca Barón v. de Castillo, cónyuge sobreviviente e instituída en el testamento heredera universal, y por los legatarios "Víctor, Juan, Valeriana Arciniegas Castillo, Teresa Arciniegas de Serrano; los menores Antonio María, Fanny Amparo y Víctor Julio Arciniegas, y Francisco Castillo Oliveros" para que en sentencia definitiva se resuelva:

"Primero. Declárese que la demandante Aura María Castillo Vásquez es hija natural de Benigno Castillo, ya fallecido.

"Segundo. Declárese que Aura María Castillo, concurre a la sucesión de su padre natural para recibir su legítima rigorosa y la cuarta de mejoras en la proporción prevista en la ley.

"Tercero. Refórmase o declárase reformado el testamento otorgado por Benigno Castillo de que da cuenta la escritura tres mil cuatrocientos cuarenta y tres (3.443) de dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete de la Notaría 2a. del Circuito, testamento cerrado que fuera abierto y publicado por el juzgado Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga, como consta en las diligencias protocolizadas por escritura pública número tres mil docientos (3.200) de 15 de noviembre de 1.959 de la Notaría 2a. del Circuito de Bucaramanga, registrada a la partida 615 Folio 183 del Libro Segundo, reforma que se hace en favor de la demandada Aura María Castillo Vásquez para reconocer que ésta en su condición de hija natural del señor Benigno Castillo tiene derecho a recoger en la sucesión de su padre natural, la legítima rigorosa y la cuarta de mejoras.

"Cuarto. Intègrese a la heredera Aura María Castillo Vásquez su legítima rigorosa y la cuarta de mejoras en la sucesión de Benigno Castillo y en su condición de hija natural del causante.

"Quinto. La demandada, Ana Francisca Barón v. de Castillo, cónyuge sobreviviente, está obligada a restituír a la demandante las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, que al tiempo de la muerte pertenecían al testador y los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia, hasta concurrencia de lo que a la demandante le corresponde en su carácter de hija natural de Benigno Castillo.

"Sexto. Inscríbase la sentencia en la Oficina de Registro y de Instrumentos Públicos y Privados de este circuito y cáncelese el registro de la demanda.

"Séptimo. La parte demandada pagará las costas del juicio".

El resumen de los hechos es el siguiente:

Benigno Castillo y Gervacia Vásquez "iniciaron una vida común, concubinato público, con comunidad de habitación en el caserío denominado El Pedral" en el año de 1.914, y así continuaron hasta el año de 1.918 en que los concubinos trasladaron su domicilio a Puerto Wilches.

De las relaciones sexuales que en forma pública y notoria llevaron Castillo y Vásquez nació el 19 de julio de 1.917 Aura María Castillo Vásquez en el caserio del Pedral, hoy jurisdicción de Puerto Wilches.

Este nacimiento ocurrió trescientos días después de haberse iniciado dichas relaciones sexuales, las cuales continuaron entre los concubinos hasta el año de 1.923.

Benigno Castillo trató como hija natural a Aura María desde su nacimiento en 1.917 suministrándole todo lo necesario para su subsistencia mientras estuvo al lado de la madre en el año de 1.923, cuando Benigno se hizo cargo directamente de ella, y la llevó a vivir a casa de su hermana Chinca Castillo en la población de Lebrija.

En esta casa vivió por más de diez años por cuenta y dependencia de Benigno, quien le proporcionó "todo lo necesario para comida, vestuario, estudios, etc.". La presentó a familiares y amigos como hija. Los hermanos y sobrinos de Castillo reconocieron y trataron a Aura María como hija. Fue matriculada "en varios establecimientos de educación" en la misma condición, y Benigno Castillo cubría mensualmente los gastos de su sostenimiento por conducto de su hermana Chiquinquirá Castillo. Asímismo contrató al profesor Gonzalo Vargas para que le diera a Aura María clases de contabilidad. Las veces que estuvo enferma la trajo a su casa donde tanto él como su esposa Francisca Barón de Castillo le prodigaron atenciones y cuidados. Aura María ha tenido en más de veinte años continuos la posesión notoria el estado de hija natural de Benigno Castillo.

En el juicio de sucesión testada de Castillo, abierto y radicado en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Bucaramanga, han sido reconocidos Ana Francisca Barón v. de Castillo, cónyuge sobreviviente, como heredera universal, y algunos legatarios.

El apoderado de Ana Francisca Barón v. de Castillo negó los hechos fundamentales y se opuso a que se accediera a las pretensiones de la demanda.

Los demandados Juan B. Arciniegas, Víctor Arciniegas, Teresa Arciniegas de Serrano, Valeriano Arciniegas y Francisco Castillo O. descorrieron el traslado del libelo aceptando los hechos básicos, manifestando que no se oponen a las peticiones, especialmente a la de que Aura María ha tenido el carácter de hija natural de Benigno Castillo por posesión de ese estado desde 1.923 hasta cuando murió el presunto padre.

El apoderado de Socorro Mantilla v. de Arciniegas representante legal de sus hijos menores Antonio Maria, Fanny, Amparo y Victor Julio Arciniegas Mantilla, dió respuesta a la demada oponiéndose a la acción ejercitada y pidiendo que se prueben los hechos.

El Juzgado del conocimiento, en sentencia de 2 de octubre de 1.960, estimó que, por no haberse establecido la representación legal de Socorro Mantilla v. de Arciniegas respecto de sus menores hijos demandados, faltaba el presupuesto procesal de uno de los sujetos pasivos de la acción, y resolvió abstenerse "de considerar el fondo de las cuestiones jurídicas planteadas en la demanda".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga resolvió la alzada interpuesta por los demandados en fallo de 25 de agosto de 1.961, mediante el cual revoca el de primer grado, y absuelve a la parte demandada de todos los cargos que le fueron formulados.

MOTIVACION DEL FALLO DEL TRIBUNAL.

Encuentra que la prueba sobre la representación legal de Socorro Mantilla v. de Arciniegas respecto de sus hijos menores, echada de menos por el Juzgado, fue traída oportunamente en la segunda instancia.

Considera luego el hecho de las relaciones sexuales que hubo entre Gervacia Vásquez y Benigno Castillo en El Pedral y en Puerto Wilches de 1.914 a 1.923.

Al respecto considera que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, se requiere que quien demanda la declaración de filiación natural con relación al padre, tenga perfectamente definido su estado civil respecto de la madre, o sea, que este es el primer hecho que ha de ser demostrado por la parte actora.

Advierte que la demandante afirma que nació el 19 de julio de 1.917, pero que no trajo la partida de nacimiento de origen eclesiástico, porque, según el certificado aducido, no fue encontrado.

Se pretendió entonces demostrar el nacimiento de la interesada con la prueba supletoria de testigos, que no reúne los requisitos exigidos por el artículo 395 del C. Civil, vigente cuando nació Aura María, y por el 19 de la ley 92 de 1.938, sustitutivo del primero, por cuanto no presenciaron el nacimiento.

Al efecto el Tribunal analiza las declaraciones de Alberto Arenas Rojas, Horacio Camargo, Antonio Barrios, Oscar Amaris, Carlos Pinilla Mantilla, Luis Uribe Gómez y José Acevedo Gómez, de los cuales, el último, Uribe Gómez y Amaris Camargo, expresamente declaran que no les consta el nacimiento de Aura María.

Solamente Antonio Barrios depone que directamente le consta que Castillo y la Vásquez iniciaron en El Pedral vida marital y que el 19 de julio de 1.917 nació allí Aura María. Le anota el fallo a este testigo que se limita a dar respuesta afirmativa a los puntos del interrogatorio sin que se advierta que su exposición es "responsiva, exacta y concreta", y que, al declarar sobre el nacimiento ocurrido cuarenta años atrás, no indica por qué le consta y por qué recuerda una fecha sin importancia alguna.

El declarante Aurelio Díaz Mantilla dice haber vivido en El Pedral un año completo de 1.912 a 1.913; que luego se fue a establecer en Puerto Wilches y no volvió al Pedral sino unas dos o tres veces y solo por quedarse allí y continuar al día siguiente su viaje; que Benigno y Gervacia iniciaron vida común en 1.912 o 1.913; y que de estas relaciones nació en 1.917 Aura María en fecha que no puede precisar y cuyo advenimiento no presenció pero que sí la vió recién nacida. Le observa el sentenciador que, por no haber presenciado el hecho constitutivo del estado civil de Aura María Castillo como hija natural de Gervacia Vásquez, no puede ser de recibo para demostrar tal estado.

Alberto Arenas Rojas, quien vivió en el Pedral de 1.912 a 1.918, manifiesta que en los dos últimos años recibió alimentación en la pensión que allí tenía Gervacia, por lo cual le consta que ésta y Benigno hacían vida marital, y que allí en el año de 1.917 nació la hija de Gervacia. No acoge el Tribunal esta declaración por cuanto no precisa en forma cierta y concreta la "época del nacimiento".

En virtud de las fallas hechas a los declarantes citados, concluye así este punto: "No se encuentra probado en forma legal ni que Aura María Castillo Vásquez sea la hija natural de Gervacia Vásquez, ni que este nacimiento hubiera sucedido el 19 de julio de 1.917, como se indica en la demanda. Falla, pues, la acción de filiación natural con fundamento en las relaciones sexuales estables y notorias".

Pasa a estudiar la posesión notoria del estado de hija natural de Aura María con relación a Benigno Castillo, invocada como segunda causal en la demanda.

Previa enunciación del artículo 6o. de la ley 45 de 1.936 que señala los elementos que componen dicho estado, recuerda doctrina de la Córte sobre las condiciones que deben reunir el conjunto de testigos que establezcan de un modo irrefragable la posesión notoria del estado con sus características peculiares; entra en la consideración del reconocimiento que algunos de los legatarios demandados hacen de que Aura María ha tenido la posesión del estado de hija natural de Benigno Castillo desde 1.923 hasta cuando murió éste, y lo rechaza como confesión, en razón de que en la acción de filiación natural sólo tienen interés los herederos, pues los legatarios carecen de legitimación, no son parte en esa acción. Por lo mismo, su aceptación al respecto no puede tenerse como confesión, porque no reune los requisitos que indica el artículo 604 del C. Judicial.

Ocúpase luego de las declaraciones que sobre posesión notoria rindieron los testigos Heráclito Gómez, José Mercedes Avendaño, Margarita Salazar de Moreno, Francisco Stella,

Carlos Suárez, Horacio Camargo, Antonio Barrios, Oscar Ernesto Amaris, Carlina Mantilla Serrano, Victor Arciniegas Castillo, Carlos Pinilla, Luis Uribe Gómez, Rogelio Arenas Escobar, Luis Enrique Serrano, José Uribe; hace la crítica al dicho de cada testigo, y sobre la prueba en conjunto dice que a la generalidad de los deponentes en este juicio, se les observa que no dan razón de su dicho, no explican cómo tuvieron la percepción directa de los hechos de los cuales deducen las conclusiones que sacan, no son responsivos, exactos y completos y añade: "En el ambiente general que traen a cuento los testigos de Lebrija, se aprecia que los declarantes, al estimar a Aura María como hija de Benigno Castillo, no lo hacían porque el indicado señor le hubiera dado aquel tratamiento, sino en atención a que varios años Chiquinquirá Castillo de Suárez, con quien vivía Aura María, así lo pregonaba.

"No encuentra el fallador elementos de convicción idóneos que demuestren el tratamiento de padre a hija que le hubiera podido dar Benigno Castillo a Aura María por los años que exige el artículo 398 del C. C. no se encuentra demostrado el establecimiento, la fama y la educación en la forma exigida perentoriamente para estos casos".

RECURSO DE CASACION.

La parte actora trajo a la Corte el fallo del Tirbunal en casación con estos cargos: 1o. "Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea" de los artículos 397, 395, y 1769 del C. Civil. 6o. de la ley 45 de 1.936, 472 y 607 del C. Judicial y 62 de la ley 153 de 1.887; y 2o. "Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva a causa de error de hecho en la apreciación de unas pruebas y error de derecho en la apreciación de otras, errores que aparecen de manifiesto en los autos y que llevaron al Tribunal a violar la ley sustantiva".

El apoderado de la parte opositora contestó en oportunidad a la demanda de casación.

- I -

La sustentación de la primera censura se resume así:

La violación del artículo 397 del C. C. se deriva de que el Tribunal lo aplicó a la posesión notoria de estado civil de hijo natural, y exigió que el padre hubiera prasentado a Aura María como hija natural a sus deudos y amigos. Tal exigencia, en los términos del artículo citado, toca con la posesión notoria del estado de hijo legítimo. Por esta razón infringió también el artículo 6o. de la ley 45 de 1.936, que, entre los elementos que componen esta causal de filiación natural no consagra la presentación del hijo natural a deudos y amigos.

La sentencia quebrantó el artículo 395 del C. Civil, porque lo entendió en el sentido de que los testigos aducidos para acreditar la filiación natural de Aura María respecto de la madre deben haber presenciado el parto, cuando dicho precepto se refiere no solo a los testigos presenciales, sino también a los que percibieron circunstancias que manifiesten evidentemente que sucedió el hecho constitutivo del estado civil. No se puede exigir que los testigos hayan visto el alumbramiento, porque éste es un suceso al que no tienen acceso sino familiares y amigas íntimas de la parturienta. Es suficiente para acreditar el parto que los testigos hayan presenciado hechos concomitantes con él.

Coloca la infracción del artículo 472 del C. J. en que el sentenciador no estimó en conjunto las pruebas sino una a una, y las declaró así insuficientes con desconocimiento del texto de dicho artículo, que señala como objetivo de los procedimientos la efectividad de los derechos a tono con la cual deben interpretarse las disposiciones sobre pruebas.

La violación de los artículos 607 inciso 2o. del C. J. y 1769 del C. C. la deriva el recurrente de que el sentenciador, a pesar de la confesión que la parte demandada hizo en la contestación de la demanda en el aparte que dice: "en una ocasión en que Aura María estuvo enferma le pidió doña Chinca a don Benigno que la trajera a Bucaramanga para que la viera el médico y así lo hizo él. Y no solamente eso sino que pagó los servicios del médico puesto que don Benigno era quien pagaba los gastos de su hermana Chinca y de otros hermanos y familiares suyos", no reconoció que Benigno alimentaba a Aura María, la vestía, la asistía en sus enfermedades, esto es, que la sostenía económicamente. En

una palabra, violó directamente aquellos preceptos, pues contra lo dispuesto en ellos, el fallador desconoció la fuerza probatoria de la confesión, y dió "por establecido que no era Benigno el que sostenía a Aura María sino la señora Chinca Castillo".

La trasgresión del artículo 62 de la ley 153 de 1.887 la hace consistir en que, según esta norma, la educación del hijo natural a cargo del padre o la madre, incluye la enseñanza primaria y el aprendizaje de una profesión u oficio. El sentenciador, empero, exige a este elemento de la posesión notoria diez años continuos, no la limita al tiempo en que el hijo está en edad de recibir educación, y viola por consiguiente el precepto que se analiza.

Con relación a la apreciación de las posiciones que absolvió el legatario Francisco Castillo, expone el acusador que el Tribunal quebrantó los artículos 612 y 616 del C. Judicial, porque en las que dió relacionadas con la posesión notoria por Aura María del estado de hija natural de Benigno no agregó "los datos sobre los hechos que estaba afirmando, en tal forma que su declaración constituyera una prueba responsiva". Los artículos citados disponen que el absolvente por responder a hechos personales puede limitarse a decir si es o no cierto el contenido de la pregunta. Es, por tanto, injurídico exigirle que dé razones para demostrar lo que dice, "pues se trata de obtener una prueba nacida del mismo a quien puede perjudicar y garantizada con la fuerza del juramento y es hasta inhumano que haya de demostrar su dicho". Infringió también el artículo 604 del C. Judicial, porque le dió el carácter de declaración a lo que era confesión, y el 606, ibídem, ya que no dió por demostrado con la confesión de Castillo que Aura María tenía la calidad de hija natural de Benigno Castillo. La violación de este artículo tiene el carácter de error de derecho que llevó al Tribunal a violar el artículo 4o. de la ley 45 de 1.936.

SE CONSIDERA:

De los claros términos del artículo 520 del C. Judicial y de la repetida doctrina de la Corte sentada en la interpretación de este precepto, se puede afirmar, como verdad en casación civil, que la acusación de una sentencia por haber violado una ley sustantiva por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea, no toca con cuestión alguna de hecho o de apreciación de pruebas por el Tribunal, sino exclusivamente con la aplicación que éste le dió a la norma o normas sustanciales, para resolver si en verdad hubo el agravio a ellas formulado en la demanda.

Es también principio básico del recurso extraordinario que la tacha por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, consagrada en el primer aparte del inciso 1o. del artículo 520 del C. Judicial se refiere exclusivamente a leyes sustanciales que "son las que regulan en forma directa la conducta de los asociados en frente de la distribución y goce de los derechos generadores de sus posibles intereses"; (G. J. T. LXVI. 48) y que las normas que rigen los medios probatorios, su valor demostrativo y los requisitos que han de llenar, no tienen la sustantividad suficiente para que su quebranto pueda constituir por sí solo un motivo de casación.

La trasgresión de los preceptos probatorios da cabida a la censura del fallo acusado por infracción indirecta de ley sustantiva a causa de error manifiesto de hecho, o de derecho.

Con base en estos principios, que se suponen conocidos y sabidos por todo profesional que asuma la responsabilidad de fundar una demanda de casación, entra la Corte a considerar la impugnación de quebranto directo de las varias normas citadas en la demanda:

Esta debió haber citado o transcrito el paso de la sentencia en que el Tribunal haya dicho que es elemento de la posesión notoria del estado civil del hijo natural la presentación de él por el padre a los deudos y amigos. No lo hace, y la Corte no lo encuentra. Al contrario, como premisa del análisis de la prueba testimonial, cita el sentenciador, en primer término, el artículo 6o. de la ley 45 de 1.936, que establece los factores que componen la posesión notoria del estado de hijo natural, luego los artículos 398 y 7o. de la ley 45 de 1.936 que fijan el término de duración de dicha causal, y finalmente el 399 del mismo código que señala la condición del conjunto de testigos que establezcan la posesión notoria del estado civil de una manera irrefragable. A esto añade la doctrina de la Corte al respecto.

Más claro y categórico no puede ser el criterio del Tribunal en relación con el factor a que se refiere el cargo, cuando, terminada la consideración de cada testimonio, expresa: "En el ambiente general que traen a cuento los testigos de Lebrija se aprecia que los declarantes al estimar a Aura María como hija de Benigno Castillo, no lo hacían porque el indicado señor le hubiera dado aquel tratamiento, sino en atención a que por varios años Chiquinquirá Castillo de Suárez, con quien vivía Aura María, así lo pregonaba.

"Para otorgarle a una demandante la filiación que reclama, no es posible olvidar el aparte final del artículo 6o. de la ley 45 de 1.936, que remite el reconocimiento a que la reputación del hijo se la den al interesado en virtud del tratamiento que le haya prodigado el padre".

Lo que ocurre es que el apoderado recurrente interrogó a todos los testigos aducidos por él sobre la circunstancia de que el padre había presentado a Aura María como su hija a deudos y amigos. Naturalmente, el Tribunal, al sintetizar el contenido de cada declaración, incluyó lo depuesto al respecto, pero no que lo tomara como elemento de la posesión notoria de estado civil sub lite.

El artículo 472 del C. Judicial, que señala a los jueces la finalidad con que deben aplicar las normas procesales y las relativas a pruebas, no tiene carácter sustancial, y es, por tanto, intrascendente en casación.

Los artículos 607, inciso 2o. que considera válida la confesión hecha por el apoderado judicial en los escritos de demanda de excepciones y de las respuestas correlativas, y el 1769 del C. J. que le da plena fe a la confesión hecha por medio de apoderado, encajan en el recurso de casación, pero no por infracción exclusiva de ellos sino además de la indirecta de preceptos sustantivos que no cita la demanda. El cargo por tanto no sería conducente sino dentro de la causal contemplada en el inciso 2o. ordinal 1o. del artículo 520 de C. J.

Acerca de la trasgresión del artículo 62 de la ley 153 de 1.887, el recurrente no aduce en su demostración ningún concepto de la sentencia en que se haya expresado que la educación que el padre le dé al hijo natural debe durar diez años. Al respecto, el Tribunal, además de transcribir el artículo 398 del C. Civil, y de observar que ninguno de los declarantes relata hechos de los cuales se deduzcan las conclusiones que sacan respecto de las relaciones mencionadas, termina: "No encuentra el fallador elementos de convicción idóneos que demuestren el tratamiento de padre a hija que le hubiera podido dar Benigno Castillo a Aura María por los años que exige el artículo 398 del C. Civil, no se encuentra demostrado el establecimiento, la fama y la educación en la forma exigida perentoriamente para estos casos".

La tacha en este punto no tiene asidero ninguno en la sentencia.

Con relación a la violación de los artículos 612 y 616 del C. Judicial, que se refieren, en su orden, a la manera como deben redactarse las posiciones y al modo como deben recibirse, son normas procesales, no sustantivas, que no pueden ser materia de infracción directa para configurar la causal de casación de que trata este capítulo.

El quebrantamiento indirecto del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936 y directo del 606 del C. Judicial de una parte, conforme a lo preceptuado por el artículo 531 del C. J. no podía exponerlo la demanda dentro del capítulo que trata de la tacha por violación directa de la ley.

Aunque ésta falla en la técnica del recurso sería suficiente para desechar el cargo, considerado como tacha aparte, se tiene:

No teniendo el demandado Castillo Oliveros legitimación pasiva en la acción de filiación natural no es parte en ella, y, por lo mismo, las declaraciones que hizo en posiciones no pueden tener el valor de confesión: porque, en primer término, ésta solo corresponde a quien es parte en la acción, no a quien es un tercero en ella (Art. 604 del C. J.); en segundo, porque la confesión o reconocimiento de un hijo natural solo es dado hacerla al presunto padre o madre; y en tercero, porque la aceptación en posiciones por Castillo Oliveros de que Aura María tuvo la posesión notoria del estado civil que reclama, tampoco constituye confesión, ya que los artículos 7o. de la ley 45 de 1.936 y 399 del C. C. disponen que esta causal se probará por un con-

junto de testimonios que la establezcan de un modo irrefragable.

Por manera que, no constituyendo confesión las declaraciones hechas por Francisco Castillo Oliveros sobre la posesión notoria del estado de hija natural de Aura María en cuanto dice que Benigno Castillo la presentó como tal a familiares, que atendió a los gastos de sostenimiento y educación, y que fue reputada por los familiares y el vecindario de Lebrija como hija natural de Castillo, hay que tomarlas como una declaración de testigo a tercero, sin que esto implique una violación de los artículos 606 y 531 del C. Judicial ni, por consecuencia, del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936. La Corte en un caso semejante dijo: "..... la declaración de posiciones tiene carácter doble en materia probatoria, cuando se interroga sobre hechos del mismo absolvente y hechos que conoce: confesión cuando contesta afirmativamente sobre hechos personales, y testimonio, cuando es contestación afirmativa sobre hechos que él no ha ejecutado, que los ha ejecutado otro pero de los cuales tiene conocimiento". (T. 89 pág. 105).

-II-

Por el motivo de ser la sentencia violatoria de ley sustantiva a causa de errores en la apreciación de las pruebas que aparecen de modo evidente en los autos, anuncia el recurrente que ataca la sentencia "en cuanto se funda en que no están probadas las relaciones notorias y estables entre Benigno Castillo y Gervacia Vásquez en la época en que legalmente debe presumirse la concepción de Aura María Castillo Vásquez".

Relacionadas con este hecho cita las declaraciones que rindieron los siguientes testigos:

a). Alberto Arenas, de quien observa el recurrente se limitó el Tribunal a decir que parece referirse en su exposición a los años de 1.917 y 1.918, cuando en ella afirma que vivió en El Pedral de 1.912 a 1.918.

Aurelio Díaz, a quien le anota la sentencia acusada que no presenció el nacimiento de Aura María. Transcribe el aparte en que el declarante manifiesta que no la vió nacer, pero que sí la vió recién nacida y comenta que en la aplicación de la ley 45 de 1.936 "no puede extremarse la exigencia probatoria en la forma en que lo hace el Tribunal en el fallo que acusa".

Pedro Martínez Puerta, que fuè trabajador en la casa de Benigno dos años, afirma que este vivía con Gervacia y que la gente decía que Aura María era hija de aquel.

Carlos Pinilla Mantilla relata que en 1.918 estuvo en la casa de Benigno y Gervacia, y se dió cuenta de que había una niña "recién nacida del año anterior", la cual le fue presentada por el mismo Castillo como hija suya y de la Vásquez.

Enrique Serrano Sanmiguel, al cual le observa el Tribunal que no dice nada que merezca atención en lo referente al nacimiento de Aura María. Copia esta respuesta del testigo: "Que en 1.913 ya vivían juntos Benigno y Gervacia y siguieron viviendo juntos y por eso puedo sostener que de las relaciones sexuales habidas entre ellos nació Aura María Castillo Vásquez, unos tres o cuatro años de mi llegada al Pedral". Anota que es manifiesto el error del fallador al afirmar que el testigo no dice nada relacionado con el nacimiento.

SE CONSIDERA:

El sentenciador, al ocuparse de las relaciones sexuales estables y notorias entre Benigno Castillo y Gervacia Vásquez dentro de las cuales naciera Aura María, estimó que con fundamento en el numeral 4º. de la ley 45 de 1.936 debía encontrarse perfectamente definido el estado civil de la hija con relación a la madre.

Advirtió que el acta de nacimiento de Aura María no se trajo, porque como lo anota un certificado parroquial, no fue encontrada.

Es así como analiza la prueba supletoria constituida por los testimonios rendidos por Alberto Arenas Rojas, Horacio Camargo, Antonio Barrios, Oscar Amaris, Carlos Pinilla Mantilla, Luis Uribe Gómez y José Acevedo Gómez, y concluye que "no se encuentra probado en forma legal ni que Aura María Castillo Vásquez sea hija natural de Gervacia ni que ese nacimiento hubiera sucedido el 19 de julio de 1.917, como se indica en la demanda".

El recurrente, para desvirtuar esta premisa de la sentencia, debía haber demostrado que sí estaba comprobado que Gervacia dió a luz a Aura María el 19 de Julio de 1.917, que había incurrido el sentenciador en error de hecho evidente no encontrando tal acaecimiento en el dicho de aquellos testimonios. En una palabra, al tenor de lo preceptuado por el segundo aparte, inciso 1º. del artículo 520 del C. Judicial, le correspondía al impugnante demostrar el error, pero, como se acaba de ver, se ocupó solamente de que las relaciones sexuales sí estaban comprobadas, pero no de que Aura María había nacido de Gervacia en la fecha que indica la demanda, que para el caso son dos cuestiones diferentes aunque íntimamente relacionadas.

La Corte en sentencia de agosto 25 de 1.962, no publicada todavía, sobre la exigencia de demostrar el estado de hijo natural de la madre cuando se pretende la declaración de filiación natural por parte del padre, sobre la base de relaciones sexuales, dijo: "Como la procreación es un hecho complejo en cuanto requiere el concurso de un hombre y una mujer, cuando a un varón determinado se le atribuye en juicio la paternidad respecto de cierto hijo por haber tenido aquel relaciones sexuales con la madre de éste, es lógicamente imprescindible demostrar cuál es dicha madre y la fecha del nacimiento de tal hijo para poder definir la época de la concepción y deducir por inferencia esa paternidad, toda vez que ella no puede comprobarse de manera directa. En otros términos, la causal de relaciones sexuales estables y notorias, exige la determinación previa o simultánea de la madre para poder atribuirle la paternidad al hombre que con ella tuvo relaciones en la época de la concepción del hijo".

Infiérese que el cargo por error de hecho en lo referente a las relaciones sexuales entre Castillo y la Vásquez no puede prosperar toda vez que no desvirtuó el soporte de la sentencia consistente en que no fue demostrado el estado de Aura María como hija natural de Gervacia Vásquez.

En la exposición del cargo el impugnante cita también los testimonios de Antonio Barrios, o Heraclio o Heráclito Gómez, Carlos Suárez, en cuya apreciación cometió el Tribunal error de derecho en cuanto violó directamente los artículos 668, 669, 687 y 692 del C. J. e indirectamente el artículo 4o. de la ley 45 de 1.936.

SE CONSIDERA:

De estos testigos, los dos últimos declaran sobre posesión notoria del estado de hija natural de la demandante, causal no incluída en el paso transcrito de la demanna de casación, en que limita el cargo de errores a las pruebas sobre relaciones sexuales.

Antonio Barrios dice constarle las relaciones sexuales que en El Pedral llevaron Benigno Castillo y Gervacia Vásquez de 1.914 a 1918; que fue del dominio pùblico que Aura María nació de aquellas relaciones; y que sabe y le consta que el nacimiento ocurrió el 19 de julio de 1.917.

La sentencia le observa a este testigo que no puede ser tenido en cuenta, porque se limita a dar respuesta a todas las preguntas sin que haya un detalle que haga su exposición responsiva y exacta....."depone sobre un hecho sucedido hace cuarenta y màs años, sin que indique el por qué de ese conocimiento, la razón de por qué recuerda esa fecha cuando ese 19 de julio de 1.917 fue para él una fecha sin trascendencia ni importancia alguna, que pasó por su vida, sin que pudiera dejarle un recuerdo en su memoria; por lo menos el testigo sobre ello no indica nada".

Para que se configure el error de derecho en la valoración de una prueba, es indispensable que el recurrente cite el precepto que fija el alcance probatorio, y que fue violado directamente. En el presente caso, las normas procesales invocadas tocan con las inhabilidades e impedimentos de los testigos, la manera de formularse las preguntas y las enmiendas o adiciones que el testigo puede hacer a su declaracion, pero no cita la norma que señala el alcance probatorio de la prueba testimonial.

Finalmente, vuelve sobre las posiciones absueltas por Francisco Castillo, y tacha el fallo por error de derecho en la apreciación de la confesión que de la posesión notoria del estado civil reclamado por la actora hizo el absolvente como demandado legatario con violación directa de los artículos 227 y 606 del C. J. 1767 y 1769 del C. Civil e indirecta del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936.

Se extiende en una larga exposición en que pretende demostrar que aunque Castillo es legatario basta con que figure como demandado para que la confesión que hizo en las posiciones tenga el valor de confesión.

SE CONSIDERA:

A lo dicho en el capítulo anterior sobre el error de derecho cometido en la apreciación de este medio, basta agregar que, no habiendo el sentenciador estimado como confesión las manifestaciones que el absolvente Arciniegas hizo en las posiciones que absolvió, sino como un simple testimonio, el error en que hubiera podido incurrir el Tribunal sería de hecho, toda vez que existiendo en el proceso una prueba de confesión no la vió. Y si el error fue de tal naturaleza, no cabía el de derecho o de valoración de un medio no visto. El error de derecho ocurre sobre una prueba vista y apreciada por el fallador, pero no estimada con el alcance que le da la ley.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en mérito de las razones expuestas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga con fecha veinticinco de agosto de mil novecientos sesenta y uno, en el juicio ordinario seguido por Aura María Castillo Vásquez contra la sucesión de Benigno Castillo.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L., - Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Extractos de doctrina y jurisprudencia, en materia penal, a cargo de DIEGO E. CRISTANCHO, Relator Auxiliar de la Corte.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RECURSO DE REVISION

Para atacar la cosa juzgada es necesario establecer con fuerte evidencia el error judicial.

El recurso de revisiòn, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, fuera de no ser una tercera instancia, es un recurso el más exigente, pues para atacar la cosa juzgada es necesario establecer con fuerte evidencia el error judicial, consistente en la condenación de la persona inocente o irresponsable.

El pretender con testimonio cuyo origen es sospechoso y cuyo contenido no tiene explicación satisfactoria, que una sentencia o un proceso se revisen, sería desvirtuar en sus propios fundamentos y fines el recurso extraordinario de revisión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PENAL. Bogotá, enero veintidós de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria)

VISTOS:

Procede la Corte -Sala Penal- a decidir sobre el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el doctor Sergio Delgado Calderón, en su condición de apoderado de Miguel Angel González Vàsquez, quien fué condenado como transgresor del Decreto 0014 de 1.955, a la pena de relegaciòn a una Colonia Agrícola y Penal por un término de 2 a 6 años, según sentencias proferidas por el Juzgado 247 de Instrucción Criminal y del Juzgado 2o. Superior de Policía de Bogotá, a las cuales se hará referencia en este fallo.

La demanda de revisión se ajusta en un todo a las exigencias del artículo 572 del C. de P. P. y a ella se acompañaron las pruebas de los hechos fundamentales.

ANTECEDENTES:

1o. Previa la investigación sumaria del caso, el juzgado 247 de Instrucción Criminal de Bogotá, conforme a las reglas del Decreto Legislativo 0014 de 1.955, dispuso en fallo de 24 noviembre de 1.961, "DECLARAR, como en efecto lo hace, en estado de especial peligrosidad a los señores MIGUEL ANGEL GONZALEZ VASQUEZ (reseña No. 317498), JUAN JOSE MILA CASTILLO (reseña No. 36363) y JORGE ENRIQUE MORA GUTIERREZ (reseña No. 374394) y de las demás anotaciones civiles de autos conocidos como infractores del numeral 28 del art. 7o. del Decreto 0014 de 1.955, e imponerles como sanción, Relegación en Colonia Agrícola y Penal por el término de DOS (2) A SEIS (6) AÑOS donde el Gobierno Nacional lo estime conveniente".

2o. El Juzgado 2o. Superior de Policía de Bogotá, funcionario de segunda instancia, en sentencia de 31 de enero de 1.962, reformó la resoluciòn del inferior "en cuanto fueron declarados los procesados JUAN JOSE MILA CASTILLO Y JORGE ENRIQUE MORA GUTIERREZ, de condiciones civiles y personales anotadas, en estado de especial peligrosidad social como responsables de infracción del Decreto 0014 de 1.955, artículo 7o. numeral 28 y consecuencialmente les fué impuesta como sanción la medida de seguridad a relegación a Colonia Agrícola por el lapso indeterminado de DOS A SEIS AÑOS, y en su lugar se les absuelve de los cargos formulados en su contra".

Lo confirmò sí en cuanto a González Vásquez, reo a quien se contrae el recurso de revisión.

3o. Los hechos que motivaron la declaración de especial peligrosidad del recurrente están relatados en la sentencia de segundo grado en estos términos:

"A eso de las doce y media del día doce (12) de Agosto del año próximo pasado el ciudadano NICOLAS ADAMOVICH dejó estacionado un vehiculo de propiedad de su padre IBAN ADAMOVICH, Jeep "NISSAN", de placas D- 35075, de color verde, modelo mil novecientos sesenta, frente a su casa de habitación de la Calle 38 No. 13A-28 de esta ciudad y mientras tomaba su almuerzo. Momentos después pudo apreciar que el vehiculo en mención había desaparecido del lugar, y presumiendo entonces fundadamente que había sido víctima del hurto o robo del vehiculo procedió a formular la denuncia inmediatamente ante el Juzgado Permanente del Norte. A eso de las dos de la tarde del mismo día, pudo observar el ciudadano ISMAEL GONZALEZ GUTIERREZ mayordomo de una granja ubicada por la Carretera que de esta ciudad conduce a la vecina población de Suba, que tres ciudadanos estacionaban allí el citado vehículo y procedían a cambiarle de placas y a efectuar en èl otras reparaciones, en razón de lo cual, solicitó de la Escuela de Carabineros de la Policía el envío de algunos Agentes a efectos de que hicieran las averiguaciones conducentes a fin de verificar si el caso constituía un desvalijamiento del vehículo realizado por ladrones de automóviles, y al efecto se presentaron allí los Agentes JOSE GARCIA ROJAS y CARLOS JULIO VINCHIRA quienes en asocio del mayordomo GONZALEZ procedieron a interrogar al conductor del vehículo quien se identificó como ANGEL M. VELASQUEZ quien llevaba como pasajeros a otros dos ciudadanos no identificados en esa oportunidad, habiéndoles permitido continuar la marcha en razón de que "no le sospecharon malicia alguna"; insistió luego el mayordomo ante los Oficiales de la citada Institución acerca de su sospecha razonablemente fundamentada en el hecho de haber encontrado abandonadas en el lugar las placas anteriores del Jeep, y fuè así como el Comandante de la Policía impartió las órdenes del caso a efecto de lograr la captura de los ocupantes del vehículo habiendo sido logrado el objetivo por los Agentes de la Policía de placas 23788, 23806 y 22809, a eso de las tres de la mañana del día siguiente en la población Santandereana de Piedecuesta, cuando el ciudadano Miguel Angel Vásquez aún continuaba conduciendo el vehículo ya con las placas K-14427 y llevando como pasajeros a JORGE ENRIQUE MORA GUTIERREZ y JUAN MILA CASTILLO".

DEMANDA DE REVISION

El recurso, de acuerdo con lo que autoriza el artículo 76 del Decreto 0014, lo funda el señor apoderado en el ordinal 5o. del artículo 571 del C. de P. P., vale decir, por haber aparecido después de la condenación "hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia, o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Expresa el demandante:

"En los preceptos anteriormente citados se encuentran consignados los fundamentos de derecho que invoco para fundamentar esta demanda, pues como lo he repetido con impertinencia, lo que se pide es la valoración de pruebas que no fueron conocidas al tiempo de los debates, de las cuales surge con meridiana claridad la prueba plena y completa de la inocencia de MIGUEL ANGEL GONZALEZ VASQUEZ, quien fue injustamente condenado por un hecho que no ha cometido y mediante la aplicación de un Estatuto coercitivo, como el Decreto 0014 de 1.955, a quien, además, no se le puede considerar como representante de un especial estado de peligrosidad social. La prueba de la inocencia del sentenciado a quien represento no solamente surge de graves indicios sino de pruebas directas que establecen con unanimidad irrebatible dos cosas: a). Que en el momento de la sustracción del automotor MIGUEL ANGEL GONZALEZ se encontraba en su casa de habitación, acompañado de su esposa, de su pequeño hijo y de los señores ALVARO GONZALEZ VASQUEZ, RAFAEL EDUARDO ZAMORA MARIN y BERLAMINA SALGUERO, según se desprende de las declaraciones juramentadas de las personas que se citan, y que acompaño a esta demanda; y, b). Que el automotor materia del proceso le fue entregado, después de su sustracción y para un traslado a la ciudad de BUCA-

RAMANGA, en la localidad de SUBA, por parte del señor ENRIQUE GONZALEZ RODRIGUEZ, quien fue la persona que acompañó a GUTIERREZ a hacer la entrega del vehiculo a MIGUEL ANGEL GONZALEZ, declaración que también acompaño a este memorial".

La invocación de la causal 5a. de la revisión, a efecto de darle basamentos de hecho, la hace el señor apoderado teniendo en cuenta que los elementos probatorios aportados al debate de la revisión, sacan buena la cualificación hecha por el reo desde el momento mismo en que por el investigador se le llamó a rendir declaración indagatoria.

Es así como el demandante enfoca la cuestión de hecho:

"Una vez recuperado el vehiculo y puesto éste, junto con los últimamente citados, a disposición del Juzgado 247 de Instrucción Criminal -a quien corespondió el negocio en su calidad de Juzgado de Policía- se inició el adelantamiento investigativo, en cuyo desarrollo fue sometido a declaración de inquisitoria mi poderdante. En esta diligencia, y como lo había sostenido desde un principio, manifestó que en efecto el vehículo había sido capturado en los momentos en que lo conducía hacia la ciudad de Bucaramanga, lugar a donde se había comprometido a llevarlo por encargo del doctor Francisco Gutiérrez, a quien hasta entonces consideraba como legítimo propietario del automotor. Relató, así mismo, que encontrándose en su casa de habitación el día 12 de agosto de 1.961, había sido llamado por teléfono de parte del citado GUTIERREZ, quien por ese medio lo citó para que compareciera a las dos de la tarde de ese día a un sitio próximo a la bomba de gasolina que funciona en la localidad de SUBA, con el objeto de que allí recibiera un vehículo automotor y se lo condujera a la ciudad de BUCARAMANGA, trabajo por el cual ganaría los honorarios correspondientes. Que, agregó, como se trataba de una persona conocida, a la que ya le había prestado otro servicio, accedió a ello, y, de inmediato, abandonó su casa y en un taxi de servicio público se trasladó al vecindario de Suba y allí convino los detalles finales de su compromiso. Que dice, una vez allí, recibió el automotor de manos del Doctor Francisco Gutiérrez, junto con la suma de cincuenta pesos para los gastos de gasolina, comprometiéndose, pues a entregarlo al día siguiente, a las ocho de la mañana, en Bucaramanga, en un sitio próximo al Edificio de Comunicaciones de aquella ciudad. Que esta entrevista, concluye diciendo el procesado, fue presenciada por un tercero cuyo nombre no recordaba, pero de quien conservaba su filiación, la que captó en el momento de serle presentado por el mismo GUTIERREZ.

"La circunstancia exculpativa alegada por el procesado en su indagatoria no logró acreditarse en el curso del plenario, por una de las siguientes causas: 1°. O bien porque el funcionario, siendo de su obligación, no investigó esta circunstancia ni decretó prueba alguna tendiente a su establecimiento, violando sus deberes oficiales, ya que, en efecto, el artículo 60 del Decreto 0014 de 1.955 le impone al Juez la obligación de decretar de oficio aquellas pruebas que sean convenientes para el esclarecimiento de los hechos. A causa, pues, de la conducta omisiva del funcionario, FRANCISCO GUTIERREZ no fué llamado a explicar su conducta ni emplazado para que compareciera a estar en derecho dentro de la causa; de esta manera, quedó en sombra una prueba que necesariamente hubiera influído en la decisión judicial del caso a favor de mi cliente.

"2o. Pudo ocurrir, y ocurrió en efecto, que el funcionario de instancia no inquirió sobre la presencia de MIGUEL ANGEL GONZALEZ en el momento de la consumación de los hechos, pues habiendo podido demostrar que se encontraba en un lugar distinto y distante de aquel en que se perpetraron los hechos, su inocencia hubiera resultado demostrada plenamente, ya que, en verdad, en el momento de la sustracción del vehículo, se encontraba el acusado en su casa de habitación de la carrera 19 de esta ciudad, número 8-13 sur, en compañía de su esposa y de los señores ALVARO GONZALEZ VASQUEZ y RAFAEL EDUARDO ZAMORA MARIN. La existencia de este hecho y la prueba de su evidencia quedaron también en la sombra a causa de la conducta negligente del Juez de Policía -en este caso el señor Juez 247 de Instrucción Criminal-, quien nada hizo para acreditarlas, siendo de su incumbencia funcional. Por el contrario haciendo "oídos sordos" de las protestas de inocencia del acusado, no las tuvo en cuenta, y vi-

no a la postre a fallar el negocio con una injusta sentencia condenatoria. De aquí provino, pues, el que al tiempo de los debates no fueron conocidas las pruebas en que me fundo ahora para demostrar la inocencia del acusado, y que, de haberse conocido, hubieran sido suficientes para decretar su absolución.

"3o. Ocurrió, por último, que el señor Juez 247 de Instrucción Criminal, en el desempeño de sus funciones como Juez de Policía, nada hizo para acreditar la existencia de ese tercero que presenció la entrega del automotor a MIGUEL ANGEL GONZALEZ de parte de FRANCISCO GUTIERREZ, nuevo acto omisivo de donde provino la ignorancia de una prueba que no pudo ser tenida en cuenta en los debates respectivos, y de la cual hubiera surgido, como surge ahora, la demostración inequívoca de la inocencia completa del procesado y su irresponsabilidad en los hechos a causa de los cuales hoy paga injusta condena".

PRUEBAS APORTADAS

Los hechos nuevos, o mejor, las pruebas no conocidas a tiempo de los debates son las declaraciones de Rafael Zamora Marín, Belarmina Salguero, Enrique González Rodríguez y Alvaro González Vásquez, deponentes que hicieron la correspondiente ratificación ante la Corte (fls. 47 a 50 Cuad. 2o.).

Todos estos testimonios tienden a dar por cierta la existencia de un doctor Francisco Gutiérrez, personaje jamás identificado en los autos, pero con el cual se ha tratado de edificar una coartada para el responsable, consistente en que el dicho doctor Gutièrrez llamó a González Vásquez el dia 12 de agosto de 1.961, a eso de la una de la tarde, a la casa de la deponente Salguero. La llamada fué por teléfono y tenia por objeto solicitarle al reo la conducción de un jeep de la población de Suba a la ciudad de Bucaramanga.

El único declarante que no se refiere al mismo hecho es Enrique González Rodriguez. Su exposición es de este tenor:

"El día tres de febrero del presente año, sábado, fui a la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad con el objeto de visitar a mi amigo Alfonso Díaz Granados; estando en la visita se presentò el señor Miguel Angel González Vásquez a quien Díaz Granados me presentó. Al punto c): Así fué doctor. Momentos después de la presentación, Miguel Angel González Vásquez se me dirigió y me preguntó que si no recordaba que había sido el acompañante del doctor Francisco Gutiérrez el día aquèl en que éste lo contrató para el traslado de un jeep de la población de Suba a la ciudad de Bucaramanga.

"Al punto d): Fuè cierto. Inmediatamente nos reconocimos. Miguel Angel González me contó que lo habían condenado por ese hecho de haber llevado el jeep a Bucaramanga y me solicitó declaración al respecto de lo que a mí me constara a fin de no pagar inocentemente un hecho que no cometió. Al punto e): Yo sí fuí amigo del señor Fracisco Gutierrez quien me ocupó en varias ocasiones en el manejo, exhibición etc. de vehìculos automotores pues este ha sido negociante en esa clase de vehículos. Al punto f): Así fuè; haciendo memoria recuerdo que un sábado, no recuerdo exactamente la fecha pero sí fuè en los primeros días del mes de agosto de mil novecientos sesenta y uno, en momentos en que me encontraba esperando un bus en la carrera 24 con la calle 63 de esta ciudad, pasó Francisco Gutiérrez en un jeep verde, modelo 1.960, de tipo campero, quien iba de sur a norte de esta ciudad. El señor Francisco Gutiérrez es de acento costeño; de una estatura de (un) 1.70 más o menos; fornido, moreno, pelo más o menos ondulado; bien vestido; de unos treinta y cinco años de edad; sin señales particulares en la cara. Al punto g): Sí fué cierto doctor. Ese mismo día a que me referí en el punto anterior, Francisco Gutièrrez me invitó a que lo acompañara a SUBA a donde se dirigía para entregar el jeep en que andaba a un tipo que se lo llevaría hasta Bucaramanga. Al punto h): Fué así como nos dirigimos a Suba Gutièrrez y yo y una vez -corrijo- que llegamos nos subimos por un camino que se separa de la carretera y Francisco Gutiérrez dejó el jeep en un solar particular y nos vinimos a pie al pueblo a esperar a una persona que llevaría el vehìculo a Bucaramanga. Al punto i): Sí doctor. Serian las dos de la tarde cuando llegó en un taxi de servicio Público MIGUEL ANGEL GONZALEZ VASQUEZ y nos encontrò en sitio cercano a la Bomba de Gasolina de Suba, que se encuentra sobre la carretera. Al punto j): Así Fué: Una vez que Miguel Angel González llegó a dicho sitio saludó al señor Francis-

co Gutiérrez y éste a su vez me lo presentó y a continuación le dijo que según lo hablado nos dirigiéramos a la finca en donde tenía el jeep o vehículo que debía llevar a Bucaramanga, dónde se encontrarían al día siguiente, según cita que convinieron, y por lo cual le pagaría. Al punto k): Cuando quedó concertado el transporte del vehículo nos fuimos los tres, es decir, Francisco Gutiérrez, Miguel Angel González y yo al sitio donde se encontraba el jeep. Miguel Angel González lo revisó, lo anduvo ensayándolo y enseguida Francisco Gutiérrez le entregó la cantidad de cincuenta pesos para gastos de viaje. Al punto l): Sí se presentó el percance de que cuando estábamos en el sitio donde se encontraba el jeep llegaron tres agentes de policía a hacernos abandonar el sitio por ser propiedad particular y no haber permiso para entrar allí, ante lo cual el señor Francisco Gutiérrez hubo de darle satisfacciones. Al punto ll): Debo aclarar este punto en el sentido de explicar que una vez ocurrido lo dicho anteriormente, y entregado el jeep a Miguel Angel González, todos tres nos volvimos hacia Bogotá, en el mismo vehículo y cuando llegamos a esta ciudad nos despedimos".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal al emitir su opinión sobre el recurso impetrado solicita de la Corte una decisión negativa, puesto que el recaudo probatorio que sirvió para la sentencia condenatoria continúa en firme, a pesar de las pruebas aportadas dentro de la revisión, que nada nuevo establecen porque se trata de testimonios amañados y sospechosos.

El intento de demostrar que el reo, a la hora de la comisión del delito, se encontraba en lugar distinto, así como el de establecer que condujo el automotor por órden de un supuesto doctor Gutiérrez, personaje inexistente, resultó fallido.

Estas apreciaciones del Ministerio Público, en un todo acertadas, le permiten concluir que en el caso de autos el recurso de revisión no puede prosperar.

CONSIDERA LA CORTE:

1º. Es evidente, a la sola lectura de las declaraciones traídas para la demostración de la causal 5ª. de revisión, que esa prueba se resiente de artificiosa, pues de otra manera resulta inexplicable que en el curso del juicio no se hubiera solicitado su práctica. Además, resulta más increíble que el personaje que ha venido figurando como el doctor Francisco Gutiérrez, a la hora de ahora, continúe siendo una incógnita y que se pretenda su existencia para dar por verdadera la cualificación de González Vásquez.

2o. Con los testimonios aludidos no es dable hablar que ellos establezcan la inocencia del reo o su irresponsabilidad, o que constituyan indicios graves en el mismo sentido.

El recurso de revisión, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, fuera de no ser una tercera instancia, es un recurso el más exigente, pues para atacar la cosa juzgada es necesario establecer con fuerte evidencia el error judicial, consistente en la condenación de la persona inocente o irresponsable.

El pretender con testimonio cuyo origen es sospechoso y cuyo contenido no tiene explicación satisfactoria, que una sentencia o un proceso se revisen, sería desvirtuar en sus propios fundamentos y fines el recurso extraordinario de revisión.

3o. La Sala comparte plenamente el criterio expuesto por su distinguido colaborador y de acuerdo con él denegará la revisión.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DENIEGA** el recurso extraordinario de revisión a que se ha hecho mérito y **ORDENA** devolver el proceso original y la actuación cumplida en la Corte al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase, Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Srio.

DELITO DE ROBO CALIFICADO

Llave legítima, usada ilegítimamente. Nuevo concepto sobre el verdadero sentido de la expresión empleada por el juzgador cuando califica el robo por el uso de llaves "sustraídas o falsas". Robo con escalamiento de muros. Circunstancias de agravación del hurto para la individualización de la pena. Pena imponible.

1. Dice el art. 404 del Código Penal que "la pena del robo será de tres a catorce años de presidio" cuando para cometerlo se hiciere uso de "llaves sustraídas o falsas ganzúas o cualquier otro instrumento similar". (Numeral 3o., parte final).

Y han considerado los intérpretes que aquella circunstancia de calificación del robo se presenta, no sólo cuando la llave usada para penetrar a un lugar, es una llave falsa, o es la llave legítima, sustraída en forma oculta o maliciosa, sino también en aquellos casos en que poseyéndose la llave legítima, se hace uso ilegítimo de élla.

Se trata, como se ve, del "empleo de un medio mecánico fraudulento en la comisión de un delito, lo que viene a provocar la calificación", como indica Rendón Gaviria, en su obra "Derecho Penal Colombiano".

Tal tesis, sin embargo, ha sido puesta en duda, pues se ha creído que la llave legítima, usada ilegítimamente no es elemento de calificación del delito de robo. Así lo entiende, por ejemplo, el señor Agente del Ministerio Público cuando dice que "la simple lógica, como lo demuestra la relación de hechos efectuada por la Procuraduría, hacer ver que no hubo lugar al empleo o uso de llaves diferentes a las dos legítimas que le habían sido confiadas al celador-aseador que traicionó sus deberes. Así sea en poder de este celador hubieran sido encontradas otras llaves, verdaderas o falsas". Y agrega el funcionario que "la observación del señor demandante es, pues, fundamentada y cierta, pero su consecuencia es de muy poca significación".

Se anota esta circunstancia, porque es preciso que se vaya abriendo campo a un nuevo concepto, si así puede decirse, sobre el verdadero sentido de la expresión usada por el legislador, cuando califica el robo por el uso de llaves "sustraídas falsas".

Para la Corte es indudable que el uso de las llaves legítimas, esto es, de las que son o pertenecen al dueño, en forma indebida, tipifica el robo dentro de las previsiones del art. 404 del C. P. Por tanto, el uso de las llaves por parte de uno de los procesados, hizo que el delito fuera un típico caso de robo, y en manera alguna un hurto agravado.

2. La doctrina y la jurisprudencia tienen establecido que "para los efectos de la agravación no se hacen distinciones entre escalamiento interno o externo, como tampoco si se hace para la comisión del delito o después de cometido". Fuera de éllo, ha de tenerse en cuenta que el escalamiento califica el robo, sin necesidad de que éste sea en lugar habitado o de sus dependencias inmediatas.

El escalamiento, realmente, no implica siempre violencia. Pero el legislador, por una simple ficción, ha asimilado medios como éste, a la fuerza o violencia que puede hacerse contra las cosas. Pero no siempre se emplea la fuerza para escalar. Ello no quiere decir que el escalamiento no sea uno de los elementos tipificadores del delito de robo

calificado. Y ello por la razón potísima de que el legislador estimó tal circunstancia, para aquel fin, en el numeral 3o. del art. 404 del C. P. Se diría que la Ley finge o presume que el escalamiento es una violencia que se hace contra las cosas.

3. La Corte ha sostenido, en repetidos fallos, que cuando el delito de robo se comete con la concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias previstas en el art. 404 del C. P., la pena imponible debe ser la señalada por esta disposición, con prescindencia de los motivos de agravación contemplados en los arts. 400, 401 y 403 del mismo estatuto.

Ahora bien: en la sentencia de que se trata se impuso a cada uno de los procesados una pena principal de siete años, tres meses y quince días de presidio. Se atendió a lo dispuesto por el art. 404 del C. P., en armonía con lo dicho por el Decreto 2184 de 1.951. Sobre el mínimo aplicable se hizo un aumento en razón de tratarse de un delito continuado y para dar cumplimiento al art. 32 del estatuto de las penas. Fuera de lo anterior, se sumaron tres meses y quince días más de presidio, por haber considerado el Tribunal que podía tenerse en cuenta el art. 403 del C. P., para individualizar la sanción.

Hubo, pues, un error de interpretación de las disposiciones mencionadas, el que será corregido en la parte resolutiva de este fallo.

"Pero como la pena aplicable lo ha sido en el mínimo -enseña el señor Procurador- tanto por la disposición especial (art. 404) como por la accesoria (art. 32), la pena no podrá disminuírse sino apenas en tres meses y quince días".

Las circunstancias de agravación del hurto, que señala el recurrente, son claras en este caso. De ahí que el Tribunal, aunque con error, las hubiera tenido en cuenta para individualizar la pena. Esa existencia no quiere decir que no esté tipificado el delito de robo con escalamiento de muros y por el uso indebido de "llaves sustraídas o falsas" a que se refiere el numeral 3o. del art. 404 del C. P.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, enero veintitrès de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

Por sentencia de 11 de diciembre de 1.962, el Tribunal Superior de Pereira condenó a Reinaldo Pino Lenis, Alberto Rivera López y Luis Enrique de la Cuesta a siete (7) años, tres meses y quince (15) dias de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de robo, confirmando así la proferida por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, el 13 de octubre de igual año.

Contra la mencionada providencia interpusieron recurso de casación los procesados.

Sustanciado éste, en la Corte, en legal forma, es el momento de decidir.

RELACION DE HECHOS:

La Corte acoge la relación de hechos presentada por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, pues ella corresponde exactamente a lo referido en estos cuadernos.

Dice así:

"El señor Héctor Villa Osorio es propietario de un edificio de tres (3) pisos, sótano y azotea, situado en la carrera 11 con la calle 18 de la ciudad de Pereira, edificio que explota en la siguiente forma; en el primer piso funcionan, con entrada especial e independiente, las oficinas del negocio o establecimiento, también de su propiedad, denominado "Depósito General de Drogas", cuya bodega o almacenamiento de existencia se halla ubicado en el sótano del mismo edificio, precisamente debajo de las oficinas mencionadas, teniendo como única entrada la que se halla dentro de las mismas oficinas, aunque tuviese acceso o salida a un patio o 'vacío' del propio edificio, situado en la parte interior de éste, cuyo fin exclusivo es el de permitir luz natural y ventilación a toda la construcción, razón por la cual no tenía o tie-

ne ningún otro medio normal de acceso que el ya citado a través del sótano-bodega.

"Los dos pisos restantes de la edificación, segundo y tercero, también con una entrada especial conjunta para éllos, están divididos, en apartamientos con frente sobre la vía pública y fondo sobre el patio o vacío ya citado, destinados a arrendamiento y ocupados por varios inquilinos.

"En la madrugada del día 21 de enero de 1.962, domingo, a eso de las 4 de la mañana, fueron sorprendidos por unidades de la Policía uniformada, a virtud de llamada telefónica que hicieron los esposos Petzult, inquilinos de uno de los departamentos del segundo piso, los sujetos ALBERTO RIVERA LOPEZ, quien era aseador del **edificio** y celador parcial del mismo; LUIS ENRIQUE DE LA CUESTA, quien había sido en un tiempo anterior también aseador del edificio, y REINALDO PINO LENIS de profesión farmaceuta sin título, y quien fue empleado del "**Depósito** General de Drogas" como telefonista y separador de drogas, ya que en esto, según palabras del señor Villa Osorio, es un 'experto'.

"La llamada telefónica hecha a la policía por los esposos Petzult, se debió a que éstos casualmente se dieron cuenta de que a esas horas tan insólitas ocurrían unos hechos más insólitos aún, como el de ver que por frente a la ventana de su apartamiento que daba al patio interior del **edificio**, subía y bajaba un grueso cable de los denominados 'manilas, al cual iba, primero amarrado un fardo, y, luego, asido un sujeto, a quien no pudieron distinguir y que llevaba los pies descalzos.

"Todos los tres sujetos mencionados fueron sorprendidos descalzos y escondidos debajo de los varios lavaderos de ropa instalados en la azotea para el uso de los inquilinos de los pisos segundo y tercero. Además, allí mismo se halló la manila de que se ha hablado atras; un fardo empacado en una caja de cartón contentivo de drogas de las almacenadas en el sótano del **edificio**; un lazo o cuerda de la misma extensa longitud de la manila; una gran cantidad de drogas provenientes de la bodega del 'Deposito General de Drogas', esparcidas por el suelo; otra buena cantidad de las mismas dentro de un costal, y, finalmente, las ropas exteriores de los sujetos mencionados, quienes se hallaban en paños menores no obstante el frío matinal, despojo que, obviamente, se comprende tendía a evitar, en caso de ser vistos pero no capturados, que pudieran ser identificados por las vestiduras.

"En el pantalón perteneciente a Rivera López se encontraron, junto con otras llaves acondicionadas burdamente, las dos que a dicho individuo le había entregado el dueño del **edificio** para el más cómodo y oportuno desempeño de sus labores de aseador de una parte del inmueble, vale decir: la llave de la puerta de ingreso a los pisos de apartamientos y la llave de la puerta de la azotea donde están los lavaderos de ropa y secaderos, de cuya puerta los inquilinos también tenían sus réplicas para poder usar de los servicios allí instalados.

"Con tales llaves Rivera López tenía entrada a dicha azotea, junto con sus compañeros, y sentar allí su base de operaciones para poder llegar hasta los sótanos o **bodega** del **edificio**, donde se mantenían las existencias del "Depósito General de Drogas", ya que de éste, es decir, de las **oficinas**, no tenía llave alguna y por esta vía no podía penetrar a la bodega o almacén.

"Así, pues, que para poder penetrar a éste y poder sustraer lo que allí se encontraba protejido, no tenían los delincuentes otra vía o conducto diferente de la que fue usada por éllos, esto es, descolgarse desde la azotea por el patio o vacío y por allí mismo ascender con su botín, tal como fueron vistos por los esposos Petzult, lo confesó debida y legalmente el citado Rivera López y lo acreditan las diligencias de inspección ocular que se practicaron.

"Todo esto es muy claro si se tiene en cuenta lo que dicen tanto el dueño del **edificio** y del "Depósito General de Drogas", como el propio incriminado confesante.

"En efecto, dijo el primero:

"....uno que responde al nombre de Alberto Rivera López, quien desde abril 16 de 1.961 desempeña el cargo de Vigilante Exterior del establecimiento, de las doce del día a las 2 de la tarde y de las siete de la noche hasta las 8 de la noche, es decir, tres horas diarias, pues durante la noche es otra persona la encargada de la vigilancia, dependiente de la "Vigilancia Comercial", además de esto Rive-

ra López es quien efectúa el aseo de las oficinas del "Depósito General de Drogas" SIEMPRE DESPUES DE ABIERTO Y MIENTRAS SE DESARROLLAN LAS ACTIVIDADES NORMALES, como también efectúa el aseo de los pasillos y gradas del edificio en los altos del Depósito. (fl. 1o. cuad. 1o.)".

"....Pues Alberto Rivera, uno de los sindicados es mi empleado encargado de hacer el aseo en los pasillos del edificio, y por lo tanto le había entregado una llave del portón principal de la entrada del edificio, y una segunda llave para la puerta que da acceso a la terraza, sitio donde fueron sorprendidos. Explico que los ladrones utilizaban una manila decomisada a ellos mismos, para bajar y por el vacío del edificio hasta el sótano del mismo, lugar en donde se almacenan las drogas sustraídas; en las paredes dejaron huellas de manos y de pies que pueden ser observadas facilmente".(fl. 18 vto. id. Véase además la Inspección Ocular del fl. 108).

"Y manifestó el segundo, a la hora de ampliar su indagatoria:

"**Preguntado**: Díganos, si no tiene inconveniente, en qué forma se hacía la sustracción de las drogas y quién dió la forma de sustracción? **Contestó**: La forma fue la siguiente: el señor Pino, que por el momento no podia participar de ese primér daño, ideó una especie de plano de la **bodega** del "Depósito General de Drogas", señalando las partes donde se encontraban la mejor existencia de dichas drogas. Entonces en ese primer viaje bajó a la bodega el señor Enrique de la Cuesta. El señor Pino al ver la calidad de droga que había sacado..... se enojó. Entonces propuso que él tenía que ir directamente y bajar para que dejaramos de ser brutos y viéramos la calidad de droga que él sacaba. Y efectivamente así se dispuso para que a los quince días él -Reinaldo Pino- bajara a la bodega y así fue hecho en adelante, Pino siguió él mismo sacando las drogas de la **bodega-sotano** del local. Y nosotros dos, Enrique y yo, nos acupabamos únicamente en ayudarle a recibir la droga en la terraza. La sustracción se hacía en la forma siguiente: se subía a un muro Reinaldo Pino, y de ahí nosotros extendíamos una manila que bajaba hasta la **bodega**; luego cuando ya Reinaldo Pino bajaba allá, amarraba a la manila y con un lazo un costal lleno de droga y nosotros yo y Enrique tirábamos la manila hasta que subía el costal. Toda la droga se sacó en esa forma. Ese muro donde nos parabamos a que hago mención pertenece a la terraza del mismo **edificio** de la **bodega** de drogas. El señor Reinaldo Pino no ignoraba que yo poseía dos llaves que daban acceso al **edificio**, a la puerta principal y a la puerta de la terraza, pues dichas llaves me las había entregado el señor Villa para hacer el aseo permanente y hacer las veces de portero del **edificio**. El señor Reinaldo Pino fue el que ideó la manera de sustraer la droga porque él era conocedor del **edificio**, pues había trabajado en el Depósito a órdenes del señor Villa. "(Fl. 278 id)".

DEMANDAS DE CASACION:

Los tres procesados, por medio de apoderados, formalizaron el recurso con demandas, que se acomodan a los términos legales respectivos, pues en ellas los demandantes invocan la personería con que obran, especifican claramente la sentencia acusada, se hace una descripción de los hechos que dieron origen al proceso y de la forma en que se procedió por las autoridades hasta llevarlo al estado actual, y se presentan, en capítulos separados, las causales de casación que se invocan, las que son sustentadas, de acuerdo con el criterio de los demandantes.

De esta suerte, el Dr. Carlos E. Camacho, apoderado de Luis Enrique de la Cuesta, trae contra la sentencia, las causales segunda y primera, y funda aquélla en dos cargos diferentes, como se verá luego. El Dr. Melo Cifuentes, apoderado de Alberto Rivera López, señala las mismas causales de casación y sustenta la segunda en tres distintas razones. Finalmente, el Dr. Pernia, apoderado de Reinaldo Pino Lenis, sigue la ruta de los anteriores, pero dando a la causal segunda cinco motivos.

Las tres demandas llegan exactamente a las mismas conclusiones, y como resultado de éllas, se formulan las siguientes solicitudes:

Por lo que toca con la causal segunda, el Dr. Camacho E. quiere que la Corte "**invalide**" la sentencia recurrida, y dicte en su lugar la que debe reemplazarla, que en mi concepto deberá ser por el delito de hurto, de confor-

midad con lo dispuesto en el artículo 398, del C. Penal".

La causal primera, en su concepto, traerá como resultado la invalidación de "la sentencia recurrida, y dicte en su lugar la que debe reemplazarla", pues "el aumento (de pena) que se hizo, no consulta, la equidad, ni la recta aplicación de las normas sustantivas aplicables".

El Dr. Melo Cifuentes pretende, frente a la causal segunda, que "la H. Corte considere los hechos delictuosos cometidos por el procesado Alberto Rivera López como constitutivos del delito de hurto agravado" y pide a la misma "que case la sentencia recurrida y dicte en su lugar la que deba reemplazarla, al tenor de lo dispuesto por el artículo 570, ordinal a)".

Y refiriéndose a la causal primera afirma "que el aumento que hizo el H. Tribunal Superior en la sentencia recurrida, no consulta la equidad, ni la recta aplicación de la ley penal sustantiva" y que, en consecuencia, debe casarse el fallo, para dictar, en su lugar, el que fuere del caso.

El Dr. Pernia pide a la Corte que "invalide la sentencia impugnada por medio de la presente demanda y con fundamento en los cargos anteriormente formulados contra el fallo dentro del marco de la causal 2a. de casación....." y que se dicte el que deba reemplazarlo.

Con relación a la causal primera, dice:

"Acuso la sentencia del H. Tribunal Superior que condenó a Reinaldo Pino Lenis por indebida aplicación de los artículos 398 y 399 del Código Penal, por cuanto que el delito de robo quedó debidamente reprimido con la aplicación del artículo 404 del mismo Código. En consecuencia, pido a la H. Corte que invalide el fallo acusado de injuridicidad, y dicte en su lugar el que deba reemplazarlo, al tenor de lo dispuesto por el artículo 570 del C. de P. P.".

"Como se ve -dice el señor Procurador- las tres demandas coinciden en los mismos puntos, temas y solicitudes, y al aducir la causal primera de casación en relación con la cantidad de la pena asignada a los condenados por el delito de robo, admiten la existencia de este delito y solo protestan por la pena impuesta porque con relación al cuestionado delito se aplicaron disposiciones legales de agravación que solo juegan con el delito de hurto".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Como se dijo antes, las tres demandas invocan las mismas causales de casación, las sustentan en motivos semejantes y concluyen con peticiones similares.

Primera demanda: Es la presentada por el señor apoderado de Luis Enrique de la Cuesta. Dos causales de casación se invocan en élla: la **segunda** y la **primera** de las señaladas en el artículo 567 del C. de P. P.

Causal segunda. Errada interpretación o apreciación de los hechos. Con base en esta causal se hacen dos cargos a la sentencia, así:

1o. Aparece resumido en estos términos:

"Impugna la sentencia del Honorable Tribunal Superior de Pereira que condenó al procesado Luis Enrique de la Cuesta por el delito de robo agravado, en razón de que el Honorable Tribunal le atribuyó un valor probatorio que no tiene, al hecho de que a los procesados les fueron encontradas dos llaves verdaderas que habían sido entregadas en forma voluntaria por el denunciante Villa Osorio a uno de los imputados, quien precisamente era su empleado, al señor Alberto Rivera, y algunas otras llaves que no servían para abrir las puertas de entrada al edificio y a la terraza, atribuyéndoles, repito, la calidad de 'llaves sustraídas o falsas'. Acaso está comprobado que la entrada al edificio la obtenían los imputados, mediante el empleo de las llaves que no habían sido entregadas al sindicado Rivera para el desempeño de sus labores de celador del edificio ?. No, porque precisamente la inspección ocular dejó muy en claro que todas las otras llaves, distintas a la número C-122, marca Cord, no sirven para nada".

SE CONSIDERA:

Dijo el denunciante, y así lo admitió el procesado Rivera López, que este tenía dos llaves del edificio, en donde se consumó el delito. La una correspondía a la puerta principal del mismo y la otra a la terraza, en donde, por así decirlo, los amigos de lo ajeno habían establecido su cuartel de operaciones. No

obstante haber encontrado en poder de Rivera otras llaves contrahechas, es lo cierto que, para penetrar a la propiedad de Villa, se hizo uso de la llave legítima.

Aquellas llaves, que no servían, desde luego, para penetrar al lugar en donde se encontraban las drogas, estaban en poder de Rivera, porque este era el sujeto a quien se había confiado el aseo de las oficinas y de las zonas comunes del edificio, como las escaleras y azotea. Además, este sindicado atendía a la vigilancia de 12 del día a 2 de la tarde y de 7 a 8 de la noche. El aseo se hacía todos los días, y en las oficinas, cuando éstas estaban ya abiertas y en éllas se encontraba el personal correspondiente.

Por consiguiente, Rivera López estaba facultado para hacer uso de las llaves legítimas, que se le habían entregado, para fines determinados y en horas también determinadas. Cualquier otro uso de esas llaves era ilegítimo.

Dice el artículo 404 del C. P. que "la pena del robo será de tres a catorce años de presidio" cuando para cometerlo se hiciere uso de "llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar". (Numeral 3o., parte final).

Y han considerado los intérpretes que aquella circunstancia de calificación del robo se presenta, no solo cuando la llave usada para penetrar a un lugar, es una llave falsa, o es la llave legítima, sustraída en forma oculta o maliciosa, sino también en aquellos casos en que poseyéndose la llave legítima, se hace uso ilegítimo de ella.

Se trata, como se ve, del "empleo de un medio mecánico fraudulento en la comisión de un delito lo que viene o provocar la calificación", como indica Rendón Gaviria, en su obra "Derecho Penal Colombiano".

Tal tesis, sin embargo, ha sido puesta en duda, pues se ha creído que la llave legítima, usada ilegítimamente, no es elemento de calificación del delito de robo. Así lo entiende, por ejemplo, el señor Agente del Ministerio Público, cuando dice que "la simple lógica, como lo demuestra la relación de hechos efectuada por la Procuraduría, hace ver que no hubo lugar al empleo o uso de llaves diferentes a las dos legítimas que le habían sido confiadas al celador-aseador que traicionó sus deberes. Así sea en poder de este celador hubieran sido encontradas otras llaves, verdaderas o falsas". Y agrega el funcionario que "la observación del señor demandante es, pues, fundamentada y cierta, pero su consecuencia es de muy poca significacion".

Se anota esta circunstancia, porque es preciso que se vaya abriendo campo a un nuevo concepto, si así puede decirse, sobre el verdadero sentido de la expresión usada por el legislador, cuando califica el robo por el uso de llaves "sustraídas o falsas".

Para la Corte es indudable que el uso de las llaves legítimas, esto es, de las que son o pertenecen al dueño, en forma indebida, tipifica el robo dentro de las previsiones del artículo 404 del C. P. Por tanto, el uso de las llaves por parte de Rivera López, uno de los procesados, hizo que el delito fuera un típico caso de robo, y en manera alguna, un hurto agravado.

Fuera de ello, para el apoderamiento de las drogas de propiedad del señor Villa, los ladrones tuvieron que escalar muros dentro de las dependencias de lugares habitados, esto es, debieron llegar al depósito, por "una vía no destinada normalmente a éllo".

En el caso que se estudia, los ladrones hicieron uso de imaginación, de habilidad y de esfuerzo para burlar las barreras que defendían una determinada propiedad. Y salvando los muros por medio de una conocida escala -los lazos o manilas- se apoderaron, en repetidos actos, tal como lo narra Rivera López, de buenas cantidades de drogas.

No ha incurrido, por tanto, en error el Tribunal Superior de Pereira, al calificar el delito, como un robo, y dentro de las previsiones del artículo 404 del Código Penal.

2o. El segundo de los cargos aparece enunciado así:

El Tribunal erró al atribuir "un valor probatorio que no tiene el hecho de que la droga la sacaron los delincuentes valiéndose de un cable o "manila", para subir dicha droga a la terraza del edificio y luego sacarla a la calle. Tal hecho fue calificado por el H. Tribunal como "escalamiento" con el fin de agravar la pena al procesado".

Y se agrega que no hay escalamiento sino cuando "el delincuente coloque una escala por la parte exterior del edificio para introducirse en él". "Si dichos actos se ejecutan ya estando la persona dentro del edificio, máxime cuando una de tales personas desempeña las funciones de celador, tal agravante desaparece, para dejar campo a la figura contemplada (sic) en el numeral 4o. del artículo 398 del C. P., es decir, ejecutando los actos "de noche o introduciéndose en edificios o lugares destinados a habitaciones".

Se responde:

La doctrina y la jurisprudencia tienen establecido que "para los efectos de la agravación no se hacen distinciones entre escalamiento interno o externo, como tampoco si se hace para la comisión del delito o después de cometido". Fuera de ello, ha de tenerse en cuenta que el escalamiento califica el robo, sin necesidad de que éste sea en lugar habitado o de sus dependencias inmediatas.

El escalamiento, realmente, no implica siempre violencia. Pero el legislador, por una simple ficción, ha asimilado medios como éste, a la fuerza o violencia que puede hacerse contra las cosas.

Está, así, en lo cierto el Tribunal sentenciador, cuando consideró que los medios de que se valieron los ladrones para apoderarse de las drogas -uso de lazos o manilas- para establecer una especie de ascensor, dentro del edificio y en el vacío que sirve de zona de ventilación al mismo, es elemento tipificador del delito de que se trata y hace que éste no sea un simple hurto, sino un robo.

Sin que valga alegar, como indica la Procuraduría que "en desempeño de tales funciones, el celador bien podía subir a la terraza del edificio, subir y bajar por los muros, y en fin, ejecutar todos los actos propios de una función de tal naturaleza", "pues a las cuatro de la mañana de los días domingos, no estaba Rivera López en ejercicio de sus funciones, que se limitaban a otras horas, diurnas y vespertinas, no nocturnas; en los días de la semana, no los domingos; obrar sólo, no acompañado; a determinada parte del edificio, no a las bodegas de los sótanos, etc. etc ".

No es válido el cargo.

causal primera. Errada interpretación o aplicación de la ley penal. Aparece planteada en estos términos:

"El H. Tribunal en la sentencia recurrida tomó las modalidades del robo agravado contemplado en el artículo 404 del C. Penal en forma equivocada, para condenar al procesado Luis Enrique de la Cuesta a la pena de siete años, tres meses de presidio, dándole por tal motivo, indebida aplicación a esta norma sustantiva, cuando la norma aplicable al caso de autos, lo era el artículo 398 del mismo Código, en el peor de los casos, pero no aplicarlas ambas a la vez.

"....El H. Tribunal sentenciador no podía tomar en cuenta para agravar la pena impuesta al procesado, las modalidades específicas del delito de hurto, previstas en los artículos 398 y 399 del C. Penal, en razón de que al tomar en cuenta para la condena el artículo 404 del mismo Código, por este solo aspecto quedaba debidamente reprimido el delito de robo en sus manifestaciones más graves, y el aumento previsto en la sentencia, no consulta la equidad en cuanto a la dosificación de la pena".

SE CONSIDERA:

La Corte ha sostenido, en repetidos fallos, que cuando el delito de robo se comete con la concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 404 del C. P., la pena imponible debe ser la señalada por esta disposición, con prescindencia de los motivos de agravación contemplados en los artículos 400, 401 y 403 del mismo estatuto.

Ahora bien: en la sentencia de que se trata se impuso a cada uno de los procesados una pena principal de siete años, tres meses y quince días de presidio. Se atendió a lo dispuesto por el artículo 404 del C. P. en armonía con lo dicho por el Decreto 2184 de 1.951. Sobre el mínimo aplicable se hizo un aumento, en razón de tratarse de un delito continuado y para dar cumplimiento al artículo 32 del estatuto de las penas. Fuera de lo anterior, se sumaron tres meses y quince días más de presidio, por haber considerado el

Tribunal que podría tenerse en cuenta el artículo 403 del C. P., para individualizar la sanción.

Hubo, pues, un error de interpretación de las disposiciones mencionadas, el que será corregido en la parte resolutiva de este fallo.

"Pero como la pena aplicable lo ha sido en el mínimo -enseña el señor Procurador- tanto por la disposición especial (art. 404) como por la accesoria (art. 32), la pena no podrá disminuirse sino apenas en tres meses y quince días".

Prospera, por consiguiente, en parte, esta causal de casación.

Segunda Demanda: Fue presentada por el apoderado de Alberto Rivera López, y en ella se aducen dos causales de casación: la segunda y la primera.

Aquella es sustentada en tres razones distintas, así:

Primera razón: "El error del Tribunal consistió en que le atribuyó en la sentencia el valor de llaves falsas o sustraídas a las llaves que le habían sido entregadas por Héctor Villa Osorio para el aseo de las dependencias del edificio. La entrada al edificio la logró con les llaves verdaderas y no con las "hechizas" que son inidóneas".

Segunda razón: "El error del Tribunal sentenciador consiste precisamente en atribuirle un valor probatorio que no tiene a la mencionada acta de Inspección Ocular, porque si como dejaron en claro los peritos, las llaves "hechizas" entran a las puertas, pero no giran, claro está que no son elementos idóneos para la consumación del delito, puesto que sus mismas condiciones constatadas por los peritos, las hacen idóneas para consumar el delito. Además, el Tribunal no cayó en cuenta que Alberto Rivera López no tenía necesidad de hacer uso de tales llaves "hechizas", en razón de que él teniendo en su poder las que le había entregado voluntariamente el Sr. Villa para el aseo de las oficinas y la terraza, e hiciera las veces de portero del mismo edificio, lógicamente no tenía necesidad de hacer uso de otras llaves".

Tercera razón: "En el caso de autos, está perfectamente demostrado que Alberto Rivera tenía un contrato de prestación de sus servicios con el señor Héctor Villa Osorio, y por tal motivo, tenía pleno derecho de recorrer todas las dependencias del edificio en sus funciones de celador, luego los agravantes del delito de robo, tomadas en cuenta por el Honorable Tribunal, también desaparecen por este aspecto, por cuanto que en ejercicio de sus funciones podía subir a la terraza, descender de ella por los sitios que él quisiera, es decir, subir y bajar las paredes del edificio haciendo uso de todos los medios a su alcance, sin que se estructurara ningún delito.

".....El H. Tribunal Superior en la sentencia recurrida desconoció el valor probatorio que tienen las cuatro circunstancias debidamente acreditadas dentro del expediente, configurativas del delito de hurto agravado, previsto en el artículo 398 del C. P., tal como lo dejé anteriormente demostrado, para en su lugar atribuírles un valor probatorio que no tienen, las dos circunstancias agravantes del delito de robo, a que hace expresa mención el Tribunal en la sentencia recurrida, y que son las llaves falsas y el escalamiento".

Se contesta:

Las razones expuestas por el Dr. Melo Cifuentes para impugnar la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, con base en esta causal, son, en el fondo, las mismas aducidas por el Dr. Camacho E.

Pudiera, pues, repetirse brevemente lo dicho antes, al responder los cargos hechos en la primera demanda. Rivera López tenía las llaves del edificio del señor Villa y estaba autorizado a usarlas, pero únicamente para cumplir las funciones a él asignadas, en los días y horas señalados y sin que pudiera recurrir a otras personas, salvo casos excepcionales. Pero no tenía facultad para usar indebidamente las llaves legítimas.

Para consumar el robo, los ladrones tuvieron que escalar muros contiguos a unas habitaciones. Ello y el uso indebido de llaves hizo que el delito tomara calificación especial y no pudiera considerarse como un simple hurto o un hurto agravado, y sí, en cambio, como un robo calificado.

Por consiguiente, esta causal no tiene asidero legal.

Causal primera. Expuesta como subsidiaria, fue planteada así:

"El H. Tribunal de Pereira incurrió en 'tiranía' al aplicar al procesado Alberto Rivera López las normas sustantivas señaladas por la ley penal para sancionar el delito de hurto agravado en concurrencia con la aplicación también de las mismas normas establecidas para sancionar el delito de robo agravado.

"La H. Corte tiene abundante jurisprudencia sobre especiales puntos de derecho, a los cuales deberán sujetarse los Tribunales Superiores. La H. Corte, en sentencia de reciente data, sostuvo que cuando un Tribunal Superior sanciona el delito de robo agravado con la norma prevista en el Art. 404 del C. P., no deberá aplicar a un mismo tiempo los artículos 398 y 399 del mismo Código, porque se incurre en indebida aplicación de la ley penal sustantiva, por cuanto al aplicarse el artículo 404 del C. P. el delito queda reprimido en sus manifestaciones más graves, y el otro aumento establecido por los artículos 398 y 399 del mismo Código, que son modalidades agravantes del delito de hurto, la sentencia contraría el espíritu de equidad y restricción que siempre nuestros jueces han tenido en cuenta para la correcta aplicación de nuestro Código de las penas".

Se contesta:

En verdad, y como se explicó antes, el Tribunal Superior de Pereira incurrió en error al aumentar la pena correspondiente al delito de robo calificado (art. 404), teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el artículo 403. La pena imponible era la señalada en la disposición primeramente citada, con prescindencia de los motivos de agravación que señala la segunda.

Y como el aumento indebido alcanzó a tres meses y quince días, en la misma proporción se hará la rebaja correspondiente, al corregir el error.

Prospera, pues, esta causal.

Tercera demanda: Aparece firmada por el señor apoderado de Reinaldo Pino Lenis. Las causales invocadas en ella son también la segunda y la primera.

Con base en la causal segunda -error en la interpretación o apreciación de los hechos- esta demanda hace cinco cargos contra la sentencia, así:

Primero. Dice el demandante que el Tribunal erró cuando desechó las afirmaciones del denunciante y de Rivera López, en lo relativo a la "relación de prestación de servicios que existía entre ellos".

Se contesta:

Al contrario. Por aceptar la subordinación de Rivera a Villa y la posesión por parte de aquel de las llaves legítimas de las puertas de entrada al edificio y a la azotea, el Tribunal juzgó que debía dar aplicación, al señalar la pena a lo dispuesto en el artículo 403 del C. Penal.

Lo que no se admitió, en cambio, fue que Rivera López, por ser empleado de Villa, estuviera facultado para usar en forma arbitraria las llaves legítimas y escalar los muros de la construcción.

Segundo. El demandante afirma que el Tribunal dió valor al hecho de haberse encontrado en poder de los procesados algunas llaves "hechizas", cuando en realidad tales llaves no servían para abrir las puertas, fuera de que los reos no tenían necesidad de ellas, pues las legítimas estaban en poder de Rivera López.

Se contesta:

El Tribunal tuvo en cuenta para calificar el robo dos circunstancias: el uso de llaves falsas y el escalamiento. Y ya se dió la razón para aceptar estas circunstancias calificadoras del delito.

Tercero. "El H. Tribunal sentenciador desechó los elementos constitutivos del delito de hurto agravado, que son los que tienen existencia procesal, para en su lugar, dar por acreditados en el proceso los elementos constitutivos del delito de robo agravado, expresamente consagrados en el artículo 404 del Código Penal".

Se responde:

Las circunstancias de agravación del hurto, que señala el recurrente, son claras en este caso. De ahí que el Tribunal, aunque con error, las hubiera tenido en cuenta para individualizar la pena. Esa existencia no quiere decir que

no esté tipificado el delito de robo con escalamiento de muros y por el uso indebido de "llaves sustraídas o falsas", a que se refiere el numeral 3o. del artículo 404 del C. P.

Cuarto. Está expuesto así:

"En el caso de autos tenemos que el Tribunal confundió los elementos tipificadores del delito de hurto previsto en el artículo 398 del Código Penal, con los de robo agravado, contemplados en el artículo 404 del mismo Código".

"Ya vimos que el uso de llaves falsas no tiene respaldo procesal en relación con Reinaldo Pino Lenis, puesto que éste hizo su ingreso por invitación que le hiciera Alberto Rivera López, habiendo empleado Rivera las llaves que le había entregado el señor Héctor Villa Osorio.....".

"Tampoco se puede hablar de escalamiento de los muros, por la sencilla razón de que Alberto Rivera López, en sus funciones de celador podía subir y bajar los muros del edificio cuyas dependencias custodiaba.....".

Se responde:

En ocasiones anteriores, se dijo qué razones asistieron al Tribunal Superior de Pereira para considerar qué, en este caso, se trataba de un robo calificado, y aún prescindiendo del uso ilegítimo de las llaves legítimas por parte de Rivera López.

Se explicó igualmente la base que se tuvo en cuenta para afirmar que el robo se cometió con escalamiento de muros, y por consiguiente, que el delito caía dentro de las previsiones del numeral 3o. del artículo 404 del C. P.

No hay para qué volver sobre lo mismo.

Quinto. Dice el demandante:

"El 5o. y último cargo contra la sentencia recurrida lo hago consistir en que siendo el delito de robo un delito que se tipifica por la violencia, y no estando ésta demostrada dentro del expediente, resulta contrario a la justicia estimar tal elemento, sin estar plenamente acreditado dentro del proceso".

Se responde:

También se indicó antes que no siempre se emplea la fuerza para escalar. Pero ello no quiere decir que el escalamiento no sea uno de los elementos tipificadores del delito de robo calificado. Y ello por la razón potísima de que el legislador estimó tal circunstancia, para aquel fin, en el numeral 3o. del artículo 404 del C. P. Se diría que la ley finge o presume que el escalamiento es una violencia que se hace contra las cosas.

La causal segunda alegada no está demostrada.

Causal Primera: Se acusa la sentencia, en forma subsidiaria, por errada interpretación o aplicación de la ley penal sustantiva, ya que el Tribunal fallador, al aplicar la pena, se atuvo no solo al artículo 404 del C. P., sino también al 403 de la misma obra, y de ahí que hubiera apreciado las circunstancias de agravación señaladas para el hurto en los artículos 398 y 399 de esa obra.

"Con el aumento establecido por el artículo 404 del C. Penal -son palabras del demandante- queda absorvido el delito de robo en sus manifestaciones más graves y la aplicación de las normas establecidas para el hurto agravado, implica tiranía del Tribunal en la dosificación de la pena y manifiesto desconocimiento de la jurisprudencia reiterada de la Corte".

Se responde:

Tiene razón el demandante, en cuanto considera que el aumento de la pena, con base en los artículos 403, 398 y 399 del C. P., no corresponde a una recta interpretación de la ley penal. Como se ha dicho ya, en ocasiones varias, el fallo será parcialmente casado, para efectos de acomodar la sanción a los mandamientos de la ley.

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 Procurador Primero Delegado en lo Penal, **CASA PARCIALMENTE LA SENTENCIA** que ha sido materia de estudio, en el sentido de condenar a ALBERTO RIVERA LOPEZ, REINALDO PINO LENIS y LUIS ENRIQUE DE LA CUESTA, a la pena principal de siete (7) años de presidio, en lugar de los siete (7) años,

tres (3) meses y quince (15) días de igual sanción, que les impuso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Las penas accesorias se sujetarán, en su duración, a la pena principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Gustavo Rendón Gaviria. Primitivo Vergara Crespo, - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO Y ROBO. CAUSALES CUARTA Y PRIMERA DE CASACION

Nulidad de tipo constitucional. Resulta impropio en derecho recurrir a analogías para extender a casos no previstos en el Art. 492 del C. de P. P. Garantía del derecho de defensa. Práctica de pruebas. El planteamiento de la nulidad en las instancias.

1. El primer cargo contra la sentencia del Tribunal, a través de la causal cuarta de casación, referido a una nulidad de tipo constitucional, por haber intervenido como jurado una persona que, para la fecha de la audiencia pública ocupaba un puestc subalterno -sin jurisdicción-, es un cargo inane. En primer lugar, de modo taxativo, el Art. 492 del C. de P. P. indica qué funcionarios públicos "No podrán en ningùn caso ser Jurados", y entre ellos, no aparecen los empleados subalternos de oficinas administrativas. En segúndo término, no es dable equiparar a empleados de este orden con "los funcionarios de cualquier categoría del Organo Judicial", pues estos últimos, como es obvio, son, de acuerdo con la organización judicial del país y su orden constitucoinal y legal, los que en cualquier grado o categoría están vinculados a la administración de justicia.

No hay identidad ni podrìa haberla entre el empleado subalterno de una Alcaldía y el empleado dependiente de un Juez o Magistrado, por lo que resulta impropio en derecho recurrir a analogía para extender a casos no previstos en el artículo 492 del C. de P. P.

2. Las nulidades constitucionales, que la doctrina ha elaborado y que son extrañas a los vicios de procedimiento sancionados por los artículos 198 y 199 del C. de P. P., atienden primordialmente a garantizar el derecho de defensa, que en ocasiones puede ser conculcado sin que en apariencia surja la nulidad simplemente legal.

3. El hecho de no alegar la defensa en la segunda instancia no significa falta de asistencia formal o técnica del abogado, máxime en un juicio con intervención del Jurado. Para incurrir en la nulidad supralegal y poder apoyar la demanda de casación en el artículo 26 de la Constitución, es preciso que el procesado se vea privado de los medios adecuados de defensa hasta el extremo de no poder explicar ni sincerar, si es el caso, su conducta, por intermedio o con la asesoría del abogado, quien al intervenir en el juicio penal acoge el procedimiento y las oportunidades que considera aconsejables para el lleno de su cometido. Alegar o no alegar en la segunda instancia de una causa no es omitir un acto indispensable de defensa, si ya a lo largo del proceso el abogado ha cumplido, a su leal saber y entender, su ministerio.

La práctica de pruebas en la segunda etapa de la causa, cuando se trata de juicios por jurado, carece de objetivos prácticos de defensa, pues por mandato del Código de Procedimiento Penal, sólo son admisibles las que se refieren a los perjuicios civiles, y no interrogar al acusado para los efectos previstos en el artículo 452 del C. de P.P., si bien es una informalidad, no entraña nulidad constitucional. Esa omisión no afecta el derecho de defensa, puesto que el procesado tuvo oportunidad de ser oído en la vista pública de la causa, con todas las garantías que caracterizan los juicios por jurado.

4. Al invocarse la nulidad de la actuación antes del fallo de primera instancia, con fundamento en el artículo 492 del C. de P. P., el Juzgado indirectamente rechazó la solicitud al expresar el sentenciador que

"no se advierten nulidades que pudiera invalidar la actuación". En la segunda instancia también se descartó toda nulidad al admitir el Tribunal que "Los trámites de rigor están cumplidos y no se observa causal alguna de nulidad, pues el juzgamiento se ha realizado con sujeción estricta a los derechos y garantías constitucionales y legales".

El planteamiento de la nulidad en las instancias, sin argumento alguno y con la sola cita del artículo 492 del C. de P. P. no exigía que en los fallos se hiciera capítulo aparte para rechazarla.

5. La causal primera, apoyada exclusivamente en la cuarta, no hay necesidad de analizarla, pues al no prosperar ésta, mal puede hablarse de la violación directa o indirecta de la ley penal sustantiva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, enero veinticuatro de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendòn Gaviria).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por sentencia de 5 de febrero de 1.963, que confirmó la proferida el 21 de agosto de 1.962 por el Juzgado 2o. Superior del mismo Distrito, condenó a JOSE FLORENCIO MUÑOZ ALZATE y MANUEL ANTONIO ZAPATA VELASQUEZ a la pena privativa de la libertad de 17 años de presidio y correspondientes sanciones accesorias, como responsables de los delitos de homicidio y robo.

Los procesados recurrieron para ante la Corte en casación, de cuyo mérito procede a decidirse de fondo en cuanto al que sustentó el recurso. Respecto del otro acusado se hará la declaración de desierto.

ANTECEDENTES

El 11 de agosto de 1.957, en las horas de la noche, en jurisdicción del municipio de Versalles, recibió muerte violenta, con arma punzocortante, el señor Pedro Antonio Echeverri, hecho cuya ejecución se atribuyó a Muñoz Alzate y Zapata Velàsquez, así como el delito de robo del dinero que el occiso portaba.

La investigación se adelantó por el procedimiento indicado en el decreto 0012 de 1.959 pero posteriormente por disposición del Tribunal la actuación se sometió a las normas ordinarias del juicio por jurado.

El veredicto del Jurado fue adverso a los acusados y con base en sus términos se dictó la sentencia condenatoria en la forma ya expresada.

DEMANDA DE CASACION

Sólo el recurrente Josè Florencio Muñoz Alzate sustentó el recurso por medio de apoderado designado para el efecto, quien formuló la demanda de casación en el escrito que obra de fls. 10 a 23 del cuaderno No. 4.

En él, luego de una relación de los hechos y un examen de la actuación procesal, plantea como motivos para la invalidación del falló los previstos en los ordinales 4o. y 1o. del artículo 567 del C. de P. P., si bien la impugnación a través de la causal primera es secuencia de la anterior.

Dice el señor apoderado que "La sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga que es motivo de la presente acusación ante la Honorable Corte, está viciada de la nulidad procedimental prevista por el artículo 26 de la Constitución Nacional que habla de la plenitud de las formas propias de cada juicio que deberán estar (sic) revestidos los procesos penales".

En demostraciòn de su aserto empieza por citar el artículo 492 del C. de P. P. disposición que señala taxativamente las personas que no podrán en ningún caso ser Jurados, para concluir que como en esta causa intervino como tal la señorita Alicia Reyes Ramírez, para entonces empleada oficial de la Alcaldía de Buga, el juicio es nulo porque hubo quebrantamiento o violación de las formas propias del procedimiento.

Su argumentación central es:

".....La investidura oficial de la señorita Reyes Ramírez era una valla moral y jurídica para que interviniera en el juzgamiento del procesado Muñoz Alzate, pues si bien es cierto que dicha señorita no era parte del Organo Judicial, pero estando cobijados los Alcaldes por

la prohibición consagrada en la norma anteriormente citada, lógicamente que también lo están sus inmediatos dependientes de la Alcaldía. Además, la calidad de empleada de esa dependencia oficial que instruye y falla los procesos sometidos a su competencia, como lo es una Alcaldía dentro de nuestro sistema administrativo, cualquier empleado de esa dependencia no deja de tener un "interés directo en la resolución del asunto" (Art. 493 del C. de P. P.), por cuanto que fue la Inspección de Policía de Versalles la oficina que inició la investigación por la muerte del señor Echeverri, razón por la cual la señorita Jurado tenía un interés más o menos directo en que la situación jurídica del señor JOSE FLORENCIO MUÑOZ ALZATE se definiera por medio de un fallo condenatorio para tratar de sancionar el delito imputado y calmar en esa forma la alarma social que tal delito ocasionó en la conciencia ciudadana, siendo éste un deber moral al cual están obligados todos los funcionarios públicos.

"La nulidad invocada no es una de las nulidades previstas por los artículos 198 y 199 del C. de P. P. que son subsanables por el transcurso del tiempo, o por la voluntad tácita de las partes. La nulidad impetrada por medio del memorial visible a folios 27 del cuaderno No. 3, es de las llamadas nulidades constitucionales, previstas en el artículo 26 de la Carta, por cuanto que incide en las formalidades propias del juicio penal. La solicitud elevada por el procesado recurrente ha debido merecer la atención de los juzgadores de instancia, tuviera o nó asidero procesal, y mientras no se hubiera decidido sobre ella, no se podía dictar sentencia condenatoria, y seguir adelante el juicio".

Como segundo cargo, también con invocación de la causal cuarta y con apoyo en el artículo 26 de la Constitución Nacional, el demandante impugna el fallo en razón de que en la segunda instancia la defensa no solicitó la práctica de pruebas en favor de los procesados, ni formuló alegato de conclusión, omisiones constitutivas de nulidad supralegal, en concepto del impugnador. Agrega, además, que entraña grave irregularidad de la actuación no haberse practicado los interrogatorios ordenados por el artículo 452 del C. de P. P.

La causal primera, según se desprende de los argumentos de la demanda, surge a manera de consecuencia de la cuarta, puesto que al proferirse un fallo condenatorio sobre un juicio viciado de nulidad se incurrió en violación indirecta de la ley penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo, "pide que se case la sentencia emitida". Según su criterio, "Lo medular del caso reside en que esta nulidad fue invocada dentro del juicio y no se la consideró, ni por el juez del conocimiento, a quien le fue planteada el 3 de agosto de 1.962, ni por el H. Tribunal Superior de Buga".

Agrega el señor Procurador Delegado:

"Se hace claro, así, que la omisión del Tribunal da frente a una violación de los derechos y garantías procesales que tutela la Constitución, y a la no observancia de la plenitud de las normas propias de cada juicio que impone la norma consagrada en el art. 26. El Tribunal siguiendo jurisprudencia de la Corte, en tal sentido, ha debido resolver el incidente que expresamente se le postuló; solamente de esta manera se hubiera cumplido hasta el límite con el trámite legal que el procedimiento impone. El juicio es obvio, no podía seguirse tramitando, ni debía serlo, sin haberse tomado decisión sobre la nulidad propuesta".

La doctrina de la Corte a que hacen referencia el señor Procurador Delegado y el demandante es la siguiente:

"....No puede un tribunal dejar sin respuesta una nulidad invocada y llenar al mismo tiempo los trámites propios del juicio. Porque sí debe el juzgador dar contestación directa o indirecta a toda solicitud que se le haga, y sólo cuando aparezca meridianamente claro, por las razones expuestas por él, que no pueda tomarse la determinación solicitada, podría llegar a decirse que hubo decisión sobre ese punto, auque éste no hubiese sido concretamente tratado; sin embargo no se ve fácilmente cómo puede darse por decidido un problema de la trascendencia de una nulidad dentro del proceso penal sin aludir siquiera a ella. Al dejar de resolver un incidente, y nó una

solicitud de poco o ninguna incidencia procesal, se llega por medio directo a la conclusión de que el trámite legal del proceso no se cumplió, vale decir que se incurrió en nulidad....."

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1a. El primer cargo contra la sentencia del Tribunal, a través de la causal cuarta de casación, referido a una nulidad de tipo constitucional, por haber intervenido como jurado una persona que, para la fecha de la audiencia pública ocupaba un puesto subalterno -sin jurisdicción- en la Alcaldía de Buga, es un cargo inane. En primer lugar, de modo taxativo, el artículo 492 del C. de P. P. indica qué funcionarios públicos "No podrán en ningún caso ser jurados", y entre ellos, no aparecen los empleados subalternos de oficinas administrativas. En segundo término, no es dable equiparar a empleados de este orden con "los funcionarios de cualquier categoría del Organo Judicial", pues estos últimos, como es obvio, son, de acuerdo con la organización judicial del país y su orden constitucional y legal, los que en cualquier grado o categoría están vinculados a la administración de justicia.

No hay identidad ni podría haberla entre el empleado subalterno de una Alcaldía y el empleado dependiente de un Juez o Magistrado, por lo que resulta impropio en derecho recurrir a analogías para extender a casos no previstos en el artículo 492 del C. de P. P.

2a. Es gratuita y carente de toda base jurídica la afirmación hecha por el impugnador de que la intervención en el Jurado de una empleada de la Alcaldía de Buga quebrantó las formas propias del juicio y lesionó los derechos y garantías de su poderdante por mediar un interés en orden a la condenación. No cabe, en consecuencia, la hipótesis de una nulidad constitucional deducida del artículo 26 de la Carta si, como ya se expresó, el Código de Procedimiento Penal redujo la prohibición para servir el cargo de jurado de conciencia a los funcionarios de que da cuenta el precepto atrás citado.

3a. De otra parte, las nulidades constitucionales, que la doctrina ha elaborado y que son extrañas a los vicios de procedimiento sancionados por los artículos 198 y 199 del C. de P. P., atienden primordialmente a garantizar el derecho de defensa, que en ocasiones puede ser conculcado sin que en apariencia surja la nulidad simplemente legal. En el caso **sub judice** ese derecho de defensa no sufrió mengua y el veredicto condenatorio no cabe atribuirlo a la intervención como Jurado de la señorita Reyes Ramírez.

4a. Los otros motivos de acusación contra el fallo, también basados en la causal cuarta, son inadmisibles, como pasa a demostrarse:

a). El hecho de no alegar la defensa en la segunda instancia no significa falta de asistencia formal o técnica del abogado, máxime en un juicio con intervención del Jurado. Para incurrir en la nulidad supralegal y poder apoyar la demanda de casación en el artículo 26 de la Constitución, es preciso que el procesado se vea privado de los medios adecuados de defensa hasta el extremo de no poder explicar ni sincerar, si es el caso, su conducta, por intermedio o con la asesoría del abogado, quien al intervenir en el juicio penal escoge el procedimiento y las oportunidades que considera aconsejables para el lleno de su cometido. Alegar o no alegar en la segunda instancia de una causa no es omitir un acto indispensable de defensa, si ya a lo largo del proceso el abogado ha cumplido, a su leal saber y entender, su ministerio.

b). La práctica de pruebas en la segunda etapa de la causa, cuando se trata de juicios por Jurado, carece de objetivos prácticos de defensa, pues por mandato del Código de Procedimiento Penal, sólo son admisibles las que se refieren a los perjuicios civiles, y no interrogar al acusado para los efectos previstos en el artículo 452 del C. de P. P., si bien es una informalidad, no entraña nulidad constitucional. Esa omisión no afecta el derecho de defensa, puesto que el procesado tuvo oportunidad de ser oído en la vista pública de la causa, con todas las garantías que caracterizan los juicios por Jurados.

5a. El último aspecto de la causal que viene examinándose es el enunciado por el señor representante del Ministerio Público: no haberse pronunciado las instancias sobre la nulidad a ellas planteada por la defensa. En realidad, al invocarse la nulidad de la actuación antes del fallo de primera instancia, con fundamento

en el artículo 492 del C. de P. P., el Juzgado indirectamente rechazó la solicitud al expresar el sentenciador que "no se advierten nulidades que pudieran invalidar la actuación". En la segunda instancia también se descartó toda nulidad al admitir el Tribunal que "los trámites de rigor están cumplidos y no se observa causal alguna de nulidad, pues el juzgamiento se ha realizado con sujeción estricta a los derechos y garantías constitucionales y legales".

El planteamiento de la nulidad en las instancias, sin argumento alguno y con la sola cita del artículo 492 del C. de P. P., no exigía que en los fallos se hiciera capítulo aparte para rechazarla. Con conocimiento de causa y á la vez con conocimiento de la solicitud de nulidad, el juzgado y el Tribunal dieron por buena toda la actuación, lo que hay que entender como suficiente respuesta a la petición.

6a. La causal primera, apoyada exclusivamente en la cuarta, según antes se indicó, no hay necesidad de analizarla, pues al no prosperar ésta, mal puede hablarse de la violación directa o indirecta de la ley penal sustantiva.

DECISION:

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DESECHA** el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho referencia y con relación al acusado JOSE FLORENCIO MUÑOZ ALZATE.

Declárase **DESIERTO** el mismo recurso en relación con el procesado MANUEL ANTONIO ZAPATA VELASQUEZ, a quien se condena en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Srio.

REVISION

Finalidad de este recurso. Cuándo hay lugar a revisión. Con la revisión, no se trata de crear dudas en torno a cuestiones ya definidas por los falladores, sino de señalar el grave error en que se incurrió al tomar por criminal a quien es inocente.

1. "El fin de la revisión -ha dicho la Corte- es el restablecimiento de la justicia, torcida en muchos casos, y dentro del terreno de la cosa juzgada, por errores judiciales creados por motivos determinantes de ellos y que la ley, de manera genérica, indica como causa, fundamento o motivo para interpretar la revisión".

2. El numeral 5o. del artículo 571 del C. de P. P. dice que hay lugar al recurso de revisión, "cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

La disposición copiada se refiere a dos distintas situaciones, así:

a). Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos.

b). Cuando después de la condenación "se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan inocencia o irresponsabilidad del condenado" o que "constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

La prueba venida a la Corte no es capaz de desvirtuar los elementos de convicción que fueron analizados, tanto en la primera como en la segunda instancia.

ya se sabe, por prescripción legal, que las pruebas que se presenten, "no conocidas al tiempo de los debates", deben tener fuerza suficiente para destruir el valor de la cosa juzgada, porque establecen la inocencia o irresponsabilidad del condenado o constituyen "indicios graves" de esa inocencia o irresponsabilidad.

El documento privado y las declaraciones presentadas en el término probatorio versan sobre situaciones debatidas, sobre cuestiones analizadas por los falladores, con resultados contrarios a las pretensiones del condenado.

Ese documento acredita simplemente un hecho admitido antes y esas declaraciones vienen a confirmar lo escrito en aquél. No desvirtúan, no destruyen, ni el uno, ni las otras la fuerza de convicción del acervo contemplado en las sentencias.

No se trata, en el recurso de revisión, de crear dudas en torno a las cuestiones ya definidas por los falladores, sino de señalar el grave error en que se incurrió al tomar por criminal a quien es inocente, por desconocimiento de pruebas no llevadas al proceso. De allí que el legislador sea por demás exigente, al señalar en forma taxativa y concreta los motivos que pueden dar lugar a la revisión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, enero veinticinco de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

El Dr. Luis Gutiérrez Jiménez, apoderado de Nicasio Cuéllar C., en memorial presentado a

esta Corte, el 24 de julio de 1.963, "interpone el recurso extraordinario de revisión, contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por el señor Juez Promiscuo Municipal de Suesca con fecha ocho (8) de febrero de 1.961, y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 21 de marzo de 1.963, dictadas en el proceso que se le adelantó (a Cuéllar C.) por el delito de hurto".

El recurso se ha tramitado en debida forma, y es el momento de decidir sobre su mérito. A ello se procede.

LOS HECHOS:

El señor Juan González G., dueño de un terreno, situado en el municipio de Suesca, y de la casa en él edificada, conocida con el nombre de "La Argentina", pidió al señor Ministro de Justicia, el 7 de febrero de 1.958, que ordenara "una rígida y rápida investigación" para evitar la explotación con dinamita, por parte de Hipólito Cortés y de Nicasio Cuéllar, de una mina de carbón existente en el subsuelo de su propiedad y "para ver si aún se puede salvar algo de mi casa, y para evitar la ruina de las dos carreteras, la que conduce a Suesca y la Central del Norte".

El Juez Municipal de Suesca, comisionado por el Departamento de Instrucción Criminal, para adelantar la investigación, practicó algunas diligencias, y por auto de 2 de julio de 1.958, abrió a prueba el proceso por el término de 35 días, de acuerdo con el Decreto 0014 de 1.955.

El mismo funcionario, en sentencia de 8 de febrero de 1.961, impuso a Hipólito Cortés y a Nicasio Cuéllar C., diez y ocho (18) y doce (12) meses de prisión, respectivamente. Los condenó también a pagar solidariamente a Juan González G. la suma de $ 1.574,59, valor del carbón extraído, y $ 18.134,90, por concepto de los perjuicios sufridos por el denunciante.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó, el 21 de marzo de 1.963, la condenación de Cortés y Cuéllar, pero revocó lo referente al pago de los perjuicios causados con el delito. Impuso, al mismo tiempo, las sanciones accesorias del caso, que habían sido olvidadas por el Juez de la primera instancia.

Contra las mencionadas sentencias se ha interpuesto el recurso de revisión.

LA DEMANDA:

La demanda presentada por el Dr. Gutiérrez Jiménez se acomoda exactamente a las prescripciones legales. Se hizo en ella un relato de los hechos y de la actuación, se identificaron las sentencias contra las cuales se procede, se invocó la causal 5a. del artículo 571 del C. de P. P. para reclamar la revisión y se presentaron ordenadamente sus fundamentos.

Al criticar las pruebas que sirvieron de fundamento al señor Juez Municipal de Suesca y al Tribunal Superior de Bogotá para dictar sentencia condenatoria contra Nicasio Cuéllar C., sostiene el demandante que de aquellas sólo se desprenden las siguientes conclusiones:

"a). Que Hipólito Cortés y Nicasio Cuèllar, por el tiempo a que se refieren los autos, explotaron una mina de carbón en las cercanías de la casa 'La Argentina', de propiedad de Juan González.

"b). Que como consecuencia de esa explotación y obra del empleo de dinamita en las exploraciones realizadas, se causaron daños materiales en la casa en mención.

"c). Que intencionadamente o bien por error, los trabajadores de Cortés y de Cuèllar, dieron al socavón una dirección equivocada tomando carbón de una veta que era de propiedad del mencionado González.

"d). Las pruebas que versan sobre la imputabilidad de los hechos, están acordes en afirmar que quien dirigía los trabajos de explotación de la mina en referencia era el señor Hipólito Cortés".

A lo anterior agrega:

"Las conclusiones del Juez Promiscuo Municipal de Suesca, se basaron exclusivamente en dos presupuestos: está acreditada la sustracción de carbón de la mina de propiedad de Juan González en la cuantía que señalaron los peritos; esta sustracción la realizaron los obreros que trabajaban por cuenta de Hipólito Cortès y Nicasio Cuéllar. Y basado en estos elementos dedujo que a èstos correspondía la imputabilidad y responsabilidad penal por el ilícito cometido.

"En lo relativo a la imputabilidad del delito, todas las pruebas hablan de que la mina se

explotaba por cuenta de Hipólito Cortés y Nicasio Cuèllar, señalando al primero como Administrador y Director de los trabajos, pero no afirman que el segundo hubiera intervenido en dicha explotación. Sin embargo, esta característica especial de los hechos, que era fundamental para fijar la situaciòn legal y jurídica de uno y otro acusado, no se tuvo en cuenta al tiempo de proferir el fallo que comento. Esto constituyó un error gravísimo, que equivale a confundir la responsabilidad civil que pueda caberle a Cuéllar por los hechos investigados, con la responsabilidad penal, que sólo corresponde a quien los llevó a ejecuciòn.

"Y lo que se observa al fallo de primera instancia, es extensivo al Tribunal Superior de Bogotá, porque también pasó por alto todos los reparos que anoto a la sentencia comentada. Incurrió en los mismos errores y equivocaciones de carácter legal y jurídico; pecó por falta de estudio y de acertado criterio jurídico, pues dió como acertados y acordes con la realidad los fundamentos en que se basa aquella sentencia.

"Tengo eso sí, que reconocer que durante el proceso no se conoció la prueba de la verdadera situación jurídica de Nicasio Cuéllar en cuanto a la explotación de la mina de carbón, por cierto muy distinta a la del socio señor Cortés. Y en presencia de esta falla probatoria, tendría explicación el error en que incurrieron los falladores al condenar como responsable del ilícito a quien no habia tenido participación alguna en el apoderamiento del carbón extraído de la mina de Juan González".

Para demostrar sus afirmaciones, el demandante presentò el documento privado del folio 1o. del cuaderno 6o. documento firmado por Cortés y Cuéllar el 24 de agosto de 1.949, y registrado el 26 de los mismos mes y año, y en el cual consta la constitución de "una compañía para la explotación de carbón miñeral en el Municipio de Suesca", la que se regiría por las cláusulas allí escritas.

De acuerdo con este documento, Nicasio Cuèllar figuraría como "Gerente" de la "compañia" y Cortés sería el administrador de los trabajos de explotación de la mina de carbón. Por esta labor, recibiría Cortés, mensualmente, la suma de ciento cincuenta pesos ($150.oo). Los gastos correrían por cuenta de Cuéllar, "hasta encontrar el mineral". Y "una vez encontrado el carbón los gastos siguientes de explotación, se harán por partes iguales entre los contratantes". Las utilidades se repartirían entre los socios.

"Tal documento -dice la demanda- no se llevó al proceso y consiguientemente, no se conoció por los falladores al proferir las sentencias materia del recurso".

"Si se atiende a las cláusulas de este documento -se agrega- tendrá que aceptar que Nicasio Cuéllar no tuvo la menor intervención en la explotación de la mina de carbòn de que se trata, pues a él sólo correspondía sufragar los gastos, ni tuvo "participación alguna en el apoderamiento del carbón extraído de la mina de Juan González".

Y para concluír su exposición, afirma el demandante lo que sigue:

"De las clàusulas del documento de sociedad a que me refiero, aparece con toda claridad y sin que se presenten dudas de ninguna especie que, en tal sociedad tuvo Nicasio Cuéllar la condición de socio capitalista sin intervenir en forma alguna en los trabajos de explotación de la mina de carbón. Suministró el dinero necesario para el comienzo de los trabajos, hasta encontrar el mineral. Logrado este objetivo, aportó la mitad de lo que demandara la explotación; aportó maquinaría y una suma de dinero igual a la del otro socio para compra de herramientas y costo de arrendamiento del local para alojamiento y depósito de herramientas y como beneficio de todas esas inversiones, adquirió el derecho a percibir la mitad de las utilidades que se obtuvieran por las ventas del carbón extraído de la mina.

"En cambio, la situación del otro socio, Hipólito Cortés, era muy distinta. Porque, según rezan las cláusulas del documento, además de socio capitalista, tenía las funciones de ADMINISTRADOR y en esta calidad dirigía con absoluta libertad las actividades sociales en lo que respecta a los trabajos de explotación de la mina, daba instrucciones a los obreros llevaba el control del carbón extraído y de las ventas, de los gastos de explotación, etc., todo lo cual debia anotarlo en un libro abierto con tal fin. Por eso, devengaba un sueldo mensual y además tenía en las ganancias obtenidas, un

derecho igual al del otro socio. De ahí que, si algún hecho punible se cometió en el desarrollo de los negocios, él es imputable exclusivamennte a quien tenía la dirección técnica de los trabajos de explotación de la mina de carbón.

"En las sentencias materia del recurso, no se afirma que el socio Cuèllar hubiera participado materialmente en los trabajos ni en la dirección de la explotación de la mina y por lo mismo, el delito cometido no le es imputable. El concierto entre los socios para la explotación del carbón ajeno no tiene asidero probatorio alguno en el proceso.

"La ilegalidad e injuricidad de los fallos objeto del recurso, sólo se explica por haberse consagrado en ellos la errònea tesis de la subjetividad penal de las personas jurídicas, pero el criterio aceptado y practicado por nuestra jurisprudencia, es el de que solo el hombre como individuo puede ser agente del delito.

"Creo, señores Magistrados, haber demostrado que mi poderdante se encuentra dentro de la situaciòn prevista por el numeral 5o. del artículo 571 del C. de P. P., porque después de su condenación ha aparecido una prueba nueva no conocida al tiempo de los debates del proceso, que establece su inocencia o irresponsabilidad en el hecho cometido o que en el caso menos favorable, constituye un indicio grave de su inocencia e irresponsabilidad. Esa prueba no conocida, es el documento de sociedad entre los sentenciados, que acredita la no participación del socio Nicasio Cuéllar en la comisión del delito por el cual se le condenó.

"La ley exige en la causal de revisiòn invocada, para que sea viable, "que se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad". Y la prueba que presento no fue conocida al tiempo de fallar y tiene capacidad probatoria, según lo dejo demostrado, para acreditar la inocencia o irresponsabilidad de mi poderdante, pues el hecho por el cual está sufriendo condena no le es imputable y por lo mismo, la responsabilidad que se le dedujo constituye un flagrante error judicial".

En su alegato final el señor apoderado de Cuéllar ratifica los cargos hechos en la demanda contra las sentencias cuya revisión se impetra y anota, finalmente, esto;

"a). Los daños que sufrió la casa denominada "La Argentina", posiblemente fueron consecuencia de los explosivos empleados en la extracción de carbón de la mina de propiedad de Hipólito Cortés y Nicasio Cuéllar.

"b). Esos daños son imputables a la sociedad Hipólito Cortés y Nicasio Cuéllar, dueños de la mina en cuya explotación se produjeron, de tal suerte que, a esa sociedad corresponde la responsabilidad a que haya lugar, desde el punto de vista civil.

"c). De ninguna de tales pruebas aparece que Nicasio Cuéllar hubiera intervenido en los trabajos de explotaciòn de la referida mina".

EL CONCEPTO DE LA PROCURADURIA:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado, hizo un extenso examen de la demanda y de las pruebas que se aportaron para que le sirvieran de base, y concluye que, en realidad, ni el documento privado ni "las declaraciones que durante el término probatorio fueron recibidas" son nuevos elementos probatorios, capaces de "acreditar que son falsos los hechos dados como probados en las sentencias de una y otra instancia, con relación al poderdante del Dr. Gutiérrez Jiménez".

"Ese documento y esos testimonios de cartabón -son sus palabras- así sea que se les considere como pruebas no conocidas a tiempo de los debates, no evidencian que del ilícito penal que motivó la condena de Nicasio Cuéllar, sea éste inocente".

Para terminar su concepto, y después de trascribir partes esenciales de las declaraciones que sirvieron a los falladores de primera y segunda instancia para dictar las sentencias condenatorias de que se trata, trae estas conclusiones:

"A la explotación carbonífera adelantada o al socavón hecho, se le dió una direcciòn indebida que ocasionó daños de consideraciòn en la casa del señor Juan González y que sirvió, además, para sustraer delictuosamente el mineral ajeno.

"Cuéllar y Cortès, como lo declaran los fallos condenatorios recurridos, se apoderaron del carbón extraído de la mina del tantas veces citado González, a sabiendas de que pertenecía a éste.

"Se repite que Cuéllar supo de los reclamos que los perjudicados con la explotación se sirvieron hacerle; que prometió, de una parte, reparar los daños ocasionados a la casa de la señora de Arévalo, pero al fin no lo hizo; y que juzgó, al enterarse de que la explotación se adelantaba en terreno ajeno, del cual se estaba extrayendo mineral, que no debian continuarse los trabajos. mas no impidió la continuación de los mismos como si aceptó seguir beneficiándose del producto de la explotación que provenía de una veta de carbón de propiedad de un tercero.

"No se comprueba, en virtud de las consideraciones hechas por el Ministerio Público en el curso de este alegato, la supuesta inocencia o inresponsabilidad del condenado Nicasio Cuéllar. No se evidencia, por consiguiente el error judicial que da lugar a la revisión del proceso. Tampoco es dable decir que existan graves indicios de tal inocencia o de tal irresponsabilidad. La autoridad de la cosa juzgada en manera alguna ha podido ser desvirtuada como consecuencia de lo alegado en el memorial del Dr. Gutiérrez Jiménez que se responde".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

"El fin de la revisión -ha dicho la Corte- es el restablecimiento de la justicia, torcida en muchos casos, y dentro del terreno de la cosa juzgada, por errores judiciales creados por motivos determinantes de ellos y que la ley, de manera genérica, indica como causa, fundamento o motivo para impetrar la revisión".

Y en revisión de 22 de mayo de 1.963, esta Sala, expresó:

"La revisión, tiende, por tanto, a corregir errores, mediante la reposición del proceso. No todo error, sin embargo, da lugar al recurso. Sólo aquellos que surgen de alguna de las situaciones referidas en los distintos numerales del artículo 571 del C. de P. P. Así, en ellas se discute solamente si el condenado lo fue con base en hechos o pruebas que se demuestre luego que eran falsas, o bien por el desconocimiento de hechos o pruebas indicativas de la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

"En otros términos: para que la revisión proceda es necesario demostrar plenamente que el condenado debió ser absuelto, porque el hecho que se le imputa no tuvo existencia real, o porque su autor era inocente o irresponsable, o porque para establecerlo se utilizaron pruebas secretas, que no obraron en el proceso, o porque el reo estuvo en imposibilidad de cometerlo, en los término del numeral 1o. del artículo 571 del C. de P. P., ya citado.

"Este recurso, de otra parte, tiende a desconocer o dejar sin valor la presunción de verdad que implica la cosa juzgada. Por lo cual los motivos en que se funde deben aparecer claros de las pruebas que se produzcan con la solicitud de revisión. No se trata en èl de crear dudas en torno a hechos o situaciones definidas en las distintas etapas procesales, sino de señalar, en forma notoria, el error en que incurrió el fallador, y que es preciso corregir para evitar que el inocente sufra condena. Ello explica la razón que tuvo el legislador para fijar de manera por demás concreta los motivos que podrían dar nacimiento a la revisión de procesos fenecidos".

De la misma suerte, en revisiòn de 13 de septiembre de 1.963, en esta Corporación expresò:

".....que son "hechos nuevos" aquéllos que no fueron conocidos oportunamente y que, por lo mismo, no fueron presentados, durante las instancias, para que se tuvieran en cuenta como demostrativos de inocencia o irresponsabilidad del acusado. Se ha afirmado, de la misma suerte, que las puebas nuevas son aquellas, desconocidas en los debates, y que pueden destruír, total o parcialmente, la fuerza que se diò a los hechos controvertidos.

"La revisión procede, cuando esos 'hechos nuevos' o esas 'pruebas nuevas' son suficientes a desvirtuar el valor de la cosa juzgada, como que tienden a restablecer el derecho, a impedir que una sentencia injusta tenga su cumplimiento. De ahí que, aquéllos y èstas deben ser claros y explícitos, capaces de demostrar inocencia o irresponsabilidad".

Finalmente, en sentencia de 25 de marzo de 1.938 (XLVI, 164) se había presentado estos conceptos, que son de aplicación al caso que se estudia:

"La revisión mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se hayan condenado a un inocente. Por tanto, este recurso no puede afirmarse en el artificio consistente en la afirmación de unos testigos de que el procesado estuvo ausente del lugar de los sucesos el día en que se cometió el delito, o en sostener que fue otra persona el autor del delito imputado al condenado".

Hechas estas consideraciones, la Corte entra al examen de la causal 5a. de revisión, presentada como única por el señor apoderado de Nicasio Cuéllar C.

Dice el numeral 5o. del artículo 571 del C. de P. P., que hay lugar al recurso de revisión, "cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

La disposición copiada se refiere a dos distintas situaciones, así:

a) Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos,

b) Cuando después de la condenación "se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan inocencia o irresponsabilidad del condenado" o que "constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Se han presentado "hechos graves", esto es, no conocidos o no debatidos dentro el proceso que se adelantó contra Hipólito Cortés y Nicasio Cuéllar, ante el señor Juez Municipal de Suesca y ante el Tribunal Superior de Bogotá, hechos de los cuales surja la inocencia o no responsabilidad de Cuéllar, o bien el "indicio grave" de aquella inocencia o irresponsabilidad?

Para solicitar la revisión, se ha presentado como hecho específico este: Entre Hipólito Cortés y Nicasio Cuéllar existía "una compañía" para la axplotación comercial de una veta de carbón. Cuéllar figuraba como "Gerente" y Cortés como "administrador" de la misma. En tal virtud, Cuéllar desconocería la forma en que se adelantaba la explotación y, por tanto, no sabría si las excavaciones se dirigían hacia el predio de Juan González.

El hecho mismo de la existencia de "una compañía" para la explotación de una mina de carbón, entre Cortés y Cuéllar, fue conocido en las distintas etapas del proceso. Desde el primer momento, lo enunciaron los procesados en sus indagatorias. Fue aceptado por todos los testigos y considerado, especialmente, por los falladores. Es, por consiguiente, no un hecho nuevo, sino una situación ya conocida y debatida.

De la misma suerte, desde su primera declaración, Cuéllar afirmó que Hipólito Cortés "tiene la dirección y administración de ella (de la mina)". Y esta situación es aceptada por Cortés.

Las dos circunstancias anteriores, -existencia de la "compañía" y administración por Cortés- no pueden tenerse como hechos nuevos, ya que fueron conocidos en el proceso, fueron alegados por los interesados y fueron examinados por los funcionarios que intervinieron en la investigación y fallo.

En cuanto a la circunstancia tercera -desconocimiento por parte de Cuéllar de las labores adelantadas en la explotación de la mina- alegada por el procesado, también fue ella conocida durante el debate y examinada por los falladores.

Efectivamente, tanto en la sentencia de primera, como en la de segunda instancia, se dió por aceptado y demostrado que Nicasio Cuéllar C., a pesar de figurar como simple socio de Cortés, quien "tenía la dirección y administración de la mina", conoció las labores de explotación que se venían cumpliendo, quiso detener la obra que se llevaba a cabo, en terreno de González, pero se abstuvo de hacerlo a raíz de una consulta con el socio administrador.

Para llegar a esta conclusión, los funcionarios examinaron minuciosamente las declaraciones de Tránsito Caicedo de Arévalo, del doctor Carlos Alvarez Riaño y de Luis Antonio Ballén, este último encargado de los trabajos en la mina por Hipólito Cortés.

De los dichos de estos testigos, cuya trascripción hizo el señor Procurador, se deduce fácilmente que Nicasio Cuéllar tuvo exacta información de la explotación de la mina de la que era condueño y conoció de las actividades varias que se llevaban a término por los encargados de la explotación.

Ballèn, que estaba al tanto de las operaciones que se cumplían en la veta, que vió las grietas en la carretera y en la casa de Juan González, como consecuencia de la explotación con dinamita, habló a Cuéllar sobre ello, con resultados negativos.

"Yo conversé -dice- con don NICASIO CUELLAR y le dije que el Dr. ALVAREZ RIAÑO, el de Chocontá, había estado ahí en la puerta de la mina y nos dijo a FRANCISCO ACOSTA y a mí que si ese trabajo estaba perjudicando la casa de Juan González que nos diéramos cuenta que se estaba agrietando y entonces yo le dije que tan pronto llegaran mis patrones que los avisaba a ver qué decían sobre ese asunto; después llegó don Nicasio Cuèllar y pronto yo le avisé y entonces el señor Cuéllar dijo que si se estaba perjudicando la casa que entonces no habría que seguir esos trabajos; después habló con don POLO y dentró adentro y dijo que en esos trabajos; (después) no había todavía perjuicio alguno que eso era de los trabajos viejos".

Lo que se acaba de decir está indicando que la prueba venida a la Corte no es capaz de desvirtuar los elementos de convicción que fueron analizados, tanto en la primera como en la segunda instancia.

Ya se sabe, por prescripción legal, que las pruebas que se presenten, "no conocidas al tiempo de los debates", deben tener fuerza suficiente para destruír el valor de la cosa juzgada, porque establecen la inocencia o irresponsabilidad del condenado o constituyen "indicios graves" de esa inocencia o irresponsabilidad.

El documento privado y las declaraciones presentadas en el término probatorio versan sobre situaciones debatidas, sobre cuestiones analizadas por los falladores, con resultados contrarios a las pretensiones de Cuéllar.

Ese documento acredita simplemente un hecho admitido antes y esas declaraciones vienen a confirmar lo escrito en aquél. No desvirtúan, no destruyen, ni el uno, ni las otras la fuerza de convicción del acervo contemplado en las sentencias.

Como se dijo atrás, no se trata, en el recurso de revisión, de crear dudas en torno a las cuestiones ya definidas por los falladores, sino de señalar el grave error en que se incurrió al tomar por criminal a quien es inocente, por desconocimiento de pruebas no llevadas al proceso. De allí que el legislador sea por demás exigente, al señalar en forma taxativa y concreta los motivos que pueden dar lugar a la revisión.

No habiéndose demostrado la causal 5a. invocada, mal puede ordenarse la revisión de los fallos pronunciados contra Nicasio Cuéllar.

Es conveniente decir, finalmente, que cuando se trata de demostrar que el fallador incurrió en error, al apreciar las pruebas producidas, el camino a seguir es distinto. Sería ello motivo de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Pùblico NIEGA LA REVISION SOLICITADA, de las sentencias a que se ha hecho mención.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo. -Julio Roncallo Acosta. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

IMPEDIMENTO. EL MINISTERIO PUBLICO NO TIENE, EN ESTRICTO SENTIDO, LA CALIDAD DE PARTE EN EL PROCESO PENAL.

Es cierto que el ordinal 4o. del Art. 73 del C. de P. P. señala como causal de impedimento el hecho de "haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contratante de cualquiera de ellas, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso". Pero en el presente caso, el señor Magistrado no se encuentra en ninguno de los casos aludidos. En efecto, el Ministerio Público es una de las personas que intervienen en el proceso penal, pero no tiene, en estricto sentido, el alcance de parte, pues su misión consiste en llevar la personería de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción". Por tanto, la circunstancia de que el Magistrado hubiera intervenido en el proceso como Fiscal, no lo coloca en una situación de impedimento para resolver como Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

El concepto que emitió, como Agente del Ministerio Público, sobre el auto de detención preventiva proferido, no puede ser estimado como un examen a fondo sobre los elementos del delito, ni sobre la responsabilidad penal del sindicado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, enero veintisiete de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para resolver el impedimento expresado por el señor Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, doctor Aurelio Valencia Sierra, dentro del proceso penal seguido contra MIGUEL ANGEL VELASQUEZ LOAIZA, esta Sala considera lo siguiente:

Es cierto que el ordinal 4o. del artículo 73 del C. de P. P. señala como causal de impedimento el hecho de "haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso". Pero en el presente caso, el señor Magistrado Valencia Sierra no se encuentra en ninguno de los casos aludidos. En efecto:

a). El Ministerio Público es una de las personas que intervienen en el proceso penal, pero no tiene, en estricto sentido, el alcance de parte, pues su misión consiste en llevar la personería del Estado para "procurar la sanción de los infractores de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por infracción". Por tanto, la circunstancia de que el doctor Valencia Sierra hubiera intervenido en el proceso de que se ha hecho referencia como Fiscal, no lo coloca en una situación de impedimento para resolver como Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

b). El concepto que emitió, como Agente del Ministerio Público, sobre el auto de detención preventiva proferido contra Velásquez Loaiza, no puede ser estimado como un examen a fondo sobre los elementos del delito, ni sobre la responsabilidad penal del sindicado. Así lo ha entendido esta Sala en numerosas providencias.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADO el impedimento que manifiesta el doctor Aurelio Valencia Sierra, Ma-

gistrado del Tribunal Superior de Medellín, para conocer del proceso de que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria.- Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Srio.

DELITO DE ROBO. -INVOCACION DE LAS CAUSALES DE CASACION PREVISTAS EN LOS ORDINALES 2o. 1o. Y 4o. DEL ART. 567 DEL C. PENAL.- MERITO DEL ACERVO PROBATORIO. -CORRECTA APLICACION DEL ART. 404 DEL C. PENAL EN CONCORDANCIA CON EL 1o. DEL DECRETO 2184 DE 1.951. FUNDADA NULIDAD PROCEDIMENTAL ALEGADA POR EL RECURRENTE.

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

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpusieron PEDRO JESUS y LUIS JESUS RODRIGUEZ ARCHILA contra la sentencia del 21 de febrero del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga los condenó, como responsables, al lado de Alvaro Rodríguez, del delito de robo, a la pena de "SEIS (6) AÑOS DE PRESIDIO a cada uno" y les aplicó las accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION:

La mañana del 12 de febrero de 1.962 Alvaro Rodríguez, antiguo Agente de la Policía Nacional, se presentó al café "Mèxico", situado en la calle 29 No. 15-06, en Bucaramanga, de propiedad de Manuel de Jesús Castro y le manifestó a éste que el negocio de que venían tratando, respecto de la compra de la mitad del establecimiento en cuestión, estaba dispuesto a hacerlo, por cuya razòn debían trasladarse, en el objetivo de que recibiera de un pariente, a quien le había vendido una tienda, parte del precio, en un cheque, a la Sucursal del Banco de Colombia, lugar en el que esperaban sus hermanos, Pedro Jesús y Luis Jesús Rodríguez, y del que lo llevaron, con el pretexto de ensayar un revólver que Castro recogió en casa de José Nicasio Rocha y que deseaban adquirir, a la quebrada de la "Iglesia", en las afueras de la predicha ciudad, sobre la carretera que parte hacia Floridablanca, y allí, entre "un matorral" solariego, aquellos tres sujetos, por medio de la fuerza y la violencia, lo despojaron de la suma de $4.950.oo, del indicado revólver, calculado en $500.oo, y de algunos otros objetos que portaba.

De estos hechos conoció el juzgado 1o. Superior de Bucaramanga, el cual, entendiéndolos como constitutivos del delito de robo, mediante sentencia del 6 de agosto de 1.962, proferida conforme a los trámites del Decreto 0014 de 1.955, condenó, en razón de ellos, a los predichos Alvaro, Pedro Jesús y Luis Jesús Rodríguez Archila a la pena de "SIETE (7) AÑOS DE PRESIDIO" y accesorias del caso, fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 21 de febrero del año pasado, en el sentido de reducir a seis (6) años de presidio la pena de los dos últimos y confirmó en sus demàs determinaciones.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, los recurrentes Pedro Jesús y Luis Jesús Rodriguez, por conducto de apoderado, invocan las causales de casación previstas en los ordinales 2º. 1º. y 4º. del artículo 567 del C. de P. Penal.

Causal 2a:

Con apoyo en este motivo de impugnación se sostiene que en el fallo acusado se "incurrió en errónea apreciación de las circunstancias que rodearon el hecho delictuoso", las cuales han debido ser valoradas "para sancionar el delito investigado dentro de la norma consagrada en el artículo 2o. de la ley 4a. de

1.943, es decir, sancionando un robo simple, y no un robo agravado, previsto en el artículo 404" del C. Penal, planteamiento que, tras algunas consideraciones de orden general en torno a los asertos del denunciante y ofendido Castro y de la violencia que concurrió en la consumación del delito, formuladas bajo el epígrafe de "PRIMER CARGO", se procede a desarrollar y fundamentar, ya en terreno concreto, bajo la rúbrica de "SEGUNDO CARGO", diciendo que el sitio de los hechos no era "despoblado", puesto que por allí "existe una casa" y en el momento en que ellos ocurrieron se contaba "con la presencia de una mujer", todo lo cual significa que no era posible acoger como probada, sin incurrir en grave error en la apreciación de los hechos, la modalidad del robo prevista en el ordinal 1o. del artículo 404 del C. Penal, error de apreciación que, a su vez, fue manifiesto al estimarse que también estaba demostrada la modalidad indicada en el ordinal 4o. de aquel mismo texto legal, ya que Castro, "en el momento en que fue atacado por los delincuentes, estaba convenientemente armado del revólver que le había sido entregado por el señor José Nicasio Rocha Nova para que lo vendiera".

Respuesta:

El delito tuvo como escenario de consumación "un matorral", en la hondonada de la quebrada "La Iglesia", "una cuadra" arriba del "primer puente" que corresponde a esa quebrada en la carretera hacia el Municipio de Floridablanca, sitio que, por lo tanto, reviste el carácter de absolutamente aislado y solariego y, en esta suerte, el de despoblado, condición que, como es obvio, no pierde solo porque en sus contornos exista una rústica casa o porque, en los instantes inmediatamente anteriores a los hechos delictuosos y a distancia indeterminada hubiera pasado por allí una mujer no identificada y que, sin duda, ni siquiera se dió cuenta de la presencia, por esos lugares, de los tres maleantes y su víctima.

Castro fue llevado al expresado sitio en el propósito aparente de ensayar un revólver que los procesados dijeron comprarle. Ya en el solitario matorral, hábilmente y por sorpresa, el ex-Agente Alvaro Rodríguez, que era el gestor y dirigente de la tramoya delictuosa, le metió "la máquina que llaman", es decir, en términos de lucha, una llave, maniobra que en su suma eficacia dejó sin posibilidad de reacción a Castro y que fue aprovechada, sin dilación, por los otros dos atracadores para agarrarlo de las piernas y los brazos y de este modo llevarlo a tierra, en donde quedó en absoluta "imposibilidad de obrar", situación en la que le arrebataron todo cuanto portaba, incluyendo el revólver.

En estos términos, apenas es racional entender que el delito que se comenta se llevó a cabo dentro de las condiciones previstas en los ordinales 1o. y 4o. del artículo 404 del C. Penal.

Al amparo de la misma causal 2a. se sostiene que en la sentencia acusada se incurrió también, respecto del procesado Luis Jesús Rodríguez, en grave error "al darle un valor probatorio que no tienen a las afirmaciones del denunciante, a los reconocimientos verificados por el mismo" en la persona del predicho sujeto, error que "consiste en darle valor de indicios diversos, a los diferentes hechos, siendo que en derecho no son más que un solo indicio, que por mandato del artículo 217 del Código ya citado, no hace jamás plena prueba".

Respuesta:

En el fallo impugnado se examina la situación del procesado Luis Jesús Rodríguez, en orden a los graves elementos de convicción que lo comprometen, así:

"En primer lugar, aparecen los cargos formulados por el denunciante desde el día mismo de la comisión del hecho delictuoso y en las sucesivas ampliaciones; esta sindicación se concretó a tres individuos, cuya filiación dió el denunciante y uno de los cuales fué capturado en los minutos subsiguientes al delito y que resultó llamarse Pedro Jesús Rodríguez Archila.

"El mismo denunciante reconoció en las oficinas de la Policía, entre una serie de hojas de vida de siete personas distintas, a Luis Jesús Rodríguez Archila como uno de los integrantes del grupo que lo atacaron y despojaron de sus caudales y haberes que portaba el día del delito (f. 79 del cuaderno principal).

"Este mismo denunciante, una vez lograda la captura de Luis Jesús, lo reconoció en rueda de presos en la cárcel modelo según cons-

ta en la diligencia respectiva llevada a cabo por el Juez Superior (f. 13 del C. de pruebas); este reconocimiento lo hizo frente a una fila de once individuos y sin vacilación alguna.

"Cómo vino a saber el denunciante quiénes eran los dos compañeros de Pedro Jesús Rodríguez? Por una carta sin firma, dirigida a él, procedente de Málaga, según se advierte en el sello de correos, el día 21 de marzo de 1.962.

"En dicha carta se le dice a Castro que los otros dos compañeros del que actualmente está detenido por el delito de 'robo' en bienes de su propiedad, responden a los nombres de: Luis Jesús y Alvaro Rodríguez Archila y que son ex-agentes de la policía (f. 72 y v.).

"El denunciante se presentó al Juez Investigador y entregó la carta anónima, explicando la forma y fecha de su recibo, y agregó algunos datos que obtuvo relacionados con la persona de Luis Jesús quien fué agente de policía y prestaba servicios en las Oficinas de Circulación y quien se había retirado de la Institución días antes del delito.

"Al f. 77 se lee el oficio del Jefe de Servicio del Personal de Policía en el cual consta que efectivamente Luis Jesús perteneció a esa institución y que se retiró definitivamente el tres (3) de marzo a solicitud propia.

"Por ello el Juzgado decretó la práctica del reconocimiento en las hojas de vida de la Policía (f. 78) para saber si efectivamente la persona señalada por el denunciante, podía ser reconocida por éste, lo que efectivamente ocurrió conforme puede verse al f. 79.

"Al f. 80 aparece una constancia del Jefe del Personal de la Policía en la cual se explica que Luis Jesús Rodríguez Archila no se hallaba en el ejercicio del cargo de agente de policía el doce (12) de febrero, fecha del delito, pues fue desacuartelado el dos (2) de febrero de aquel año cuando salió en vacaciones por sesenta días.

"Fué así como el Investigador adicionó el auto de detención para hacerlo extensivo a la persona de Luis Jesús Rodríguez Archila (fls. 87-88) y ordenó su captura, la que tan sólo se logró el veintidós (22) de octubre del año pasado, según informe del Juez Primero Superior al Secretario del Tribunal, cuando la causa se encontraba aquí para revisar la sentencia (f. 3).

"INTENTO DE FUGA DE LUIS JESUS RODRIGUEZ.

"De acuerdo con las explicaciones dadas por éste en su indagatoria, su captura ocurrió en Piedecuesta donde se hallaba establecido con un negocio de cantina; puesto a disposición del Juez Superior, y expedida por este funcionario la boleta de encarcelación, logró comprometer al agente de policía que debía conducirlo al establecimiento, que lo llevara previamente a la casa de un pariente con el pretexto de dar a guardar allí algunos dineros y efectos personales; aprovechó aquella condecendencia del guardián y emprendió la fuga, pero fué capturado casi inmediatamente por otro agente que prestaba servicio en la zona urbana.

"Así lo reconoce Luis Jesús en su indagatoria (fls. 43-49), aceptando que su acción de fuga quebranta la ley penal.

"A fls. 71 y 72 del cuaderno de segunda instancia se leen los testimonios de los agentes de policía Marcelino Moya y Cornelio Alvarez quienes confirman el hecho de la fuga de Luis Jesús Rodríguez.

"Este hecho, reconocido por el mismo sindicado y demostrado con aquella prueba testimonial, constituye un indicio de responsabilidad en su contra, conforme lo ha sostenido constantemente la doctrina de las autoridades judiciales y los tratadistas de pruebas judiciales.

"Quien es inocente, quien ninguna cuenta tiene pendiente con la justicia ni con su conciencia, no tiene por qué temer ni eludir la acción de la justicia; se ha considerado la fuga del sindicado como una prueba de su responsabilidad, como una confesión tácita de su autoría cuando no existen razones válidas que la justifiquen o expliquen; y en el caso de autos las ofrecidas por Luis Jesús Rodríguez no satisfacen en manera alguna.

"COARTADA PRESENTADA POR EL SINDICADO LUIS JESUS RODRIGUEZ:

"El apoderado inicial de Luis Jesús Rodríguez, aún antes de que éste rindiera indagatoria, solicitó al Tribunal la recepción de los testimonios de algunas personas, con cuyo dicho

podría comprobar su poderdante, que el día y hora del delito se encontraba en sitio distinto a donde éstos ocurrieron y que por consiguiente fue ajeno a ellos e inocente en los mismos (f. 5 del C. de segunda instancia).

"Al recibirle indagatoria a Luis Jesús y preguntársele dónde se hallaba el día del delito y què oupaciones tuvo, citó en su abono a las personas mencionados por su abogado, a quien habia dado los nombres correspondientes.

"A Trina de Remolina (fls. 53-55), Tobias Remolina (56-58) y a Miguel Camacho (fls. 59-62), se les recibió la declaración sobre los hechos que de ellos se pedía por el apoderado y por el sindicado.

"Estos testimonios, lejos de puntualizar y vigorizar la afirmación exculpativa del sindicado, se erigen en un indicio más de su culpabilidad.

"La primera de las declarantes, -Doña Trina- principia diciendo que el día por el cual se le pregunta -doce de febrero de 1.962- **'habia una fiesta allá en la casa y él estuvo allá todo el día'**; más adelante dice que la fiesta duró desde las nueve de la mañana hasta las diez de la noche; que era el cumpleaños de una de sus hijas; que la persona a quien designa como 'EL' es Luis Rodríguez, quien vivia en su casa desde hacía un año y que el trece (13) de febrero se fué de allí con su esposa e hijos, probablemente para la casa de los papás.

"Que élla vino a declarar èsto porque su esposo se había entrevistado en la cárcel con Luis Rodriguez y éste les pidió que vinieran a declarar en tal sentido; queda en evidencia què este testimonio fue preparado con anticipación y carece entonces de todo valor probatorio.

"Ya se verà luego, cómo existe contradicción en lo dicho por esta mujer y su esposo, pues aquella afirma que la fiesta se inició a las nueve de la mañana y tèrmino a las diez de la noche; Tobías afirma que principió a las dos y media de la tarde y duró hasta las diez y media de la noche.

"Trina dice que Luis Rodríguez vivía en su casa desde hacia un año, pero de conformidad con los datos de la hoja de vida que aparecen en la diligencia de reconocimiento practicada por la autoridad en los documentos de la policía, Luis Jesús vivía en la calle 10, No.24-79 (F. 79 y v), con lo cual se destruye la afirmación de los esposos Remolina pues la dirección de su casa es: Calle 16 con carrera 30.

"Tobías Remolina, en desacuerdo con su cónyuge, refiere que la fiesta comenzó a las dos y media de la tarde; que Luis JesúsRodríguez -quien prácticamente vivía ahí- llegó a eso de las tres de la tarde; que él trabaja en la fábrica de cigarrillos 'Virginia' y aquel día, pidió permiso a don Víctor Alarcón para no asistir al trabajo, pues estuvo desde por la mañana en los preparativos de la fiesta.

"Pero resulta que solicitada la constancia del caso a la fábrica, queda desmentido don Tobías; al contrario, consta que concurrió a su trabajo (f. 64) y Don Víctor Alarcón, Gerente de la fábrica así lo ratifica bajo juramento (f. 67)., ofreciendo para comprobar su aserto, pòner a disposición de la autoridad las tarjetas que marcan las "entradas y salidas" del personal.

"Tanto doña Trina como don Tobías fueron preguntados si conocían a un señor Miguel Camacho, si era amigo de ellos y si había asistido a la fiesta que ellos ofrecieron en su casa con motivo del cumpleaños de su hija y respondieron negativamente.

"Sin embargo, este sujeto, en su declaración (Fls. 59-62) se declara amigo del matrimonio Remolina y afirma que concurrió a su casa el doce de febrero, invitado por el dueño de casa; ignora el motivo de la fiesta; ni siquiera sabe el nombre de la dueña de casa; no recuerda la fecha en que la fiesta se llevó a cabo; llegó o se presentó a la casa a las ocho de la mañana y la fiesta se inició etnre **"ocho y nueve de la mañana"** y se retiró más o menos a las siete de la noche. Asegura que Luis Rodríguez concurrió a la fiesta y con él estuvo durante ese día; que lo conocia desde antes de aquella fiesta como agente de policía, pero no recuerda si aquel día estaba uniformado o de civil; que vino a rendir declaración a solicitud de la esposa de Luis Jesús.

"Fuera de las notorias cotradicciones de estos testimonios, pese al previo conocimiento e instrucción que tuvieron los declarantes, hay una circunstancia que las hace más inverosí-

miles y es la hora de la iniciación de la fiesta; Doña Trina y Miguel Camacho fijan la hora de las nueve de la mañana; el marido de Doña Trina, un poco más precavido, la fija a las dos y media; es sabido que una fiesta de cumpleaños, como la anotada por los esposos Remolina, jamás principia en la mañana; pero había que darle principio a esas horas, justamente para probar la coartada de Luis Jesús, que como se ha visto, resultó totalmente malograda.

"El Juez del conocimiento debe abrir investigación penal por el posible falso testimonio en que hayan incurrido estos tres declarantes.

"De manera que la disculpa dada por el sindicado para sincerarse y demostrar su inocencia, ha resultado completamente fallida y convertida, por contraria manera, en indicio grave de su responsabilidad.

"De ésto se infiere fácilmente que los indicios estudiados, graves, diferentes, independientemente probados pero concurrentes al mismo tiempo, a semejanza de partes distintas de una misma pieza, demuestran la responsabilidad de Luis Jesús Rodríguez Archila como cuoautor del ilícito consumado en los bienes de Manuel de Jesús Castro".

Este análisis de los hechos, circunstancias e indicios que señalan a Luis Jesús Rodríguez como coautor del robo a que se contrae el proceso, donde campea el más amplio sentido crítico, al lado de la más estricta lógica, destaca que la condena respecto de ese sujeto tuvo como fundamento, no un solo indicio, como caprichosamente se sostiene, sino una prueba abrumadora, de la cual prescinde la demanda en su afán de sacar adelante tesis que carecen de asidero en el proceso.

Causal 1a.:

Al amparo de esta causal los recurrentes sostienen que la sentencia acusada es violatoria, por indebida aplicación, del artículo 404 del C. Penal y del artículo 402 de la misma obra, por falta de aplicación, lo mismo que los numerales 7o. y 8o. del artículo 37 ibídem, también por indebida aplicación.

Respuesta:

Como es racional, al encontrarse demostrado, sin ningún error de interpretación o apreciación de los hechos o de las pruebas, que los autores del robo a que se contraen los autos eran los tres hermanos Rodríguez Archila y, además, que el delito lo había consumado en despoblado y mediante violencia que puso a la víctima en imposibilidad de obrar, necesariamente tenía que aplicárseles el predicho artículo 404 del C. Penal, en concordancia con el 1o. del Decreto 2184 de 1.951, que fue lo que ocurrió.

En el fallo acusado se impuso a los procesados Pedro Jesús y Luis Jesús Rodríguez, que son los recurrentes, la pena principal de "SEIS (6) AÑOS DE PRESIDIO", pena que corresponde al mínimo establecido en el citado artículo 404 del C. Penal, concordado con el 1o. del expresado Decreto 2184 de 1.951, lo que quiere decir que respecto de ellos no se aplicaron los ordinales 7o. y 8o. del artículo 37 del indicado Código.

Causal 4a:

Conforme con este motivo de impugnación, se pretende que el fallo acusado es "violatorio de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", ya que, en sentir de los recurrentes, los hechos del proceso encajan "dentro de la modalidad prevista por el numeral 13 del artículo 7o. del Decreto 14 de 1.955", referido a "un estado de especial peligrosidad", del que deben conocer "las autoridades de Policía", todo lo cual "implica que en este caso opera la nulidad procedimental prevista en el ordinal 1o. del artículo 198 del C. de P.Penal".

También se pretende que el juicio es nulo sobre la base de que no podía dejarse "sin sanción el delito de lesiones personales de que fué víctima el señor Castro en el momento de la consumación del delito o estado de especial peligrosidad, como quiera llamársele y calificarse dentro de la decisión de este recurso extraordinario de casación".

Respuesta:

Los hechos demostrados en el proceso configuran, sin que de ello quepa la menor duda, un delito de robo, calificado, además, por las circunstancias específicas en que se llevó a cabo, delito del que tenía que conocer, con arreglo a lo dispuesto en el literal j) del artículo 45 del C. de P. Penal, uno de los Juzgados

Superiores del Distrito Judicial de Bucaramanga, siguiendo, como se hizo, el procedimiento del Decreto 0014 de 1.955, ya que así se prescribió en el artículo 81 de ese estatuto.

Las lesiones que sufrió Castro, de incapacidad de 5 días, fueron la consecuencia directa de la violencia que sobre él se ejercitó para someterlo y de ese modo robarlo, y entonces ellas, en su comprensión jurídica, solo cabe tenerlas como la expresión y prueba del elemento que dió nota y características a la infracción patrimonial.

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 interpuesto contra el fallo de que se trata en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuèlvase.

Simón Montero Torres. Samuel Barrientos Restrepo. Julio Roncallo Acosta. Humberto Barrera Domínguez. Gustavo Rendón Gaviria. Primitivo Vergara Crespo. Pioquinto León L., Secretario

HURTO CONTINUADO

Causal 2a. Mérito del recaudo probatorio. Pretender oponer un criterio estimativo de la prueba el impugnador al criterio de los Jueces, no conduce a evidenciar el error o la indebida interpretaciòn de los hechos. Prueba indiciaria.

Si bien en juicios de la naturaleza del que aquí se estudia, decididos en puro derecho, es viable la causal segunda de casaciòn para que el recurso prospere y la Corte se vea precisada a invalidar un fallo, quien lo impugna está en la obligación perentoria de demostrar la evidencia del error en la sentencia, hasta el punto de hacerse notorio u ostensible que a los elementos de juicio el fallador de segunda instancia atribuyó, contrariando la realidad procesal, un valor probatorio que no tienen, o les negó el que sí tienen, bien se refieran esos elementos de convicción a la responsabilidad o a la existencia objetiva del ilícito.

Mas en el presente caso los demandantes no han demostrado el error de hecho. Sus planteamientos son apenas una interpretación subjetiva acerca del mérito del recaudo probatorio según la cual debieron ser absueltos los acusados por no conformar los indicios en, su contra los presupuestos del art. 203 del C. de P. P.

Es claro que si los indicios se toman de modo aislado, haciendo caso omiso de las relaciones que entre sì pueden guardar y de la cual depende la inferencia lógica de los hechos que se trata de demostrar, nunca se lograría una hipótesis racional ni se alcanzaría el necesario grado de certeza para decidir el juicio penal.

Por eso la Corte reiteradamente ha dicho en sus fallos de casación, cuando de la causal segunda se trata, que pretender oponer un criterio estimativo de la prueba el impugnador al criterio de los Jueces, no conduce a evidenciar el error o la indebida interpretación de los hechos. Y menos tratándose de procesos en los que la convicción o la certeza dimanan de la racional elaboración de la prueba indiciaria que el sentenciador valora, dentro de su arbitrio, cualitativa y cuantitativamente, como es propio al sistema legal-moral del procedimiento penal colombiano.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

El Juzgado Sèptimo Penal del Circuito de Bogotá, previos los trámites procesales del Decreto Legislativo 0014 de 1.955, dispuso en sentencia de 13 de junio de 1.962:

"1o. CONDENASE A JOSE MARIA ESCALLON BARACALDO, de las condiciones anotadas, a la pena principal de CATORCE MESES DE PRISION, como autor responsable del delito de hurto continuado en los almacenes Sears de Chapinero, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que dan cuenta los autos.

"2o. CONDENASE al mismo procesado, a indemnizar a la empresa mencionada, los daños y perjuicios que con el ilícito le hubiere causado. Esta condena se hace en abstracto a falta de estimación legal en concreto.

"3o. CONDENASE al mismo Escallón Baracaldo a las siguientes penas accesorias:

"6o. ABSUELVESE del delito de Hurto Continuado por el cual fueron llamados a declarar instructivamente y otros emplazados, los siguientes señores: José de Jesús Rodríguez, José Antonio Medina, Jesús M. García, Sergio Vega Avendaño, Alvaro Solano Méndez, Eudoro Pedraza Rozo, Gregorio González Chaves, Carlos Alfredo Pinto Pinto, Héctor Osorio Vanegas, Marco Antonio Hernández, Pedro Manuel Ariza, José Manuel Vicente Peñaloza y José Segundo Castro Vargas, cuyas calidades personales y civiles son conocidas en autos".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al conocer, por apelación y consulta, de la resolución de la instancia, la reformò en fallo de 1o. de octubre de 1.962, en el sentido de revocar la absolución impartida a José de Jesús Rodriguez, Jesús M. García y Eudoro Pedraza Rozo, a quienes condenó a la pena principal de 12 meses de prisión y accesorias pertinentes.

La decisión del ad quem fue recurrida en casación por los defensores de los precesados Eudoro Pedraza Rozo y José de Jesús Rodríguez, quienes formularon las correspondientes demandas sobre cuyo mérito se ocupará este proveído, previo examen de los antecedentes del proceso.

HECHOS

De ellos hace el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal la siguiente relación, justamente ceñida a los autos:

"Se concluye de los autos que en el primer semestre del año de 1.959, los libros de contabilidad llevados por los almacenes Sears en su sucursal de Chapinero demostraban un faltante superior a medio millón de pesos. En vista de ello, los directivos de la firma se hicieron a los servicios particulares de un Agente Secreto del Servicio de Inteligencia Colombiano, con la finalidad de identificar a los autores del hurto a las bodegas de los almacenes y la consiguiente sustracción de las mercancías que en ellas se encontraban.

Transcurrido algún tiempo las directivas obtuvieron informes de que un chofer al servicio de la firma Sears, de nombre José María Escallón, había dado a la venta una estufa de gas a Sergio Vega Avendaño. Escallón fue interrogado, y en el curso del interrogatorio hizo amplia confesiòn de los hechos, al tiempo que, comprometia en la comisión de ellos a otros empleados del almacén; los señores Eudoro Pedrazà, José Medina y José de Jesús Rodríguez. Hasta ese momento no se había hecho denuncia criminal ante las autoridades competentes, pero, sobre la base de la confesión de Escallòn, el abogado Lorenzo Solano, representando a los almecenes Sears, la formuló el 4 de septiembre de 1.959. A la denuncia acompañaba un escrito firmado por Escallón en que éste se declaraba como culpable de los hechos.

"Ese escrito decía así:

".....'Bogotá, septiembre 4/59. Yo José M. Escallón con cédula de ciudadanía No. 126603 de Bogotá hago constar por la presente que confieso por mi espontania (sic) voluntad (sic) ante el señor Superintendente D. Hughes, Leonidas Plaza Gerente de personal, Antonio Guzmán Jefe de 211. Son hechos de lo que hè contestado lo siguiente, en el mes de febrero mas o menos (sic) vendì una estufa de gas al señor Sergio Vega cuya direcciòn (sic) es carrera 16 No. 18-66 por un valor (sic) de $ 430.00 pesos recibi (sic) en cheque de un Banco de la ciudad tambièn dejo constancia, que el señor Vega imaginaba (sic) la procedencia de la estufa. Dejo constancia que lo relatado anteriormente es estricta (sic) por mi espontanea (sic) voluntad (sic). Dicha estufa fue sustraída por mí del almacén y transportada en el camión que yo manejo. Atentamente José M. Escallón. Testigo (firmado) Antonio Guzmán (hay otra firma ilegible)...".

"Una vez abierta lo correspondiente investigación fueron llamados a rendir indagatoria las siguientes personas: José María Escallón, Eudoro Pedraza, Josè Antonio Medina, José de Jesús Rodríguez, Sergio Vega, Gregorio González, Alvaro Solano, Carlos Alfredo Pinto, Héctor Osorio, Marco Antonio Hernández, Manuel Ariza, Vicènte Peñaloza y José Segundo Castro Vargas. La mayoria de estos indagados eran empleados de Sears.

"José Maria Escallón confesó por escrito, además, lo siguiente: (fl. 4 primer cuaderno). Yo José María Escallón con cédula de ciudadania No. 126603 por la presente hago constar (sic) que meses pasados Pedraza Eudoro y José Medina sustrajeron del almacén un compresor

o nó, el compresor de que hablo fue vendido (sic) al señor Sergio Vega el cual girò un cheque por el valor conbinido (sic) entre ellos en un biaje (sic) en que me fuè acionado (sic) Pedraza como ayudante pasamos al taller del señor Vega y recogimos el cheque a petición de Pedraza consigné el cheque a mi cuenta cambiándolo para darle el valor en efectivo.Bogotá 4 septiembre /59 (firmado) José Escallón. Testigo (firmado) Antonio Guzmán y otra firma ilegible.

"Escallón, en su diligencia de indagatoria, narra que sacó de los depósitos de Sears, dentro del camión que manejaba, un compresor, por insinuación de Sergio Vega, persona que después le propuso la compra de una estufa de gas por la cual le dió el valor de $ 450.00 pesos. Aclara que la confesión o declaración que hiciera por escrito ante el Gerente del personal se debió a la promesa que le hiciera de no poner el asunto en conocimiento de la justicia.

"Vega Avendaño en su injurada (fl. 27 y ss. del primer cuaderno) manifiesta que Escallón, a quien conocía como persona honorable, le dejó una estufa en comisiòn para su venta; que el mismo Escallón, en su camiòn de Sears, anteriormente le había llevado un compresor, el que afirmaba había comprado a los almacenes Sears por la suma de $ 350.00 pesos. Careados entre sí cada uno de ellos mantuvo su punto de vista.

"Eudoro Pedraza Rozo (indagatoria) cuenta haber trabajado como ayudante del camiòn que manejaba Escallón, trabajo que se le hizo insoportable, y del cual pidió traslado, por las humillaciones que afirma le infería Escallón. Rechaza en forma total el cargo que le hace Escallón en su escrito confesorio que atrás fué transcrito.

"Los Agentes Secretos del DAS números 1166 y 1896, en informe que obra al fl.19, dan cuenta de que Pedraza había bajado del camión de Sears una estufa de gas para ser entregada a un señor que era al parecer maestro de construcción. Además, que el mismo Pedraza, como ayudante del camión de Jesús Rodríguez, cargó una grifería que se encontraba en los depositos de los almacenes Sears y que llevada por García a la carrera 17 con calle 50 a una casa en construcción; que a esa misma obra habían llevado artículos similares sustraídos de los depósitos de Sears. Con posterioridad, Pedraza y Rodríguez, el uno como chofer, y el otro como ayudante, sustrajeron dos licuadoras que fueron recibidas en la dirección ya dicha por una señora, y por las cuales les fueron entregados $ 200.oo pesos.

"Afirman los agentes que en el mes de mayo Pedraza llevó en el camión de José de Jesús Rodríguez media docena de grifería para venderla al almacén de un señor Páramo, situado en la carrera 15 entre 12 y 13, y dicen que José de Jesús Rodríguez les afirmó que Eudoro Pedraza Rozo había sustraído las licuadoras comentadas.

En el mes de julio el mismo Pedraza sustrajo un esmeril que fue ofrecido a un sujeto Sergio Vega, dueño de un taller de mecánica en la carrera 16 con calle 18; al no comprarlo éste, un tal Octavio Cortés lo aquirió por la suma de $250.oo pesos. Concluyen los detectives su informe así: "este fuè según José de Jesús Rodríguez el último robo que hicieron y que nadie más que él le consta estos hechos puesto que a èl lo amenazaban entre Medina, Pedraza y Jesús García con darle muerte si contaba algo de esto.....".

DEMANDAS DE CASACION

La primera está fomulada por el doctor Jaime Fco: Cotes Collante, en representación del acusado Eudoro Pedraza Rozo. El libelo, que obra en el cuaderno No. 7 (fls. 13 a 16) no se ciñe a las prescripciones del artículo 531 del C. J. y, en cuanto a exigencias técnicas, tampoco se ajustan a lo ordenado en el artículo 570 del C. de P. P.

Dice invocar las causales primera y segunda señaladas en el artículo 567 del C. de P. P., porque "el Tribunal Sentenciador dictó sentencia en los autos, violando la ley, por haberle dado a los hechos una interpretación y un valor probatorio que en la certeza jurídica del proceso penal en análisis ni siquiera remotamente tienen". En cuanto a la primera dice el impugnador que "como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Sentenciador, al fallar, le dió una interpretación errònea a la ley y aplicó mal ésta, cuando condenó a Eudoro Pedraza Rozo, por el delito de hurto continuado, como lo puede apreciar y probar

en el expediente la Sala Penal de Casación de nuestra Corte. Violando los arts. 203 y 204 del C. de P. P., así como los arts. 398 y 32 del C. P.

En orden a demostrar el error del Tribunal en la apreciación de los elementos probatorios atinentes a la imputabilidad y responsabilidad de su poderdante, el acusador limita su cometido en una crítica superficial de la prueba de cargo valorada por el **ad quem** para su decisión condenatoria. En concepto del actor sólo tres indicios determinaron el fallo adverso: las confesiones extrajudiciales de Escallón, Jesús M. García y José J. Rodríguez; la capacidad física para la comisión del ilícito (mejor sería decir oportunidad para delinquir), y capacidad moral. El primero lo critica, precisamente por ser extrajudicial y porque, en su opinión su mèrito probatorio està destruido: el segundo lo estima inválido por ser su patrocinado sujeto de buenos antecedentes y llevar 3 años al servicio de la empresa denunciante y porque así como otros sindicados fueron declarados libres de culpa a Pedraza debió dársele igual tratamiento en el proceso. El tercero lo estima no probado, no obstante los antecedentes que aparecen a fl. 148 del cuaderno principal porque no hubo comprobaciòn dactiloscópica (fl. 149).

Lo anterior es la síntesis de la demanda formulada en favor del acusado Pedraza Rozo.

La segunda demanda, presentada a nombre de Josè de Jesús Rodríguez por el doctor Luis Alvaro Rodríguez Moreno, al contrario de la anterior, se acomoda a las exigencias tècnicas del recurso de casación. En ella, después de una relación de los hechos y del contenido de los fallos de primera y segunda instancias, se formulan como motivos de impugnaciòn los señalados en los ordinales 2o. y 1o. del artículo 567 del C. de P. P., coincidiendo en la acusación con la demanda ya analizada, si bien el estudio hecho y los planteamientos son más amplios y mejor elaborados.

Se refiere el demandante, en primer lugar, al documento suscrito por el acusado, en el que se atribuye la responsabilidad por la sustracción de algunos efectos de los almacenes Sears, para decir que el Tribunal incurrió "en error manifiesto de derecho en la apreciación de las pruebas, al considerar como prueba de responsabilidad la confesión extrajudicial contenida en el escrito que elaboró y suscribió el señor Josè de Jesús Rodríguez, con lo cual ha violado los Arts. 252, 253, 203, 204 y 255 del Código de P. P.".

Su razonamiento es como sigue:

"Por cuanto hace al escrito que elaboró y suscribió José de Jesús Rodríguez debemos dejar de una vez por todas en claro que se trata de un documento que por su forma y valor probatorio tiene la calidad de PRIVADO y que por su contenido y naturaleza de la prueba tiene la calidad de Extrajudicial que inserta y registra una confesión.

"De conformidad con el principio consagrado en el Art. 204 del C. de P. P., las pruebas han de analizarse cualitativamente y nó en forma cuantitativa; es la calidad misma de la prueba la que se confronta y examina en cada caso a fin de conocer hasta dónde ella es capaz de conducir a la certeza legal. 'La libre convicción del Juez no debe entenderse en el modo sentimental de una voz pura del espíritu que tranquiliza la conciencia del juez mismo, sino como libre y lógica apreciación de efectivos elementos de prueba, aunque esta consistiera en la exclusiva pero seria confesión del procesado".

Agrega más adelante el señor apoderado:

"En el caso de autos José de Jesús Rodríguez afirmó durante la diligencia de indagatoria, cuando se le puso de presente el documento para que lo reconociera, que la letra y la firma eran suyas pero que el contenido no era cierto, en otras palabras y conforme con los principios enunciados Rodríguez reconoció la forma del documento pero negó la sinceridad de su contenido.

"En estas condiciones, no se puede hablar de que Rodríguez haya reconocido el documento, por cuanto no se cumplió con la segunda condición que exige el reconocimiento como acto procesal en materia penal. La simple afirmación de Rodríguez de que el contenido del documento no era cierto es suficiente para quitarle al acto por medio del cual declaró ser el autor del escrito el significado o valor de un reconocimiento en el sentido a que se contrae el Art. 253 del C. de P. P. Y si el documento no fué reconocido como ha quedado demostrado mucho menos se puede

hablar de su autenticidad, toda vez que el medio empleado para conseguirlo fué el reconocimiento, el cual no tuvo cumplido efecto.

"En relación con las declaraciones de los señores Plazas, Hughes y C. Macarrón, si nos atenemos a sus textos, ellos coinciden en que no hubo amenazas para que Rodríguez confesara, que tal confesión fue obra de su libre expontaneidad y que cuando lo hizo estaban presentes a más de los testigos dos agentes secretos.

"Sea que Rodríguez hubiera manifestado a los directivos de Sears a viva voz el texto del escrito, o que solamente estos presenciaron la elaboración del documento, o que las dos circunstancias hubieran tenido ocurrencia en su presencia, para los efectos probatorios se deducen dos consecuencias, a saber: 1a.) Que Rodríguez es el autor del escrito, lo cual implicaría el reconocimiento de la forma del documento por medio de testigos, sin que ello pueda inferirse la sinceridad de su contenido; y 2a.) Que Rodríguez confesó el delito a los señores Plazas, Hughes y C. Macafrón en cuyo caso, de todas maneras hace relación al texto del escrito, sin que con esto se demuestre que el dicho de Rodríguez haya tenido ocurrencia o existencia. Esta circunstancia solamente puede demostrar que el autor del escrito es Rodríguez, o que Rodríguez les hizo conocer el texto del documento".

En segundo lugar, el demandante ataca el llamado **indicio de oportunidad**, resultante del hecho de ser Rodríguez trabajador de los almacenes Sears y estar por ello en mayores posibilidades de cometer la infracción, porque, según el impugnador, ese indicio obraría lo mismo para todos los dependientes de la empresa, circunstancia que lo torna equívoco y le resta todo mérito probatorio. También, de acuerdo con su criterio, el hecho "indicador" no se demostró porque no se trajo a los autos el contrato de trabajo del acusado con los almacenes Sears.

Por último, la demanda señala como error del sentenciador haber atribuído valor probatorio a los informes de los agentes secretos para por este medio dar mayor fuerza a las confesiones suscritas por Escallón y Rodríguez.

De todo su examen de los elementos de jnicio concluye el impugnador que a más de no existir prueba de la responsabilidad de su poderdante, la objetividad jurídica de la infracción no se demostró, en lo que respecta a la preexistencia, propiedad y consiguiente falta de algunos de los efectos que se dice fueron sustraídos.

Para sustentar este aserto, el señor apoderado hace estos razonamientos:

"a). El Tribunal al estudiar el aspecto material del delito de hurto cometido a los Almacenes Sears, acepta que no se obtuvo ninguna comprobación sobre la preexistencia, propiedad y consiguiente falta de las griferías relacionadas por Rodríguez en su escrito y sin embargo al estudiar el aspecto subjetivo del delito le imputa y lo declara responsable de la sustracción de estos objetos.

"b). El Tribunal acepta que durante la investigación sólo se comprobó la preexistencia, propiedad y consiguiente falta de UNA SOLA ESTUFA y UN SOLO COMPRESOR, objetos que fueron sustraídos por José María Escallón.

"Al condenar a José de Jesús Rodríguez por el hurto de una estufa y un compresor, el Tribunal está significando que los objetos de estas especies, sustraídos a los almacenes Sears no eran únicos, sino que eran DOS ESTUFAS Y DOS COMPRESORES: una estufa y un compresor sustraídos por José María Escallón y otra estufa y otro compresor sustraídos por José de Jesús Rodríguez, lo cual es contrario y contradictorio con la realidad procesal y con las propias conclusiones del Tribunal.

"c). Tampoco puede pensarse, en relación con la estufa y el compresor, que Rodríguez y Escallón fueron copartícipes del hurto, por cuanto Escallón en su confesión manifiestó ser el único responsable del hurto de estos objetos".

Estima el demandante, ya en derecho, violados los artículos 203 y 204 del C. de P. P., 11 del C. P. y 1o. de la ley 4a. de 1.943; e indebidamente aplicados los artículos 216, 223, 252, 253 y 255 del C. de P. P. "En otras palabras, dice el señor apoderado, el error de derecho demostrado aparece como determinante, para usar las propias palalabras del

Art. 567 del C. P. P., de la responsabilidad que se le imputó en la sentencia acusada a José de Jesús Rodríguez y como condición suficiente de la pena que se le impuso".

La causal primera la invoca el demandante como consecuente de la segunda y hace referencia a la violación de los textos penales sustantivos citados atrás.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Respecto a la primera demanda, es decir, la referente a Eudoro Pedraza Rozo, estima el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que "Las divagaciones que hace el impugnador alrededor del art. 255 del C. de P. P. no son conducentes para restarle el carácter de confesiones extrajudiciales a los escritos que obran en autos de José M. Escallón B. y José J. Rodríguez, incriminatorios de Pedraza". Agrega: "Por otra parte, los testimonios de los directivos de Sears, señores Antonio Sánchez, Jorge Daniel Hughes, Enrique Ramírez García, etc. respaldan el hecho de que estas confesiones extrajudiciales se hicieron expontáneamente y se firmaron libremente por sus autores, El peso incriminativo que ellas tienen para Pedraza no puede desconocerse y a la luz de los arts. 216 y ss. del C. de P. P. estructura un indicio grave de su responsabilidad".

Refuta, igualmente, el distinguido colaborador las críticas del demandante al indicio de capacidad física o de oportunidad para delinquir, el que considera "obviamente establecido en autos", por ser el acusado ayudante de un camión de la firma de la empresa perjudicada.

En su respuesta la Procuraduría, refiriéndose a la misma demanda, se lamenta de "que recurso tan respetable y de tanta envergadura jurídica como el de casación sea tratado con la censurable ligereza ostensible en el presente negocio. La casación -agrega el colaborador fiscal-, en razón del desconocimiento de sus normas fundamentales por parte de quien la propone, se ha venido convirtiendo en una rutina legalista disminuyendo su carácter de recurso extraordinario hasta presentarse como simple e inexistente tercera instancia".

En cuanto a la segunda demanda, formulada a nombre de José de Jesús Rodríguez, luego de destacar algunas de las principales consideraciones del fallo recurrido, la Procuraduría Delegada anota:

"El esfuerzo del acusador de la sentencia se orienta a demostrar el ningún valor que como indicio pueda tener la confesión extrajudicial que anteriormente se ha comentado y transcrito; la inexistencia del indicio de oportunidad para delinquir por parte de Rodríguez, por ausencia de la demostración mediante un contrato de trabajo, del hecho de que Rodríguez fuera trabajador al servicio de Sears. Los cargos son de una puerilidad extremada. Para este Despacho, indignos de ser presentados dentro una seria y bien concebida demanda de casación. Es tan flagrante e incontrovertible la prueba indiciaria que arroja el expediente, que volver a analizarla se convierte en tarea, a más de improba, inconducente. El distinguido opositor olvida que en materia de indicios se ha sostenido sobre ellos, en casación, lo siguiente: 'en la avaluación de la prueba indiciaria el juzgador goza de una amplitud y libertad suficiente, porque siendo la apreciación una operación mental encomendada al criterio personal del fallador en el cual juega papel preponderante el criterio subjetivo de éste, la Corte no puede desestimar la valoración de esa prueba, ni sustituír el criterio subjetivo del fallador de instancia, sino cuando el demandante demuestre que se ha incurrido en error evidente en la apreciación de los hechos o que por haberseles atribuído un valor probatorio que no tenían o negado el que sí tenían se hubiera dado por establecido uno de los elementos del cuerpo del delito o alguna circunstancia eximente o modificadora de la responsabilidad, en perjuicio evidente del acusado, o de la administración de justicia'. La demostración aquí pedida, no se ha dado por el recurrente".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1a. Analizados los motivos de impugnación contenidos y sustentados deficientemente en ambas demandas, es fácil concluír que el recurso de casación propuesto no puede prosperar porque en manera alguna los cargos han sido demostrados. Los libelos, en el fondo, apenas sí ensayan una crítica al criterio valorativo de la prueba aceptada por el Tribunal para proferir el fallo condenatorio, pretendiendo desconocer la fuerza incriminativa de los

varios indicios que pesan sobre los acusados, como autores del delito de hurto a que el proceso se refiere.

2a. Cabe observar, en primer lugar, que las tachas hechas a los escritos firmados por Escallón y Rodríguez, dándoles el tratamiento de documentos privados cuya autenticidad no se logró en los autos, son inadmisibles. Esas confesiones extrajudiciales allí consignadas, las estimó el Tribunal debidamente, no sólo por ser de puño y letra de sus autores sino porque de todo lo referente a esos escritos está confirmado por los testigos presenciales a que alude el señor Procurador Delegado. Dicha prueba no se ha pretendido tenerla como plena, tómesela en su carácter documental o como confesión, sino en su precisa calidad de indicio, cuya gravedad apreció el **ad quem** de acuerdo con las normas que son propias a ese medio de convicción judicial, y en particular ateniéndose a lo que preceptúa el artículo 252 del C.de P. P. en concordancia con las demás disposiciones del Capítulo V Título 5o. Libro 1o. del mismo Código.

3a. La autenticidad de los escritos a que se viene haciendo alusión es una verdad inconcusa y en nada la demerita el que Rodríguez, no obstante reconocer su firma y el texto del documento, asevere no ser ciertos los hechos confesados. Porque para llegar a la certeza legal de éstos y tener fundamentos probatorios para la condenación, no se tienen solamente los documentos sino los demás indicios analizados en el fallo, que se concatenan con las confesiones aludidas y forman una teoría indiciaria que llena, con mucho, los requisitos del artículo 203 del C. de P. P.

4a. Si bien en juicios de la naturaleza del que aquí se estudia, decididos en puro derecho, es viable la causal segunda de casación para que el recurso prospere y la Corte se vea precisada a invalidar un fallo, quien lo impugna está en la obligación perentoria de demostrar la evidencia del error en la sentencia, hasta el punto de hacerse notorio u ostensible que a los elementos de juicio el fallador de segunda instancia atribuyó, contrariando la realidad procesal, un valor probatorio que no tiene, o les negó el que sí tienen, bien se refieran esos elementos de convicción a la responsabilidad o a la existencia objetiva del lícito.

Mas en el presente caso los demandantes no han demostrado el error de hecho. Sus planteamientos son apenas una interpretación subjetiva acerca del mérito del recaudo probatorio, según la cual debieron ser absueltos los acusados por no conformar los indicios en su contra los presupuestos del artículo 203 del C. de P. P.

Es claro que si los indicios se toman de modo aislado, haciendo caso omiso de la relación que entre sí pueden guardar y de la cual depende la inferencia lógica de los hechos que se trata de demostrar, nunca se lograría una hipótesis racional ni se alcanzaría el necesario grado de certeza para decidir el juicio penal.

Por eso la Corte reiteradamente ha dicho en sus fallos de casación, cuando de la causal segunda se trata, que pretender oponer un criterio estimativo de la prueba el impugnador al criterio de los jueces, no conduce a evidenciar el error o la indebida interpretación de los hechos. Y menos tratándose de procesos en los que la convicción o la certeza dimanan de la racional elaboración de la prueba indiciaria, que el sentenciador valora, dentro de su arbitrio, cualitativa y cuantitativamente, como es propio al sistema legal-moral del procedimiento penal colombiano.

5a. Se concluye de todo lo dicho que la causal segunda de casación invocada por ambos demandantes no prospera y, en consecuencia, tampoco la primera, subordinada como aparece a aquélla.

6a. Se procederá, por tanto, de acuerdo con lo indicado en el artículo 569 del C. de P. P.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- de acuerdo con la opinión del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA los recursos de casación a que se ha hecho referencia y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Srio.

VIOLENCIA CARNAL AGRAVADA

Yerro en la estimación de las pruebas. Dictamen médico-legal. Discordancia entre la sentencia y el auto de proceder. Alcance de "grave daño en la salud de la víctima", para los efectos de la agravación de la violencia carnal. Legislación comparada. Clasificación de las lesiones personales. Violación de la ley sustantiva, por indebida aplicación del art. 318 del C. P. y de los ordinales 1o. y 3o. del artículo 317 ibídem

1. El ad quem dejó de tomar en cuenta en el fallo acusado el último concepto del perito médico que examinó a la ofendida, según el cual la incapacidad sufrida por ésta solo alcanzò a seis días, pues anota lo siguiente: "El reconocimiento médico señaló a la menor como consecuencia de los daños que sufró con el acto sexual a que fue sometida, una incapacidad de doce días y la necesidad de suturar las heridas sufridas. Es éste un daño grave en la salud de la menor, que debe tenerse en cuenta para la fijación de la pena, conforme al artículo 328 del Código Penal".

Ese lapso de doce días de incapacidad había sido fijado en el primer informe del perito, pero éste indicó, posteriormente, un término de seis días solamente.

Ahora bien: auncuando la sola incapacidad de doce días no permite calificar como violencia carnal agravada, en el caso previsto en el art. 318 del Código Penal, los hechos imputados al procesado, pues esa sola consecuencia no constituye un grave daño en la salud de la víctima, es evidente que ese yerro en la estimación de las pruebas, cometidos por el juzgador de segunda instancia, incidió en la aplicación del precepto antes citado.

2. El fallo acusado no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, pues en este proveído no se mencionaron las circunstancias específicas de agravación de los ordinales 1o. y 3o. del art. 317 del Código Penal, ni tampoco se hizo alusión al art. 318 de la misma obra, disposiciones éstas tomadas en cuenta para señalar, en cinco años de presidio, la pena impuesta al procesado.

Cuando el ordinal 3o. del art. 431 del C. de P. P. manda que en la parte motiva del auto de proceder se haga una "calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", es evidente que en lo que respecta a los motivos de agravación de la responsabilidad, solo pueden tomarse en consideración en la sentencia los que se han indicado en el pliego de cargos. Si en un fallo condenatorio se dedujera circunstancias especiales de agravaciòn de la pena, no señaladas en el auto de proceder, se quebrantaría la unidad del juzgamiento y el deber de lealtad para con el enjuiciado, pues se le condenaría por cargos que por no habérsele formulado oportunamente, mal podría, respecto a ellos, adelantar su defensa.

3. Al ser pertinentes las causales segunda y tercera de casación, es obvio que la primera, invocada como consecuencial, también prospera.

El delito complejo que define el art. 318 del Código Penal en el que se reprimen como una sola infracción el atentado a la libertad sexual (violencia carnal) y las ofensas a la vida y a la integridad personal (homicidio y lesiones), implica, en la última de las hipótesis, que se trate de un grave daño en la salud de la víctima.

La expresión grave daño en la salud tiene un amplio alcance, cuya calificación corresponde al juzgador en cada caso. Dentro de este concepto, cabe comprender la contaminaciòn venérea resultante del acceso carnal. Pero la sola incapacidad para el trabajo, cuando es de corto lapso, no permite atribuír a quien la sufre un estado de grave daño en la salud. En esos casos de simpleincapacidad, las lesiones que dan lugar a ella han sido estimadas en la doctrina como leves o levísimas, según el término de duración del impedimento para eltrabajo. El Código Penal de 1.890 hacía la clasificación a que se ha hecho referencia, asì: "art. 645. El que voluntariamente hiera, dé de golpes, o de cualquier otro modo maltrate de obra a otra persona, con premeditación y con intención de maltratarla, hiriéndole brazo, pierna u otro miembro u órgano principal, o cualquiera parte del cuerpo, de manera que le produzca una enfermedad de por vida, o la pérdida de alguno de sus órganos o miembros, o una notable deformidad física gravemente perjudicial, o una perpetua incapacidad de trabajar como antes, será castigado con la pena de seis a diez años de presidio. Si la lesión fuere leve por no ser de mucha importancia el órgano o miembro, o la parte del cuerpo inutilizada o por no ser muy notable la deformidad física, o por porducir grave perjuicio al ofendido, la pena será de tres a seis años de presidio. Si la lesión fuera levísima o de carácter transitorio, pero de larga duración, como la que resulta de cortarle el pelo a una mujer, la pena será de dos a cuatro años de reclusión; pero si la incapacidad que haya resultado se merece pena mayor, será ésta la que se aplique".

El tratadista ANTONIO VICENTE ARENAS, al referirse en sus "Comentarios al Código Penal Colombiano", al alcance de daño grave en la salud, anota lo siguiente: Por último, el grave daño en la salud de la víctima, como consecuencia de las violencias realizadas, es circunstancia específica de agravación. Nuestro legislador ha empleado con muy buen acuerdo la palabra grave. Es natural que el acceso carnal obtenido por medio de violencia física ocasione a la víctima lesiones leves, como maltratamientos o pequeñas heridas. Semejante resultado hace parte del delito mismo, y por eso, solo debe tenerse en cuenta, comò circunstancia de agravación, cuando el daño en la salud haya sido grave" (Ediciones de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1.947 p. 57).

Las legislaciones que no señalan taxativamente qué consecuencia permiten calificar como graves las lesiones personales, dejan esta labor al Juez. Así ocurre cuando se trata de aplicar el art. 318 del Código Penal Colombiano, en el cual se dice: "Si los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren la muerte o grave daño en su salud, la pena será de tres a doce años de presidio". Se refiere esta norma al delito de violencia carnal.

Ahora bien: ¿qué debe entenderse por grave daño en la salud (lesión personal grave), para los efectos del mencionado artículo 318 del Código Penal?.

El actual Código no hace la clasificación en graves, leves y levísimas de las lesiones personales que señalaba el estatuto de 1.890. Se ocupa solo de establecer una escala de sanciones segùn el lapso de incapacidad (art. 372) y de indicar otras penas (arts. 373 a 376, inclusives) cuando quedan a la víctima consecuencias distintas de la simple incapacidad, como desfiguración facial, deformidad física, perturbación funcional de un órgano o miembro o su pérdida, o se presenta el parto o el aborto de la mujer lesionada.

No se puede, pues, formular una clasificación con base en las sanciones previstas en uno u otro caso, pues este criterio, salvo situaciones especiales, resulta arbitrario y poco seguro. Es mejor que se esté a la competencia para conocer del delito, respecto de lo cual se tiene: 1o. Las autoridades de policía conocen cuando las lesiones personales producen una enfermedad o incapacidad que no ecceda de cinco días y no dejen al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico (art. 1o. del Decreto extrordinario No. 23 de 1.957). 2o. Los Jueces Municipales son competentes cuando la enfermedad o incapacidad pasa de quince días y no queda al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico (ordinal 1o. del art. 4o. del Decreto extraordinario No. 3347 de

1.950). 3o. Los Jueces Penales de Circuito juzgan en los demás casos.

Esta distribución de la competencia resulta ser un criterio que ofrece confianza para presentar una clasificación de las lesiones personales en graves, leves y levísimas, distribuciòn de la competencia que, asimismo, es la que se toma en consideración para determinar cuál es el delito más grave, a fin de señalar el Juez del conocimiento cuando en un mismo proceso deben investigarse y fallarse varios ilícitos sometidos a diversas competencias, (art. 50 del C. de P. P.).

De esta manera, se tiene lo siguiente:

a). Lesiones personales levísimas, si de ellas conocen las autoridades de policía, esto es, cuando la incapacidad no eccede de cinco días y no quedan al ofendido lesiones de carácter permanente ni defecto físico.

b). Lesiones personales leves, si juzgan de ella los Jueces Municipales, es decir, cuando producen una incapacidad mayor de cinco días y no quedan a la víctima lesión de carácter permanente, ni defecto físico.

c). Lesiones personales graves, si su conocimiento está atribuído a los Jueces Penales de Circuito, esto es, en todos los demás casos.

Bien puede hacerse otra clasificación con apoyo en la calidad y la cantidad de las penas, pero la anterior se acomoda a la sanción indicada en el art. 318 (de tres a doce años de presidio), explicable solo cuando el grave daño en la salud de la víctima, de ser reprimido separadamente, implique una pena mayor de las previstas en el art. 372 del Código Penal.

Es claro que cuando el delito de violencia carnal concurre con un caso de lesiones personales no calificables de grave, si éstas no se confunden con los actos mismos que la violación requiere, (como las excoriaciones y las contusiones leves, que acompañan casi siempre a la violencia física, o la desgarradura del himen en el acceso carnal normal en una mujer virgen), corresponde sancionar el comportamiento delictivo tomando en cuenta los preceptos que se ocupan del concurso de delitos, no siendo pertinente, entonces, la norma contenida en el art. 318 del Código Penal.

4. Puede ocurrir por caso que el agente, para dominar al sujeto pasivo a fin de someterlo al acceso carnal, intencionalmente le cause un fuerte traumatismo craneano con arma contundente, calificable de lesión grave o leve y que no se confunde con la violencia física misma. Si se trata de lo primero, habrá de aplicarse el precepto contenido en el art. 318. Si ocurre lo segundo el comportamiento debe ser sancionado de acuerdo con las normas del concurso de delitos, tomando en cuenta los arts. 316 y 372 del Código Penal.

Así, pues, si una incapacidad de seis días como la que sufrió la menor no permite calificar de graves las lesiones personales que le ocasionaron, es evidente que el ad quem incurrió en violación de la ley penal por indebida aplicación de la norma que trae el art. 318 varias veces mencionado, pues esta disposición se refiere a los casos de fallecimiento de la persona sometida al acceso carnal o al grave daño en su salud. Tanto más cuanto que esas pequeñas heridas que presentó la menor corresponde ser consideradas como una consecuencia misma del acceso carnal, indispensable para que el delito de violación se consumara.

De igual manera, por no haber sido citadas en el auto de proceder, el Tribunal Superior aplicó indebidamente las circunstancias de agravación señaladas en los ordinales 1o. y 3o. del art. 317 del Código Penal, que aluden, respectivamente a la virginidad o irreprochable honestidad de la mujer ofendida con el delito, y a las relaciones de particular autoridad del victimario con la víctima de la violación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero siete de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver el recurso de casacion in-

terpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, por la cual le fue impuesta al procesado ELISEO BOYACA SUESCA la pena principal de cinco (5) años de presidio, como responsable del delito de violencia carnal cometido en la menor María del Carmen Juisa.

En la demanda, propone el señor Fiscal del Tribunal citado las causales segunda, tercera y primera de casación, previstas en el artículo 567 del Código de procedimiento Penal.

HECHOS:

El día 23 de mayo de 1.959 se encontraban la menor Carmen Juisa y su tío Eliseo Boyacá Suesca cumpliendo algunas labores agrícolas en una finca de la vereda de "Cormechoque Abajo", del municipio de Siachoque (Boyacà). En determinado momento, el procesado echó a tierra a su sobrina y la sometió al acceso carnal.

El perito médico encontró en la ofendida una desfloración reciente y "desgarradura de la piel hasta el ano. . . " que determinó una incapacidad de seis días; igualmente señaló que la edad de ésta "se encuentra en un promedio de diez años", (fls. 7, 15 y 20 del primer Cd.).

El sindicado manifestó tener veintidós años de edad y acepta los cargos que le fueron hechos. Dice, en efecto: "Se me ocurrió ser atrevido con la joven María del Carmen Juisa y no pasó nada más, y luego nuevamente nos fuimos para la casa con la joven . . . . .; soy tío legítimo de la joven; ninguna propuesta le hice, sino le caí de hecho y abusé de ella".

DEMANDA DE CASACION.

El demandante señala los siguientes cargos contra la sentencia acusada:

1o. Causal segunda:

Afirma el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja que el **ad quem** "no interpretó debidamente las pruebas periciales que obran en autos, pues les dió un valor que no tienen. Como consecuencia, creyò aplicable el art. 318 del Código Penal, siendo así que no tiene operancia en el presente caso. Con ello, violó la ley penal . . ., por lo cual tiene también vigencia la alegación de la causal primera de casación".

Refiriéndose a los informes médico-legales observa con toda razón el impugnante que en la sentencia recurrida se alude a una incapacidad de doce días, siendo así que en el último concepto del perito le fue señalada a la menor María del Carmen Juisa un lapso de seis días de incapacidad.

De lo anterior, deduce el demandante que el **ad quem**, como consecuencia del error en la estimación de las pruebas, aplicó indebidamente el precepto contenido en el artículo 318 del Código Penal.

2o. Causal tercera:

Dice el actor lo que pasa a trascribirse:

"El H. Tribunal dictó sentencia que no está en concordancia con los cargos hechos en el auto de proceder. En el brevísimo auto de proceder que dictó el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Tunja, que quedò ejecutoriado porque no fue apelado, no se contempla ni siquiera la agravante del numeral primero del artículo 317 del C. P., mucho menos la más grave del artículo 318 del mismo libro. En consecuencia, la sentencia no tenía modo jurídico de condenar por tales disposiciones, como lo hizo..... Resulta violatorio de la Constitución Nacional -artículo 26- condenar con un agravante que la justicia no había contemplado en el pliego de cargos, pues ello equivale a condenar sin ser oído en juicio. Nadie va a defenderse de aquello de qué nadie lo acusa.

"La consonancia entre un auto de proceder y una sentencia no se limita al género de delito, sino a las circunstancias atenuantes o agravantes. Puede la sentencia reconocer atenuantes que no contemple el auto de proceder, pero nó agravantes que no se hayan previsto allí. Otra cosa son las circunstancias de mayor peligrosidad, en que el juez puede moverse con más libertad en la sentencia".

"Por tanto, la sentencia no está en consomancia con el auto de proceder que, en cortísimo párrafo, dijo: 'los requisitos del artículo 316 del estatuto penal se hallan, pues, satisfechos ampliamente".

3o. Causal primera:

Invoca como consecuencial la causal prime-

ra de casación, pues, expresa el demandante, "no debían aplicarse en absoluto el numeral 1o. del art. 317 y el artículo 318 del Código Penal. La pena de cinco años de presidio es excesiva para Boyacá. Fuera de su personalidad rústica, montaraz, ausente de la civilización; como dice la sentencia, es joven e ignorante..... Debe ser condenado, en nuestro concepto, a la pena que le había fijado el juez de primera instancia, esto es, a la de tres años, que es justa y equitativa".

Concluye el impugnante, así:

"Como creemos que ni el daño en la salud ha sido grave, ni la sentencia está en consonancia con el auto de proceder y se han aplicado dos artículos del estatuto penal que no son procedentes, respetuosamente insisto en que se case la sentencia".

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA.

Los cargos que el demandante hace a la sentencia del Tribunal Superior de Tunja resultan demostrados. Se tiene, en efecto:

-I- CAUSAL SEGUNDA:

El **ad quem** dejó de tomar en cuenta en el fallo acusado el último concepto del perito médico que examinó a la ofendida, según el cual la incapacidad sufrida por ésta sólo alcanzó a seis días, pues anota lo siguiente: "El reconocimiento médico señaló a la menor como consecuencia de los daños que sufrió con el acto sexual a que fue sometida, una incapacidad de doce días y la necesidad de suturar las heridas sufridas. Es este un daño grave en la salud de la menor, que debe tenerse en cuenta para la fijación de la pena, conforme al artículo 318 del Código Penal".

Ese lapso de doce días de incapacidad había sido fijado en el primer informe del perito (f. 7 del primer Cd.), pero éste indicó, posteriormente, un término de seis días solamente, (f. 15 Ib.).

Ahora bien: Auncuando la sola incapacidad de doce días no permite calificar como violencia carnal agravada, en el caso previsto en el artículo 318 del Código Penal, los hechos imputados a Boyacá Suesca, pues esa simple consecuencia no constituye un grave daño en la salud de la víctima, es evidente que ese yerro en la estimación de las pruebas, cometido por el juzgador de segunda instancia, incidió en la aplicación del precepto antes citado.

-II- CAUSAL TERCERA:

El fallo acusado no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, pues en este último proveído no se mencionaron las circunstancias específicas de agravación de los ordinales 1o. y 3o. del artículo 316 del Código Penal, ni tampoco se hizo alusión al artículo 318 de la misma obra, disposiciones éstas tomadas en cuenta para señalar, en cinco años de presidio, la pena impuesta al procesado Boyacá Suesca.

Cuando el ordinal 3o. del artículo 431 del C. de P. P. manda que en la parte motiva del auto de proceder se haga una "calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", es evidente que, en lo que respecta a los motivos de agravación de la responsabilidad, sólo pueden tomarse en consideración en la sentencia los que se han indicado en el pliego de cargos. Si en un fallo condenatorio se dedujeran circunstancias especiales de agravación de la pena, no señaladas en el auto de proceder, se quebrantaría la unidad del juzgamiento y el deber de lealtad para con el enjuiciado, pues se le condenaría por cargos que, por no habérsele formulado oportunamente, mal podía, respecto a ellos, adelantar su defensa.

En la sentencia de 17 de abril de 1.961, (G. J. t. XCV, No. 2239, p. 553 a 571), dice esta Sala:

"Si el veredicto no se acopla al llamamiento a juicio o si se pronuncia sobre circunstancias constitutivas o específicamente agravantes del ilícito no sometidas a su consideración, la sentencia que el juez de derecho dicte conformándola a los términos de la decisión del jurado es una sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

"Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas a las que se le sometieron a su juicio contraviene el pliego de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen.

Aceptar un pronunciamiento excedido virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que sólo es atendible en lo pertinente. Tratar de forzar con el fallo una situación procesal inequívoca, so pretexto de atender y entender un veredicto más allá de su verdadero contenido autoriza y dá fundamento a la causal tercera de casación".

-III- CAUSAL PRIMERA:

Al ser pertinentes las causales segunda y tercera de casación, es obvio que la primera, invocada como consecuencial, también prospera.

El delito complejo que define el artículo 318 del Código Penal, en el que se reprimen como una sola infracción el atentado a la libertad sexual (violencia carnal) y las ofensas a la vida y a la integridad personal (homicidio y lesiones), implica, en la última de las hipótesis, que se trate de un grave daño en la salud de la víctima.

La expresión grave daño en la salud tiene un amplio alcance, cuya calificación corresponde al juzgador en cada caso. Dentro de este concepto, cabe comprender la contaminación venèrea resultante del acceso carnal. Pero la sola incapacidad para el trabajo, cuando es de corto lapso, no permite atribuir a quien la sufre un estado de grave daño en la salud. En esos casos de simple incapacidad, las lesiones que dan lugar a élla han sido estimadas en la doctrina como leves o levísimas, según el término de duración del impedimento para el trabajo. El Código Penal de 1.890 hacía la clasificación a que se ha hecho referencia, así: "Art. 645. El qué voluntariamente hiera, de golpes, o de cualquier otro modo maltrate de obra, a otra persona, con premeditación y con intención de maltratarla, hiriéndole brazo, pierna u otro miembro u órgano principal, o cualquiera parte del cuerpo, de manera que le produzca una enfermedad de por vida, o la pérdida de alguno de sus órganos o miembros, o una notable deformidad física gravemente perjudicial, o una perpetua incapacidad de trabajar como antes, será castigado con la pena de seis a diez años de presidio. Si la lesión fuere leve, por no ser de mucha importancia el órgano o miembro, o la parte del cuerpo inutilizada, o por no ser muy notable la deformidad física, o por no producir grave perjuicio al ofendido, la pena será de tres a seis años de presidio. Si la lesión fuere levísima o de carácter transitorio, pero de larga duración, como la que resulta de cortarle el pelo a una mujer, la pena será de dos a cuatro años de reclusión; pero si la incapacidad que haya resultado se merece pena mayor, será esta la que se aplique".

El tratadista ANTONIO VICENTE ARENAS, al referirse en sus "**Comentarios al código penal colombiano**", al alcance de daño grave en la salud, anota lo siguiente:

"Por último, el grave daño en la salud de la víctima, como consecuencia de las violencias realizadas, es circunstancia específica de agravación. Nuestro legislador ha empleado con muy buen acuerdo la palabra grave. Es natural que el acceso carnal obtenido por medio de violencia física ocasione a la víctima lesiones leves, como maltratamientos o pequeñas heridas. Semejante resultado hace parte del delito mismo, y por eso, solo debe tenerse en cuenta, como circunstancia de agravación, cuando el daño en la salud haya sido grave", (Ediciones de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1.947, p. 57).

Algunas legislaciones iberoamericanas, como las de Cuba, Chile, Honduras, Mèxico, Nicaragua, El Salvador y Uruguay, dejan estos eventos de violación y muerte del ofendido, o de violación y lesiones personales, al juego del concurso de delitos. Siguen, en cambio, el criterio del legislador colombiano los Códigos de Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

Ahora bien:

Para el profesor GUILLERMO URIBE CUALLA, la definición más exacta de **herida**, desde el punto de vista de la medicina legal, "la ha dado el Tribunal de Lyon, cuando dijo que era toda lesión por mínima que sea, que haya dado por resultado interesar el cuerpo o la salud de un individuo" ("Medicina Legal y Psiquiatría Forense", Edit: Librería Voluntad, Bogotá, 1.950, p. 187). Se tiene, entonces, que para los efectos penales previstos en el artículo 318 citado, lesión personal grave y grave daño en la salud son términos equivalentes.

Algunos Códigos extranjeros, al igual que el colombiano del 90, indican que debe com-

prenderse dentro del alcance de lesiones personales graves, así:

a). C. Penal de España: "Art. 420. El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro será castigado como reo de lesiones graves.

"1o. Con la pena de prisión mayor, si de resultas de las lesiones quedare el ofendido imbécil, impotente o ciego.

"2o. Con la de prisión menor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas, si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere perdido un ojo o algún miembro principal, o hubiere quedado impedido de él, o inutilizado para el trabajo a que hasta entonces se hubiere habitualmente dedicado.

"3o. Con la pena de prisión menor, si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere quedado deforme o perdido un miembro principal, o quedado inutilizado de él, o hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual o enfermo por más de noventa días.

"4o. Con la de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, si las lesiones hubiesen producido al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

b). C. Penal de Francia: Según cita del tratadista de Medicina Legal LEOPOLDO SIMONIN, (Medicina legal judicial, Editorial Jims, Barcelona, 1.962, p. 71), son "golpes y heridas graves aquellos de los que resulta una enfermedad o una incapacidad de trabajo de más de veiente días (arts. 309 y 315); las violencias seguidas de incapacidad permanente, de mutilación, de amputación, de privación del uso de un miembro, de pèrdida de un ojo (art. 309), y la castración (art. 316)".

c). C. Penal de Italia.

En el artículo 583 se dice: "La lesiòn personal es grave, y se aplica reclusión de tres a siete años: 1), Si del hecho se sigue una enfermedad que ponga en peligro la vida de la persona injuriada, o una enfermedad, o una incapacidad de atender a las ocupaciones ordinarias, por un tiempo mayor de cuarenta dias; 2), Si el hecho produce debilitamiento permanente de un sentido o de un órgano; 3), Si la persona injuriada es una mujer encinta y del hecho se sigue el aceleramiento del parto. La lesión personal es gravisima, y se aplica reclusión de seis a doce años, si el hecho se sigue; 1), Una enfermedad incurable, cierta o probablemente; 2), La pérdida de un sentido; 3), La pérdida de un miembro, o una mutilación que haga el miembro inservible, o la pèrdida del uso de un órgano o de la capacidad de procrear, o una dificultad para hablar permanente y grave; 4), La deformación o desfiguración permanente del rostro, y 5)., El aborto de la persona injuriada".

d). C. Penal de Alemania.

En el "Derecho Penal" del tratadista EDMUND MEZGER (Editorial "Bibliográfica Argentina", Buenos Aires, 1.959, pg. 74), se comentan los parágrafos 224 y 225 del Código Penal Alemán, así: "Lesión corporal grave. (Parágrafos 224 y 225). Se caracteriza por las graves consecuencias que ocasiona la lesión. La ley menciona como tales la pérdida de un miembro importante, de la facultad visual en uno o ambos ojos, del oído, del habla, de la capacidad de engendrar o concebir, una considerable deformación permanente, el hecho de sufrir un quebrantamiento crónico de la salud, parálisis o enfermedad mental. En el parágrafo 224 las consecuencias graves son circunstancias de hecho que agravan objetivamente el resultado (delito cualificado por el resultado)....".

e). Códigos Iberoamericanos.

En las legislaciones de los países iberoamericanos que adoptan el sistema de la colombiana, de agravar especificamente el delito de violación cuando con él concurre un grave daño en la salud de la víctima o su fallecimiento por razòn de los actos ejecutados, o sean los códigos de Argentina (de 1.922, art. 122), Brasil (de 1.940 art. 223), Costa Rica (de 1.941, art. 218). Ecuador (de 1.938, art. 489), Panamá (de 1.922, art. 298), Paraguay (de 1.910, art. 315, último inciso, si bien se refiere sólo al caso de fallecimiento de la víctima), Perú (de 1.924, art. 203) y Venezuela (de 1.926, art. 394), únicamente se hace en el estatuto penal de Brasil una clasificación de las lesiones personales, por razón de su mayor o menor gravedad.

El artículo 129 de este último código, dice, en efecto:

"Lesión personal de naturaleza grave, si resulta: I, Incapacidad para las ocupaciones habituales, por más de treinta dias; II, Peligro de vida; III, Debilidad permanente de miembro, sen-

tido o función; IV, Anticipación del parto". Además: I, incapacidad permanente para el trabajo; II, Enfernedad incurable; III, Pérdida o inutilización de miembro, sentido o función; IV, Deformación permanente; V, Aborto".

Se tiene, entonces, que las legislaciones que no señalan taxativamente qué consecuencias permiten calificar como graves las lesiones personales, dejan esta labor al juez. Así ocurre cuando se trata de aplicar el artículo 318 del Código Penal Colombiano, en el cual se dice; "Si los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren la muerte o grave daño en su salud, la pena será de tres a doce años de presidio". Se refiere esta norma al delito de violencia carnal.

Ahora bien:

¿Qué debe entenderse por grave daño en la salud (lesión personal grave), para los efectos del mencionado artículo 318 del Código Penal?.

El actual código no hace clasificación en graves, leves y levísimas de las lesiones personales que señalaba el estatuto de 1.890. Se ocupa sólo de establecer una escala de sanciones según el lapso de incapacidad (art. 372) y de indicar otras penas (arts. 373 a 376, inclusive) cuando quedan a la víctima consecuencias distintas de la simple incapacidad, como desfiguración facial, deformidad física, perturbación funcional de un órgano o miembro o su pérdida, o se presenta el parto o el aborto de la mujer lesionada.

No se puede, pues, formular una clasificación con base en las sanciones previstas en uno u otro caso, pues este criterio, salvo situaciones especiales, resulta arbitrario y poco seguro. Es mejor que se esté a la competencia para conocer del delito, respecto de lo cual se tiene:

1o. Las autoridades de policía conocen cuando las lesiones personales producen una enfermedad o incapacidad que no excede de cinco días y no dejen al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico (art. 1o. del Decreto Extraordinario No. 23 de 1.957).

2o. Los Jueces Municipales son competentes cuando la enfermedad o incapacidad pasa de cinco días y no queda al ofendido lesión de carácter permanente ni defecto físico (ordinal 1o. de art. 4o. del Decreto Extraordinario No. 0047 de 1.950).

3o. Los Jueces Penales de Circuito juzgan en los demás casos.

Esta distribución de la competencia resulta ser un criterio que ofrece confianza para presentar una clasificación de las lesiones personales graves, leves y levísimas, distribución de la competencia que, asimismo, es la que se toma en cosideración para determinar cuál delito es más grave, a fin de señalar el juez del conocimiento cuando en un mismo proceso deben investigarse y fallarse varios ilícitos sometidos a diversas competencias, (art. 50 del C. de P. P.).

De esta manera, se tiene lo siguiente:

a). **Lesiones personales levísimas**, si de ellas conocen las autoridades de Policía, esto es, cuando la incapacidad no excede de cinco días y no quedan al ofendido lesión de carácter permanente, ni defecto físico.

b). **Lesiones personales leves**, si juzgan de ellas los Jueces Municipales, es decir, cuando producen una incapacidad mayor de cinco días y no quedan a la víctima lesión de carácter permanente, ni defecto físico.

c). **Lesiones personales graves**, si su conocimiento está atribuído a los Jueces Penales de Circuito, esto es, en todos los demás casos.

Bien puede hacerse otra clasificación con apoyo en la calidad y la cantidad de las penas, pero la anterior se acomoda a la sanción indicada en el art. 318 (de tres a doce años de presidio), explicable sólo cuando el grave daño en la salud de la víctima, de ser reprimido separadamente, implique una pena mayor de las previstas en el art. 372 del Código Penal.

Es claro que cuando el delito de violencia carnal concurre con un caso de lesiones personales no calificable de grave, si éstas no se confunden con los actos mismos que la violación requiere (como las excoriaciones y las contusiones leves, que acompañan casi siempre a la violencia física; o a la desgarradura del himen en el acceso carnal normal en una mujer virgen), corresponde sancionar el comportamiento delictivo tomando en cuenta los preceptos que se ocupan del concurso de delitos, no siendo pertinente, entonces, la norma contenida en el artículo 318 del Código Penal.

Sobre este último particular, el tratadista VINCENZO MANZINI anota lo siguiente en

su obra "Delitos contra la libertad y el honor sexuales", (Traducción del Dr. Jorge Guerrero, Editorial "Temis", Bogotá, 1.947, p. 53):

"La desfloración no puede considerarse como lesión personal con respecto al delito de acceso carnal violento o abusivo, pues ella, en realidad, es un hecho fisiológico, y no patológico, como en cambio debe ser la lesión. Más fisiológico, si así puede decirse, que el de cortarse las uñas o los cabellos, el de circuncidar a un recién nacido, el de abrir las orejas a una niña para ponerle los aretes, etc. Es un hecho necesario para actuar la completa unión carnal con una mujer virgen, y, por tanto, es un elemento constitutivo, eventual, del delito, así que no puede considerarse como delito concurrente o circunstancia agravante. Es muy cierto que la ley no exige la cópula completa, ni el coito con mujer virgen, pero tampoco la excluye de noción del delito de unión carnal violenta o abusiva, y por esto la ruptura del himen, si no es un elemento constitutivo necesario y constante del delito, es, sin embargo, un elemento constitutivo eventual, lo que vale lo mismo. Pero cuando se habla de desfloración, simplemente se entiende siempre y de manera exclusiva el hecho natural y normal de la ruptura del himen. Si, en cambio, la inmadurez del sujeto pasivo, por brutalidad del acoplamiento, o por otra causa, la desfloración se asocia a hechos patológicos (laceración vaginal, etc.), no puede existir ninguna duda acerca de la naturaleza de lesiones personales de los hechos mismos".

También esta Sala, al resolver un caso semejante al que es materia de este proceso, dice:

"Al dar aplicación al art. 317, num. 1o., quedan comprendidas allí todas las consecuencias naturales, leves o graves, que sobrevengan a la víctima por razón de su estado de virginidad, es decir, aquellas lesiones genitales que suelen acompañar a la desfloración como resultado del acto mismo, las cuales, incluídas ya en el aumento de pena que ordena la disposición citada, no pueden luego influir en un nuevo aumento de sanción. De modo que el desgarramiento del perineo y de la mucosa vulvar a ese nivel, no pueden considerarse en este caso como un hecho independiente del coito consumado, que implica voluntad del responsable para hacer más nocivos los efectos del delito, y, por tanto, no hay razón para cargarle al reo un agravante previsto ya como circunstancia modificadora de aquèl, porque lo prohibe expresamente el art. 317 citado" (Casación de 16 de mayo de 1. 945, G. J. t. LIX, Nos. 2019 a 2021).

No sucede lo mismo cuando, por caso, el agente, para dominar al sujeto pasivo a fin de someterlo al acceso carnal, intencionalmente le causa un fuerte traumatismo craneano con arma contundente, calificable de lesión grave o leve y que no se confunde con la violencia física misma. Si se trata de lo primero, habrá de aplicarse el precepto contenido en el artículo 318. Si ocurre lo segundo, el comportamiento debe ser sancionado de acuerdo con las normas del concurso de delitos, tomando en cuenta los artículos 316 y 372 del Código Penal.

Así, pues, si una incapacidad de seis días, como la que sufrió la menor María del Carmen Juisa, no permite calificar de graves las lesiones personales que le ocasionaron, es evidente que el **ad quem** incurrió en violación de la ley penal, por indebida aplicación de la norma que trae el art. 318 varias veces mencionado, pues esta disposición se refiere a los casos de fallecimiento de la persona sometida al acceso carnal o al grave daño en su salud. Tanto más, cuanto que esas pequeñas heridas que presentó la menor corresponde ser consideradas como una consecuencia misma del acceso carnal, indispensable para que el delito de violación se consumara.

De igual manera, por no haber sido citadas en el auto de proceder, el Tribunal Superior de Tunja aplicó indebidamente las circunstancias de agravación señaladas en los ordinales 1o. y 3o. del artículo 317 del Código Penal, que aluden, respectivamente, a la virginidad o irreprochable honestidad de la mujer ofendida con el delito, y a la relación de particular autoridad del victimario con la víctima de la violación.

Como son pertinentes las causales de casación invocadas por el demandante, corresponde a la Sala invalidar el fallo recurrido y dictar el que deba reemplazarlo.

Con este fin, debe tenerse en cuenta que no obran en contra del procesado circunstancias de mayor peligrosidad. En cambio, está probada su buena conducta anterior.

La sanción aplicable, en consecuencia, es la mínima de dos años de prisión, aumentada en cuatro meses por razón de la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, de acuerdo con lo previsto en los artículos 316, 36 y 39 del Código Penal.

En lo demás, es el caso de que rija el fallo acusado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de que se ha hecho mérito, a fin de IMPONER al procesado ELISEO BOYACA SUESCA la pena principal de dos años y cuatro meses de prisión, en lugar de la de cinco años de presidio que le había sido señalada, como responsable del delito de violencia carnal cometido en la menor María del Carmen Juisa.

En lo demás rige la sentencia del ad quem.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres. Samuel Barrientos Restrepo. Julio Roncallo Acosta. Humberto Barrera Domínguez. Gustavo Rendón Gavira. Primitivo Vergara Crespo. Pioquinto León. L., Secretario

HOMICIDIO

Sentencia y veredicto. La causal primera sólo es procedente cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo. La Sala de Casación Penal no es un Tribunal de tercera instancia. Las nulidades constitucionales y el derecho de defensa

1. En los juicios que se deciden con la intervención del jurado "el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder, sino el veredicto" de aquél, el cual "determina si los hechos investigados son constitutivos de alguna infracción de la ley penal, y si su autor o autores son responsables ante la misma" y entonces, en esos juicios, como reiteradamente lo ha indicado la Corte, no cabe invocar la primera parte de la causal de impugnación prevista en el ordinal 3o. del art. 567 del C. de P. Penal.

2. La causal primera sólo es procedente "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", debate que es el que propone el recurrente para la demostración que trata de hacer, y entonces ha de decirse que la expresada causal fue mal invocada y peor fundamentada.

3. Las nulidades constitucionales se refieren a la prosecución regular del juicio y tienen por objeto tutelar el derecho pleno de la defensa, el cual encuentra su natural campo de acción precisamente en la esfera de aquél. De ahí que no sea acertado invocar este tipo de nulidades, como se hace en el caso de autos, circusncritas a la etapa del sumario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, siete de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Simòn Montero Torres.)

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación de que fue objeto la sentencia del 23 de mayo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó a DOMINGO A. GARCIA MARIN, como responsable del delito de homicidio en Carlos Ossa Gutiérrez, a la pena de "QUINCE AÑOS Y DOS MESES DE PRESIDIO", lo mismo que a las accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION:

La tarde del 2 de julio de 1.961 Carlos Ossa Gutiérrez, de regreso del mercado de la población de Belén de Umbría, fue muerto, por medio de heridas de arma de fuego y corto-punzante, en el camino de la fracción rural de "Piñales", en aquel Municipio, fracción donde tenía su casa, con el propósito aparente de robarlo.

El Juzgado 1o. Superior de Pereira, en auto del 28 de febrero de 1.962, llamó a juico, en razón de los expresados hechos que entendió como constitutivos de homicidio, en "la categoría de asesinato", y robo, a Domingo Antonio García, determinación que el Tribunal, en su proveído del 2 de junio también del año citado, confirmó respecto al homicidio y revocó, en cambio, en cuanto al robo para en su lugar sobreseer, de manera temporal, en orden a este delito, al pocesado.

Llegada la oportunidad legal se propuso al Jurado, conforme con el expresado enjuiciamiento, el cuestionario que a continuación se reproduce junto con la respuesta:

"CUESTION UNICA. El procesado DOMINGO ANTONIO GARCIA MARIN, de las condiciones civiles conocidas en el proceso, es responsable penalmente SI o NO de haber dado muerte con intención de matar al señor CARLOS OSSA GUTIERREZ, habiendo utilizado para este hecho arma de fuego (escopeta) y arma corto-punzante (peinilla); lo cual tuvo ocurrencia el día 2 de julio de 1.961 en el camino que conduce de la población de Belén de Umbria a la vereda de Piñales, de esta comprensión Distrital, habiendo fallecido el lesionado instantes después en el mismo lugar de los hechos y a consecuencia única de las lesiones recibidas, y este hecho lo cometió el procesado DOMINGO ANTONIO GARCIA MARIN, colocando a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, es decir, obrando con acechanza y alevosía?".

"RESPUESTA: SI ES RESPONSABLE".

Con fundamento en este veredicto, emitido por el Jurado en forma unánime, el Juzgado, mediante sentencia del 16 de enero del año pasado, condenó a García Marín a la pena de "DIEZ Y SEIS AÑOS DE PRESIDIO" lo mismo que a las accesorias del caso, fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 23 de mayo en el sentido de dejar la pena principal en "QUINCE AÑOS Y DOS MESES DE PRESIDIO".

DEMANDA DE CASACION:

En su demanda, formulada por conducto de apoderado, el recurrente invoca, en el orden que se enuncian, las causales de casación consagradas en los ordinales 3o., 1o., 4o. y 5o. del artículo 567 del C. de P. Penal.

Causal 3a.:

Con apoyo en esta causal el demandante sostiene que la sentencia impugnada no está "en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder", aserción que se trata de demostrar diciendo que en aquélla se omitió "dar la prueba sobre la verdadera identidad del culpable o responsable" de la muerte de Carlos Ossa, lo que era indispensable, "ya que consta en la parte resolutiva del auto de proceder que varias personas concurrieron a la ejecución de tal acto, sin que ninguno de los declarantes señale directamente a Domingo Antonio García como el ejecutor material del crimen".

Respuesta:

En los juicios que se deciden con la intervención del Jurado "el fundamento inmediato de la sentencia no es el auto de proceder, sino el veredicto" de aquél, el cual "determina si los hechos investigados son constitutivos de alguna infracción de la ley penal, y si su autor o autores son responsables ante la misma", y entonces, en esos juicios, como reiteradamente lo ha indicado la Corte, no cabe invocar la primera parte de la causal de impugnación prevista en el ordinal 3o. del artículo 567 del C. de P. Penal.

De otro lado, es evidente que García Marín fue llamado a juicio en el carácter de autor del homicidio en la persona de Ossa Gutiérrez y, además, que el Jurado señaló su responsabilidad en esa expresa condición, la que, como es racional, sobre la base de que el ataque mortal lo realizó en compañía de otro, según lo proclama la prueba, no se modifica simplemente porque, en el desarrollo investigativo, no hubiera sido posible identificar a ese tercero coautor del delito y, en esa suerte, cumpliendo el mandato del artículo 430 del C. de P. Penal, se hubiera dispuesto, en el auto que calificó el sumario, compulsar copia de lo pertinente para "continuar la investigación" al respecto, precisamente en fuerza de que, conforme a la ley penal colombiana, respaldada en la doctrina universal, la responsabilidad es personal e individual.

Causal 1a.:

Al amparo de este motivo de impugnación el recurrente afirma que la sentencia acusada es violatoria de los artículos 11, 362 y 363 del C. Penal, tesis que ensaya demostrar mediante un largo y dispendioso análisis de la prueba de cargo, la que, en su sentir, no existe en la medida que lo exige el artículo 203 del C. de P. Penal, análisis probatorio que concluye así:

"En el proceso no existe esta prueba. Por el contrario, la coartada del procesado está probada con las declaraciones de Bertulfo Osorio Serna quien dice que vió a García en una de las calles de la población de Belén de Um-

bría a la hora en que se supone se consumó el homicidio en la persona de Ossa Gutiérrez, y con la deposición de Manuel Quiroz, quien también lo vió en Belén a eso de las cinco de la tarde del día del crimen, y que éste le refirió lo que les podía pasar con la tropa. Y si existen graves dudas sobre la resposabilidad del procesado deben ser resueltas en su favor como lo ordena el Art. 204 del C. de P. P.".

Respuesta:

Esta causal 1a. sólo es procedente "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", debate que es el que propone el recurrente para la demostración que trata de hacer, y entonces ha de decirse que la expresada causal fue mal invocada y peor fundamentada.

Causal 4a:

Con fundamento en este motivo de impugnación se hacen al fallo acusado dos cargos, así:

a). La sentencia es "violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", lo que resulta del hecho de que al Jurado no se le formuló pregunta referente a que el homicidio se hubiera ejecutado en concurso recíproco con dos o más personas; y,

b). También es violatoria de esa misma ley, en atención a que "milita en el sumario la nulidad constitucional, por razón de haberse violado por el funcionario instructor las normas tutelares que garantizan la defensa, al haber 'fogueado' o coaccionado a los testigos, tal como lo dice el mismo auto de proceder sobre el procedimiento empleado en la segunda declaración rendida por el testigo Ezequiel de Jesús Rodríguez".

Respuesta:

García Marín, como ya quedó advertido, fue llamado a juicio en el carácter de autor del delito de homicidio en la persona de Ossa Gutiérrez, y conforme con esa situación se interrogó al Jurado, según puede apreciarse en el respectivo cuestionario. Su responsabilidad, afirmada en el veredicto, no estaba subordinada, por lo demás, a la del sujeto que, en calidad de coautor, participó en la indicada muerte.

Las nulidades constitucionales se refieren a la prosecución regular del juicio y tienen por objeto tutelar el derecho pleno de la defensa, el cual encuentra su natural campo de acción precisamente en la esfera de aquél. De ahí que no sea acertado invocar este tipo de nulidades, como se hace en el caso de autos, circunscritas a la etapa del sumario.

De otro lado, es evidente que en el proceso ni siquiera cabe sospechar respecto de que el testigo Ezequiel de Jesús Rodríguez hubiera sido sometido a coacción al recibirle el testimonio del 2 de agosto de 1.961, visible a los folios 161 y ss. del cuad. principal, donde reveló que lo que había dicho en el del 30 del mes inmediatamente anterior, sugiriendo que los autores del delito podían ser Alfonso Tapias y Alfredo Hernández, había obedecido a los requerimientos y exigencias del propio acusado García Marín. Esa supuesta coacción, por lo demás, no aparece reconocida en ninguna de las providencias que se dictaron a lo largo del proceso y, mucho menos, en el auto de proceder, como en forma arbitraria y caprichosa lo sostiene el recurrente.

Causal 5a:

Con base en este motivo de impugnación el recurrente sostiene que "la sentencia no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados", tesis que contrasta, abierta y perentoriamente, con la realidad que se observa en este fallo, subordinado, en forma ostensible y con creces, a las exigencias del artículo 159 del C. de P. Penal.

En suma, pues, ninguna de las causales de casación invocadas encuentra asidero en el proceso y, en consecuencia, el recurso debe ser desechado, como con acierto lo solicita el señor Procurador, fundado en un amplio e incontrastable estudio del mismo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

DESECHA el recurso de casación de que fue objeto el fallo de que se trata en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Bien sabido es que en el homicidio ultraintencional la muerte del sujeto pasivo escapa a la voluntad del agente, pues solo se propone éste causar un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. En este delito debe estar ausente la intención de matar. Desde el punto de vista de la acción síquica se tiene, en este reato, lesiones personales; el resultado, en cambio, corresponde al homicidio. De ahí que algunos tratadistas, como FRANZ VON LISZT ("Tratado de Derecho Penal", T. II, pág. 383), MAX ERNESTO MAYER (citado por LUIS JIMENEZ DE AZUA en "El Delito Preterintencional", "La Ley", Buenos Aires, abril 16 de 1.941) y SEBASTIAN SOLER (Derecho Penal Argentino", Córdoba, 1.940, T. I, pág. 288), ubican el delito preterintencional entre las infracciones calificadas por el resultado. Pero el legislador colombiano no sigue este criterio de tomar esa hipótesis que se examina como lesiones personales agravadas por el resultado muerte, no siendo éste previsto y menos querido por el agente, sino que define este delito como homicidio ultraintencional, así: "El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el art. 362, disminuída de una tercera parte a la mitad".

Ahora bien:

Cuando el resultado dañoso o peligroso no tiene como causa única el hacer o no hacer del agente, pues entran también en juego circunstancias preexistentes, concomitantes o subsiguientes que no dependen del sujeto activo del delito, la doctrina ha entendido que se está en presencia de condiciones, generalmente denominadas "concausas", que en algunos casos son tomadas en consideración para realizar la dosimetría legal de la pena.

El Código Penal Colombiano, al ocuparse del delito de homicidio, únicamente toma en cuenta las circunstancias supervinientes las que, de acuerdo con el art. 366, que se ocupa del homicidio concausal, deben depender de "la actividad de la víctima o de un tercero".

En el homicidio concausal (art. 366), no son pertinentes las circunstancias preexistentes o concomitantes; de presentarse, el homicidio debe ser calificado como simplemente voluntario (art. 362). Así mismo, tales concausas no convierten, como pretende el demandante, en lesiones personales el homicidio ultraintencional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogota, febrero doce de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Dominguez.)

VISTOS:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal 3º. del Tribunal Superior de Bogotá, contra la sentencia de 6 de marzo de 1.963, por la cual la citada Corporación le impuso al procesado SIXTO BULLA VALENZUELA la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y robo.

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO.

En cuanto a lo ocurrido, el ad quem hace la siguiente síntesis:

"En las primeras horas de la mañana del veinte de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, los hermanos Sixto y Gustavo Bulla Valenzuela emprendieron viaje desde esta ciu-

dad con destino a la población de Quipile, desmontándose del vehiculo en el camino para seguir el recorrido a pie, en cuyo trayecto Sixto propuso a su hermano Gustavo la comisión de un delito de robo, en bienes de propiedad de su tía Enriqueta de Alarcón, quien posee un establecimiento de mercancías situado en la avenida 2a. No. 2-09, del mencionado municipio; Gustavo, en un principio, se negó a colaborar en tan insólito propósito, pero en última instancia decidiò acompañarlo hasta el inmueble, sin penetrar en él, al paso que Sixto Bulla Valenzuela, escalando el balcón, accedió al almacén en donde se apoderó de mercancías por valor de un mil cuatrocientos diecisiete pesos con treinta centavos, que aquél ayudó a transportar, apareciendo, luego, en el interior del establecimiento el cadáver de la anciana sirvienta, Sildana Martínez, de más de ochenta años de edad, que presentaba una herida en la región craneana, ocasionada con instrumento contundente, ante lo cual Sixto Bulla Valenzuela afirmò habérsela producido con el ánimo de 'atontarla', a fin de no ser reconocido en el momento de consumar la apropiación de las mercancías referidas".

Con respecto al trámite del proceso, se tiene:

1. El Juzgado 8o. Superior de Bogotá, en providencia de 15 de septiembre de 1.959, sobresee definitivamente en favor de los procesados Sixto y Gustavo Bulla Valenzuela, en cuanto a la imputación de homicidio y dispone el envío del expediente al Juzgado Promiscuo Municipal de Quipile, para que conozca de los delitos de robo y lesiones personales que, según el a quo, se desprenden de los hechos averiguados.

2. El a quo funda su resolución en lo que pasa a transcribirse:

"En ningún momento las probanzas allegadas al informativo dejan deducir que Sixto al golpear a Sildana lo hubiera hechó con el propósito de matarla; por el contrario, en el momento de ser sorprendido por élla solo trató de impedir que lo reconociera y en virtud de ello golpeó y le botó por la cara una pieza de ropa. Los golpes propinados (sic) a la occisa ni fueron graves, ni mucho menos de naturaleza mortal, como lo índica la diligencia de necropsia, sino que la muerte ocurrió por un estado de arterioesclerosis de la extinta. En estas condiciones, será preciso afirmar que el delito de homicidio no tuvo ocurrencia en el caso presente, porque si nos atenemos al precepto que consagra el art. 362 del C. P., el elemento propósito o dolo específico está ausente.

"No puede, tampoco, predicarse la existencia del delito contemplado en el art. 366 del código citado, por la misma ausencia del elemento intención de matar, y porque la muerte no fue consecuencia de los golpes, sino de una circunstancia patológica preexistente, factor este último que también descarta la posible comisión de un delito de homicidio ultra o preterintencional".

3. El Tribunal Superior de Bogotá, considerando que se tienen las condiciones que configuran un delito de homicidio ultraintencional, revoca, en su proveído de 16 de julio de 1.960, el sobreseimiento definitivo de que se ha hecho mérito, y en su lugar llama a juicio, por la vía en que interviene el jurado, a Sixto Bulla Valenzuela por el delito de homicidio y a este mismo y a su hermano Gustavo Bulla Valenzuela, como coautores por el delito de robo.

4. Adelantada la causa y celebrada la audiencia pública, a los Jueces de Conciencia les fueron propuestas las siguientes cuestiones:

a). "El acusado Sixto Bulla Valenzuela es responsable, sí o nó, de haberle causado voluntariamente a Sildana Martínez una herida contusa, con ruptura de una de las arterias meníngeas, que le produjo una hemorragia intracraneana, causa determinante del deceso, hecho que ejecutó sin la intención de matar, pero sí con el propósito de perpretar una lesión personal.....?.

b). "El acusado Sixto Bulla Valenzuela es responsable, sí o nó, de haberse apoderado, por medio de violencia, de bienes muebles (mercancías) por valor de mil cuotrocientos diez y siete pesos con treinta centavos, de propiedad de Enriqueta de Alarcón, sin el consentimiento de èsta y con el propósito de beneficiarse de ellos, hecho que ejecutó con fractura de puerta de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas....?".

c). "El acusado Gustavo Bulla Valenzuela es responsable, sí o nó, de haberse apoderado,

por medio de violencia, de bienes muebles (mercancías) por valor de mil cuatrocientos diez y siete pesos con treinta centavos, de propiedad de Enriqueta de Alarcón, sin el consentimiento de ésta y con el propósito de beneficiarse de ellos, hecho que ejecutó con fractura de puerta de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas.....?".

Las dos primeras preguntas fueron contestadas por el Jurado afirmativamente; la última obtuvo una respuesta negativa.

5. El Juzgado 8o. Superior de Bogotá, al acoger el veredicto de los jueces de hecho, impuso al procesado Sixto Bulla Valenzuela la pena principal de seis años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y robo. Igualmente, absolvió al sindicado Gustavo Bulla Valenzuela, con respecto al cargo de robo que se le había formulado. Esta sentencia fue proferida el día 7 de septiembre de 1.961.

6. El señor Fiscal 3o. del Tribunal Superior, en escritos de los fs. 4 a 38 del Cd. 2o., acoge las consideraciones hechas por el **a quo** en la providencia calificatoria del mérito del sumario y solicita, en consecuencia, que "con base en lo estatuído en el numeral 8o. del art. 198 del C. de P. P., se declare la nulidad de lo actuado por error relativo a la denominación jurídica de la infracción"; o que, "con fundamento en el art. 554 declare el H. Tribunal que el veredicto fue contrario a la evidencia de los hechos".

7. El **ad quem**, en la sentencia recurrida, se aparta del criterio del señor Agente del Ministerio Público, pues estima que "los razonamientos expuestos por el señor Fiscal, en manera alguna tienen respaldo jurídico, porque si bien es cierto que científicamente la pericia médica advierte que la hemorragia intracraneana se debió al estado de arterioesclerosis de la extinta, no es menos evidente que a este resultado en ningún modo se llegó por causas naturales, sino por la actividad del reo, siendo entonces incontrovertible el principio de que quien es causa de la causa es causa de lo causado, nexo que se halla rigurosamente encadenado en el caso de autos. La hemorragia intracraneana no se puede desvincular de los golpes propinados (sic) por Sixto Bulla Valenzuela sobre la cabeza de la anciana Sildana Martínez, por que ellos fueron la causa mediata e indirecta del fallecimiento de esta última, y, por consiguiente, este vínculo de causalidad indirecta lo liga el homicidio, haciéndolo responsable de él en forma más benigna. Si Sildana Martínez no hubiera sufrido los golpes, que no eran de carácter mortal, su fallecimiento no se hubiera producido por el estado de arterioesclerosis que padecía, por lo cual el delito queda comprendido, sin dificultad alguna, dentro de las modalidades previstas en el artículo 365 del estatuto represivo, no teniendo, por ello, ninguna convicción el planteamiento aducido por el distinguido colaborador fiscal".

Confirmó, pues, el fallo de primera instancia, con la única modificación de elevar a ocho años de presidio la pena señalada a Sixto Bulla Valenzuela.

DEMANDA DE CASACION:

Invoca el señor Fiscal 3o. del Tribunal Superior de Bogotá las causales cuarta y primera de casación, así:

a). Causal cuarta:

Dos cargos formula el recurrente a través de este motivo de casación:

1o. "El incurrirse en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, (numeral 8o. del art. 198 del C. de P. P.)", y,

2o. "El incurrirse en incompetencia de jurisdicción".

Dice, en cuanto a lo primero, que se le dió "la denominación de homicidio ultraintencional a una conducta que, dada la intención del agente, la actividad psico-física realmente desplegada y el resultado obtenido, constituiría a la luz de ciertas legislaciones foráneas -que nó a la de la nuestra, pues se frustró en la Comisión redactora de los códigos la aprobación de la norma que tendió a instaurarlo- un delito de lesiones personales 'praeter intentionem'.....", por lo cual no se concluyó....."como legal y jurídicamente lo hizo el juzgado 8o. Superior, sobreseyendo definitivamente en favor del acusado o acusados en lo que concernía al deceso de Sildana Martínez, vale decir: que no habiendo ley penal positiva que tipificara y sancionara esa actividad y no siendo ella

-por lo mismo- antijurídica, era del caso atenerse al antiquísimo principio **nullum crimen nulla peena sine lege**".

Y con respecto a lo segundo, expresa el impugnante que "mediante la vocación a juicio sobre la base de la existencia de un delito de homicidio (inexistente por carencia de norma positiva) y un robo -que consideró causados en concurso real o material- se facilitó que se sometiera a la decisión de los jueces de hecho el delito contra la propiedad que, habida consideración de la inexistencia del concurso por inexistencia jurídica de uno de sus factores: el homicidio, habría sido lógica y legalmente de la jurisdicción competente de un juez de derecho y no de los de conciencia".

En extenso estudio, señala el señor Agente del Ministerio Público las consideraciones con las cuales pretende demostrar las tachas antes relacionadas, (fs. 16 a 38 del Cd. de la Corte).

b). **Causal primera:**

Anota, con este particular, lo que pasa a transcribirse:

"El motivo de acusación en que ahora ha de ocuparse el suscrito Fiscal es, como se comprende, el que, natural y lògicamente, se deriva de la causal que originó las argumentaciones que preceden. Si el fallador partió de la base que existio -no siendo así- un delito de homicidio preterintencional, tuvo que haber ido en busca, hallar y aplicar el artículo que en nuestro estatuto penal tipifica y sanciona esa clase de infracciones (art. 365 C. P.). Pero, como a merced de esa equivocación, juzgó que esta figura delictual había coexistido con la infracción contra la propiedad llamada robo, claro es que al darle aplicación al artículo correspondiente (404 ib), tuvo que conducirse a la que, en esa misma obra, estructura y torna con significado procesal -para lo de la individualización de la pena- el concurso real o material de delitos.

"Hubo indebida aplicación de la norma primeramente citada, o sea el art. 365 C. P., por las razones ya expuestas. Pero a ellas podría agregársele lo siguiente:

"Los elementos esenciales del delito de homicidio preterintencional, son, como ya se anotó como dicho por esa misma Corporación:

"a). Propósito de causar una lesión personal;

"b). Que el hecho sobrepáse a la intención;

"c). Relación de causalidad entre el resultado y los efectos físicos ejecutados por el sujeto activo del delito, y

"d). Falta de previsión en los efectos de la acción.

"Si el delito de lesiones personales ultraintencionales hubiera sido configurado en la Comisión redactora del Código Penal y hubiera llegado a incorporarse al estatuto penal sustantivo vigente, sus elementos constitutivos habrían sido:

"a). Carencia de propósito de matar;

"b). Intención de causar un daño en el cuerpo o en la salud, o una perturbación psíquica, y

"c). Que las consecuencias del hecho excedan al fin que se propuso el responsable (lo que, frente al homicidio preterintencional entrañaría que no hubiera estricta relación de causalidad, la que allí se exige entre el hecho y el resultado).

"Pues bien: en la conducta que se ha analizado como cumplida por Bulla Valenzuela no existió la relación de causa a efecto que se muestra, por ejemplo, en el caso del que, teniendo intención de herir con puñal, hiere picando la femoral y ocasiona la muerte. En este caso, como se ve, la sección de la femoral fue el resultado directo e incontrovertible de la puñalada y de la muerte. En el proceder de Bulla, el golpe no era capaz de desencadenar una hemorragia meningea. Esta fue producida por la arterioesclerosis. Entonces, entre el golpe y la muerte se interpusieron una arterioesclerosis y una hemorragia meningea, que fueron, en fin de cuentas, las determinantes del deceso.

"Que ocurrió en cuanto a la aplicación de la ley penal?. Que el sentenciador aplicó por **analogia** un canon legal a una conducta que, en puridad de verdad, no entraña un homicidio ultraintencional, sino que, de existir la norma que en la comisión no se aprobó, recibiría el nombre de lesiones corporales preterintencionales.

"En lo que se refiere a la aplicación del artículo 33 de la obra que ha venido citándose

el error es un derivativo de los otros errores cometidos por el sentenciador, ya que si éstos no hubieran sido cometidos, el que entraña la aplicación del art. 33 no hubiera tenido ocurrencia.

Como conclusión, solicita:

"a). Invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, por cuanto a ello obligaría el haber tratado de imponer pena al reo por un delito sin existencia objetiva ni subjetiva, y,

"b). Ordenar devolver el proceso a quien corresponda, por conducto del H. Tribunal de origen, a fin de que, por el juez competente, se califique y dicte sentencia en lo que concierne a las lesiones corporales y robo imputados en el presente asunto".

LA SALA CONSIDERA.

Es obvio que si el primer cargo que el demandante formula a través de la causal cuarta de casación no resulta demostrado, los demás, propuestos, uno dentro de esa misma causal y otro con invocación de la primera, también deben ser rechazados, pues estos dos últimos son una consecuencia de aquél.

En efecto, al concretar el primer cargo expresa el impugnante que al procesado Sixto Bulla Valenzuela se le hizo erradamente el cargo de homicidio ultraintencional, pues lo único que, además del delito de robo, le es imputable es un caso de lesiones personales en Sildana Martínez. Por tanto -deduce- se incurrió en la causal de nulidad prevista en el ordinal 8o. del artículo 198 del C. de P. P., como también, por razón del mismo supuesto yerro, en incompetencia de jurisdicción y en violación de la ley penal por indebida aplicación del artículo 365 del estatuto punitivo.

La Sala no encuentra probado ese primer cargo y, en consecuencia, tampoco los otros dos resultan demostrados. El fallecimiento de Sildana Martínez fue correctamente calificado por el **ad quem** como homicidio ultraintencional, cuando fue proferido el auto de proceder contra Sixto Bulla Valenzuela.

Bien sabido es que en el homicidio ultraintencional la muerte del sujeto pasivo escapa a la voluntad del agente, pues sólo se prodone éste causar un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. En este delito debe estar ausente la intención de matar. Desde el punto de vista de la acción síquica se tiene, en este reato, lesiones personales; el resultado, en cambio, corresponde al homicidio. De ahí que algunos tratadadistas, como FRANZ VON LISZT ("**Tratado de derecho penal**", t. II, p. 383), MAX ERNESTO MAYER (citado por LUIS JIMENEZ DE ASUA en "**El delito preterintencional**, "La Ley", Buenos Aires, abril 16 de 1.941) y SEBASTIAN SOLER ("**Derecho penal argentino**", Córdoba, 1.940, t. I, p. 288), ubican el delito preterintencional entre las infracciones calificadas por el resultado. Pero el legislador colombiano no sigue este criterio de tomar esa hipótesis que se examina como lesiones personales agravadas por el resultado muerte, no siendo éste previsto y menos querido por el agente, sino que define este delito como homicidio ultraintencional, así:

"El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad".

Ahora bien:

Cuando el resultado dañoso o peligroso no tiene como causa única el hacer o no hacer del agente, pues entran también en juego circunstancias preexistentes, concomitantes o subsiguientes que no dependen del sujeto activo del delito, la doctrina ha entendido que se está en presencia de condiciones, generalmente denominadas "concausas", que en algunos casos son tomadas en consideración para realizar la dosimetría legal de la pena.

El Código Penal Colombiano, al ocuparse del delito de homicidio, únicamente toma en cuenta las circunstancias supervinientes, las que, de acuerdo con el art. 366, que se ocupa del homicidio concausal, deben depender de "la actividad de la víctima o de un tercero".

En la obra de FERNANDO DIAZ PALOS ("**La causalidad material en el delito**", Editorial "Bosch", Barcelona, 1.953, p. 102 a 103) se expresa lo siguiente, al hacerse un comentario de la jurisprudencia española, en relación con los problemas que ofrece la causalidad material en las infracciones penales:

"....en gran número de sentencias se considera como excluyente de la causalidad, es decir, de la consecuencia natural del obrar del agente, que el resultado haya sobrevenido 'en virtud de cualquier accidente extraño, desligado por algún concepto del acto primero' (sentencia de 7 de diciembre de 1.889). Esta vaga expresión 'accidente extraño' se llena de contenido al considerar como tal 'la falta de asistencia y cuidado en la curación, imputable al ofendido' (Sentencias de 22 mayo de 1.896 y 1o. octubre de 1.902, entre otras), y aún 'a otra persona' distinta (3 febrero 1.905; 5 julio 1.915 y 15 febrero 1.916). Más explícitamente lo declara la sentencia de 1o. de abril de 1.902. Y otra, más reciente, de 3 de marzo de 1.934, contiene un intento de enumeración de lo que sean accidentes extraños: abandono o malicia del interfecto; condiciones fisiológicas particularísimas; impericia de los facultativos; cualquier otro proceso extraño al proceso curativo....'. Tomando como guía la clasificación de concausas entre preexistentes, concomitantes y sobrevenidas, según es ya usual en las legislaciones más modernas, intenta HUERTA FERRER una clasificación científica del material jurisprudencial. Como es sabido, las condiciones preexistentes no obstan al nexo causal y, por tanto, en nuestro léxico judicial, no pueden ser consideradas como 'accidentes extraños'. En esta categoria entran las 'lesiones orgánicas anteriores' (Sentencia de 3 marzo 1.876, 1o. febrero 1.877, 8 mayo 1.889, 31 enero 1.927, 11 junio 1.934, etc.); la 'predisposición del paciente' (6 mayo 1.874, 19 diciembre 1.885, 26 noviembre 1.888, 26 octubre 1.929, etc.); 'la vida desarreglada del enfermo' (6 febrero 1.890). También son irrelevantes para la relación de causalidad aquellas condiciones que, si bien coetáneas a la acción, están ligadas en su eficacia a otras anteriores. Tales: 'la viva conmoción de los centros nerviosos producida por la lesión y pusilanimidad del enfermo' (17 mayo 1.877); 'la embriaguez en que se halla el herido' (10 marzo 1.874) y otras. Las condiciones estrictamente concomitantes tampoco pueden considerarse como 'accidentes extraños' a la acción: 'exaltación nerviosa y sanguínea desarrollada durante la cuestión' (29 noviembre 1.878); 'conmoción ocasionada por lafuga precipitada' (4 julio 1.872), o el tètanos producido por 'los gérmenes que contenía la ropa del herido' (20 julio 1.924). También entran en este grupo circunstancias preexistentes pero cuya eficacia es simultánea al hecho: no existencia de facultativos que puedan auxiliar a la víctima con prontitud (20 abril 1.892 y otras), o no existir los médicos indicados para el caso (31 enero 1.934 y otras)".

De lo antes observado se desprende que en el homicidio concausal (art. 366) no son pertinentes las circunstancias preexistentes o concomitantes; de presentarse, el homicidio debe ser calificado como simplemente voluntario (art. 362). Asi mismo, tales concausas no convierten, como pretende el demandante, en lesiones personales el homicidio ultraintencional.

En la diligencia de autopsia se dice que Sildana Martínez "sufrió un traumatismo craneano, el cual, sin haber sido de gran violencia, produjo una hemorragia intracraneana, debida al estado de arterioesclerosis de la extinta". Por tanto, si el procesado SIXTO BULLA VALENZUELA no le ocasiona a la nombrada Martínez esa herida traumática en el cráneo, la concausa no entra en juego y la muerte de ésta no se produce. No incurrió, pues, en error el **ad quem** al hacer la calificación jurídica de los hechos, cuando, luego de revocar la providencia del **a quo**, llamó al citado BULLA VALENZUELA a responder en juicio, con la intervención del jurado, por el delito de homicidio, estimado en la parte motiva del proveído como ultraintencional.

No resulta demostrado este primer cargo que el impugnante hace a la sentencia recurrida a través de la causal cuarta de casación.

Como los otros dos cargos son una consecuencia del primero, corresponde concluir, igualmente, que tampoco están probados.

No sobra advertir que el demandante realiza una crítica a las pruebas, la cual sólo cabe a través de la causal segunda de casación. Y bien sabido es que el motivo de impugnación previsto en el ordinal 2o. del art. 567 del C. de P. P. no procede en los casos en que interviene el jurado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se ha hecho mérito.

Copiese, notifíquese, publiquese en la Gaceta Judicial y de vuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., - Srio

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

invocación de nulidad por pretermitir la determinación del delito en la parte resolutiva de un fallo condenatorio. Violación de la ley por falta de aplicación del inciso 2o. del art. 374 del C. Penal y por indebida aplicación del inciso 2o. del art. 273 de la misma obra.

1. El hecho de pretermitir, en la parte resolutiva de un fallo condenatorio, la indicación expresa del delito o delitos que se reprimen contraría, en rigor, las prescripciones del ordinal 6o. del art. 159 del C. de P. Penal, aunque, evidentemente, si en su parte motiva se ha determinado ese delito o delitos, no alcanza a constituír nulidad alguna y mucho menos de carácter constitucional, precisamente en razón de que esas dos partes integran un todo jurídico indestructible, e inseparable, y una de ellas, la motiva, es el presupuesto necesario de la otra, de la resolutiva.

2. El ofendido fue sometido a cuatro reconocimientos médicos y en ellos se le determinó, como consecuencia de las heridas que le causó el procesado, a más de una incapacidad de quince días, "una perturbación funcional permanente por lesión de los tendones flexores de los dos últimos dedos" de la mano izquierda, secuela que, en el indicado expreso carácter, se acogió, como plenamente demostrada en el fallo recurrido. En estos términos se comprende, sin el menor esfuerzo, que la norma aplicable, respecto del delito de lesiones personales, no podía ser otra que la del inciso 2o. del art. 374 del C. Penal y no la del inciso 2o. del art. 373 de la misma obra.

El fallo es, pues, violatorio, por falta de aplicación, de la primera de las dos disposiciones invocadas, y por indebida aplicación, de la segunda, y entonces, como es lógico, debe ser invalidado, en orden a la causal en cuya esfera se formula el cargo, para en su lugar, de acuerdo con lo prescrito en el aparte a) del art. 570 del C. de P. Penal, dictar el que lo haya de reemplazar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, trece de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito judicial de Cúcuta contra la sentencia del 5 de junio del año pasado, por medio de la cual esa entidad condenó a ADOLFO TRIGOS BAYONA, como responsable del delito de lesiones personales en Alfredo Bayona León y del doble delito de fuga de presos, a la pena de "dos años tres meses de prisión y al pago de una multa de doscientos ($ 200,oo) pesos", imponiéndole, además, las penas accesorias consiguientes, entre ellas, la de "suspensión de la patria potestad por el tiempo de la condena".

HECHOS Y ACTUACION:

La tarde del 12 de julio de 1.959, Adolfo Trigos Bayona, conforme a hechos que tuvieron ocurrencia en la casa de lenocinio llamada "Viña del Mar", en Ocaña, causó lesiones a Alfredo Bayona León de tal índole que le determinaron, según los varios reconocimientos médicos a que fue sometido, 15 días de incapacidad y como secuela "una perturbación funcional permanente", lesiones en virtud de las cuales el Juzgado 2o. Penal del Circuito

de aquella ciudad, en auto del 6 de junio de 1.962, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, llamó a juicio al predicho sujeto.

En ese proceso de que se acaba de hablar, mediante proveído del 23 de julio de 1.959, se decretó la detención preventiva del procesado Trigos Bayona y, en esa suerte, se privó de su libertad en la cárcel del lugar, sitio en el que se encontraba el 1o. de agosto de ese mismo año, cuando aprovechando una salida a la calle, burló al guardián que lo acompañaba y se evadió, hecho por el que el expresado Juzgado, interpretándolo como constitutivo del delito de fuga de presos, lo llamó también a juicio, lo que hizo conforme a providencia del 21 de julio de 1.962, ejecutoriada en la misma instancia.

El mismo día de la referida evasión, dada la diligencia y prontitud con que obraron las autoridades, Trigos Bayona fue recapturado y de nuevo quedó en la cárcel, de donde se le pasó, en el carácter de enfermo, al hospital de la ciudad "Emiro Quintero Cañizares, lugar del que escapó, eludiendo la vigilancia a que estaba sometido, por una ventana del edificio hospitalario, hecho por el que, a su vez, el mencionado Juzgado, entendiéndolo también como constitutivo del delito de fuga de presos, mediante proveído del 14 de agosto de 1.962, ejecutoriado en la misma instancia, lo llamó igualmente a Juicio.

Estos tres procesos, diligenciados por separado y calificados también por separado, se acumularon, medida que se adoptó en el auto del 27 de agosto del susodicho 1.962, el cual constituyó el punto de partida para la tramitación conjunta del juicio respectivo con relación a ellos, juicio que en su primera instancia, terminó con la sentencia del 22 de octubre del citado 1.962, donde el Juzgado absolvió a Trigos Bayona por el delito de lesiones personales y lo condenó, en cambio, por el doble delito de fuga de presos, a la pena de "CATORCE MESES DE PRISION", imponiéndole, además, las penas accesorias consiguientes, fallo que el Tribunal de Cúcuta modificó en el suyo del 5 de junio del año pasado, así:

"Revócanse los puntos primero y segundo de la parte resolutiva del fallo que se revisa en cuanto absolvió al sindicado ADOLFO TRIGOS BAYONA de los cargos que se le habían hecho por lesiones personales en Alfredo Bayona León y en cuanto le impuso al mismo la pena de catorce meses de prisión por los delitos de fuga de presos, y en su lugar se le condena a la pena de dos años tres meses de prisión y al pago de una multa de doscientos pesos ($200.oo) a favor del Tesoro Nacional.

"Revócase la parte final del punto tercero de la parte resolutiva del mismo fallo en cuanto condenó al pago en abstracto de perjuicios civiles quedando vigente lo relativo a las penas accesorias impuestas al sindicado Trigos Bayona, que fueron las siguientes:

"La interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, una vez cumplida la misma; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; a la suspensión de la patria potestad por el tiempo de la condena y la publicación especial de la sentencia".

LA DEMANDA:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales y de la que el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se limitó a decir que no consideraba necesario ampliar, el recurrente invoca, como causales de impugnación las previstas en los ordinales 4o. y 1o. del artículo 567 del C. de P. Penal.

Causal 4a:

Con apoyo en esta causal se pretende el fallo acusado, al pretermitir, en su parte resolutiva, la determinación de los delitos que daban lugar a la condenación del procesado, violó, a más del artículo 1o. del C. Penal y del ordinal 6o. del artículo 159 del C. de P. Penal, el 26 de la Constitución Nacional, por cuya razón debe invalidarse ese fallo, viciado de nulidad, y devolver el proceso al Tribunal de origen para que lo dicte correctamente.

Respuesta:

El hecho de pretermitir, en la parte resolutiva de un fallo condenatorio, la indicación expresa del delito o delitos que se reprimen contraría, en rigor, las prescripciones

del ordinal 6o. del artículo 159 del C. de P. Penal, aunque, evidentemente, si en su parte motiva se han determinado ese delito o delitos, no alcanza a constituir nulidad alguna y mucho menos de carácter constitucional, precisamente en razón de que esas dos partes integran un todo jurídico indestructible e inseparable, y una de ellas, la motiva, es el presupuesto necesario de la otra, de la resolutiva.

Desde luego, en el caso de autos, no puede remitirse a duda que dentro de la motivación de la sentencia del recurso, no sólo se determinaron, en forma concreta y específica, los delitos que se imputaban al procesado Trigos Bayona sino que, como era lo propio, se sometieron, en cada uno de sus aspectos, a un amplio estudio, en el que figura como conclusión, lo siguiente:

"Tres pues son los ilícitos imputados a Trigos, lesiones personales previsto por el artículo 371 del Código Penal y en las condiciones del inciso 2o. del artículo 373 de la misma obra y dos fugas de presos, infracción contemplada en el artículo 1o. del Decreto Legislativo número 236 de 1.957. Estas tres infracciones han sido juzgadas en un mismo proceso y en esta virtud deberá dársele aplicación a la hora de señalar la pena a lo estatuído en el artículo 33 del Código Penal que prevee lo que los tratadistas llaman concurrencia real de delitos y que como solución práctica consagra el principio de la Asperatio según el cual las penas asignadas a cada ilicito no se suman ni se acumulan sino que se forma una pena única aumentándose la más grave señalada a alguno de los delitos en juicio".

De manera que el cargo, formulado a la sentencia con invocación de la causal 4a., carece de entidad y, en consecuencia, ella, como es obvio, no puede invalidarse por este aspecto.

Causal 1a:

Con fundamento en este motivo de impugnación el recurrente sostiene que la sentencia del Tribunal es violatoria, por falta de aplicación, del inciso 2o. del artículo 374 del C. Penal, y del inciso 2o. del artículo 373 de la misma obra, por indebida aplicación, tesis que sustenta sobre la base de que el delito de lesiones personales, que de los tres que se imputan a Trigos Bayona es el más grave, está comprendido, de acuerdo con los reconocimientos médicos, en la primera de las dos normas citadas y no en la segunda, como erróneamente se entiende dentro del fallo acusado.

Respuesta:

El ofendido Alfredo Bayona León fue sometido a cuatro reconocimientos médicos y en ellos se le determinó, como consecuencia de las heridas que le causó el procesado Trigos Bayona, a más de una incapacidad de 15 días, "una perturbación funcional permamente por lesión de los tendones flexores de los dos últimos dedos" de la mano izquierda, secuela que, en el indicado expreso carácter, se acogió, como plenamente demostrada, en el fallo recurrido.

En estos términos se comprende, sin el menor esfuerzo, que la norma aplicable, respecto del delito de lesiones personales, no podía ser otra que la del inciso 2o. del artículo 374 del C. Penal y no la del inciso 2o. del artículo 373 de la misma obra.

El fallo es, pues, violatorio, por falta de aplicación, de la primera de las dos disposiciones invocadas, y por indebida aplicación, de la segunda, y entonces, como es lógico, debe ser invalidado, en orden a la causal en cuya esfera se formula el cargo, para en su lugar, de acuerdo con lo prescrito en el aparte a) del artículo 570 del C. de P. Penal, dictar el que lo haya de reemplazar.

La pena mínima que corresponde para el delito de lesiones personales, en la modalidad del consumado por Trigos Bayona, según el inciso 2o. del artículo 374 del C. Penal, es la de dos (2) años de presidio y multa de doscientos pesos ($ 200.oo), pena que, en fuerza de tratarse de tres delitos en concurso material, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33 del citado estatuto, tiene que intensificarse, lo que se hace en seis (6) meses, elevando la multa en una cuarta parte, de su mínimo. Además estas penas han de ser aumentadas en consideración al antecedente de lesiones personales con que cuenta el procesado y entonces la pena principal se fija, en definitiva, en dos (2) años y ocho

(8) meses de presidio, y la multa en doscientos sesenta ($ 260.oo) pesos.

Como penas accesorias se impondrán a Trigos Bayona las previstas en el artículo 58 del C. Penal, fuera de que, como lo ordena el artículo 92 de la misma obra, se le condenará al pago de los perjuicios, tanto morales como materiales, derivados de los delitos de fuga de presos que llevó a cabo, y no así de los que pudieron tener origen en el delito de lesiones personales, ya que aparece que a este respecto celebró arreglo con el ofendido Bayona León.

Cabe observar, por último, que Trigos Bayona no tiene derecho a ninguno de les beneficios de condena condicional o perdòn judicial, precisamente en razón de la naturaleza de la pena principal que habrá de imponèrsele, aunque, en cambio, sí a que se le descuente, como pena cumplida, el tiempo que pueda llevar en detención preventiva en orden a los delitos de que es responsable.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1o.). INVALIDAR la sentencia recurrida para en su lugar CONDENAR a ADOLFO TRIGOS BAYONA, como responsable del delito de lesiones personales en Alfredo Bayona León y del doble delito de fuga de presos, a la pena de DOS (2) AÑOS Y OCHO (8) MESES DE PRESIDIO, lo mismo que a la MULTA DE DOSCIENTOS SESENTA ($ 260,oo) PESOS a favor del Tesoro Nacional, pena de presidio que purgará en el sitio que designe el Gobierno;

2o). CONDENAR al predicho TRIGOS BAYONA al pago de los daños y perjuicios, tanto morales como materiales, derivados de los dos delitos de fuga de presos que consumó, condenación que se hace en abstracto por no estar tasados esos perjuicios;

3o.). IMPONER al mismo mencionado TRIGOS BAYONA las penas accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; la de pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; la pérdida de la patria potestad si la tuviere; y, por último, la de publicación especial de esta sentencia; y,

4o). DECLARAR que el indicado TRIGOS BAYONA no tiene derecho a ninguno de los beneficios de condena condicional ni perdón judicial, y en cambio sí a que se le descuente, como pena cumplida, el tiempo de detención preventiva por razón de este proceso.

Cópiese, notifíquese, insèrtese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Custavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo- Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. PETICION DE NULIDAD DEL PROCESO CON BASE EN LA CAUSAL CUARTA DE CASACION PENAL. CARACTERISTICAS Y ALCANCE DE LA CAUSAL SEGUNDA. CAUSAL QUINTA. TECNICA DE LA DEMANDA.

1. La causal cuarta invocada se trata de sustentar con un análisis probatorio del proceso, pretendiendo que la Corte realice un replanteamiento valorativo de hechos determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad del procesado, lo cual sólo sería posible dentro del ámbito de la causal segunda de casación y en juicio sin intervención del jurado.

En los juicios en que el tribunal popular interviene, como lo observa el mismo impugnador, no es pertinente la causal segunda, por las dos razones fundamentales que la Corte ha señalado en su doctrina más reiterada: Porque el jurado es absolutamente libre para apreciar, según su íntima convicción, las pruebas del proceso; y porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrada como causal de casación en el Código de Procedimiento Penal vigente.

Esta Sala, por otra parte, ha definido en múltiples oportunidades las características y el alcance de la referida causal segunda, cuando puede aducirse:

"La causal segunda de casación no se encamina a que la Corte, en un caso concreto, emprenda el estudio de todas las pruebas del proceso para decir si está o nò demostrado el cuerpo del delito, o la responsabilidad del incriminado, o las circunstancias modificadoras que hayan influído en la individualización de la pena. Ello es tarea propia de los juzgadores de instancia. Lo que dicha causal permite en este recurso extraordinario es examinar si el Tribunal, al apreciar las pruebas, incurrió en un yerro extremo y evidente que lo llevó a dar por establecido un hecho que no sucedió, o a negar la existencia del que sí acaeció, o a no tomar en cuenta otro que se halla acreditado en los autos, o también cuando a los elementos de convicción les atribuyó un valor probatorio que la ley no les da, o les desconoció el que ésta les asigna".

Si como se ha dicho, las cuestiones de hecho que el recurrente plantea, ni siquiera podrían estudiarse dentro de este recurso extraordinario a través de la causal segunda de casación, por tratarse de un juicio con intervención del jurado de conciencia, a fortiori hay que concluir que no pueden examinar con fundamento en la causal cuarta.

2. La alegación de la causal quinta resulta más pertinente en los juicios de puro derecho, y no en aquellos que se ventilan con intervención del Jurado, porque en éstos la sentencia del juzgador se prefiere con fundamento en el veredicto pronunciado por los jueces de conciencia, y no propiamente sobre pruebas del proceso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, trece de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Mediante sentencia del cinco de junio de mil novecientos sesenta y dos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja condenó a FABIO NEVARDO PAEZ a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio, cometido en la persona de José Salustiano Ardila Colmenares. Nevardo Páez había sido condenado en el fallo de

primera instancia a la pena principal de nueve años de presidio.

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron el recurso extraordinario de casación el señor Fiscal del Tribunal y el defensor del procesado. Sobre su mérito habrá de pronunciarse esta Sala de la Corte.

ANTECEDENTES

Los hechos que originaron el proceso aparecen relatados con propiedad en los siguientes pàrrafos del fallo recurrido:

"En la tarde del 9 de diciembre de 1.958, en el sitio denominado "Las Juntas", en jurisdicción de Garagoa y sobre la carretera que une aquella región con Guateque, se hallaban estacionados los camiones de propiedad de José Salustiano Ardila y Guillermo Gordillo, en forma tal que obstruían el paso por la vía. Atrás de estos camiones quedó situado otro que conducía Marcos Buitrago y en el cual querían viajar hacia Guateque Fabio Nevardo Páez, Sabas Wilches y Juan Montenegro. Como este carro no pudiera pasar por obstaculizarlo los otros dos, cuyos conductores estaban tomando cerveza en una cantina que allí existe, los pasajeros Páez, Wilches y Montenegro pidieron a Ardila y a Gordillo orillar sus vehículos y esto dió lugar a algún cruce de palabras entre unos y otros, hasta que Páez, Wilches y Montenegro sacaron sus revólveres e hicieron unos disparos en son de amenaza e intimidación. Entoces Ardila cambió de posición su vehículo y el camión de Buitrago emprendió viaje a Guateque sin que el incidente hubiera pasado a mayores.

"Una vez en esta última población, Fabio Nevardo Páez, Sabas Wilches y Montenegro se instalaron en la cantina de Tomás León. Un poco después llegó allí Pablo Emilio Gòmez, chofer que solía manejar el camión de Ardila, y entabló conversacion y aceptó una cerveza a los tres sujetos atrás mencionados. Poco después se hizo presente en el mismo lugar Josè Salustiano Ardila quien también aceptò una cerveza, pero poco después de iniciada la tertulia, se hicieron alusiones al incidente que había ocurrido en Las Juntas asì como a la filiación política de unos y otros, lo cual dió lugar a que se suscitara un altercado, y como Páez desenfundara un revólver, Gómez y Ardila se retiraron rápidamente hacia la puerta de la cantina y cuando este último alcanzaba la calle, Fabio Nevardo Páez le hizo un disparo del cual lo hiriò mortalmente. El agresor y sus amigos se retiraron sin que la Policía que se hizo rapidamente presente ejercitara una acción eficaz para detenerlos, y así, Páez solo vino a ser capturado tres meses después en Chivor".

Por auto del 15 de junio de 1.960, el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Tunja llamó a responder en juicio a Fabio Nevardo Páez por el delito de homicidio de que trata el Código Penal "en su Libro II, Título XV, Capítulo I", perpetrado en la persona de José Salustiano Ardila, providencia que, apelada por el defensor del procesado, el Tribunal confirmò en la suya del 4 de octubre del mismo año. Contra este auto interpuso el señor defensor el recurso de reposición, pero el ad-quem, en proveído del 29 de noviembre siguiente, decidió no reponer la providencia recurrida.

Con fecha 27 de junio de 1.961 se celebrò la correspondiente audiencia pública. El Juez de la causa sometió a la consideración del Jurado la siguiente cuestión:

"El acusado FABIO NEVARDO PAEZ, es responsable, SI o NO, de haber causado la muerte, con intención de matar, a José Salustiano Ardila Colmenares, a consecuencia de herida producida por proyectil de arma de fuego (revólver); hecho que tuvo ocurrencia en la población de Guateque, en las horas de la noche del nueve (9) de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1.958), en la cantina de propiedad del señor Tomás Leòn?

El Juri respondió: "Sí, en estado de embriaguez".

En desarrollo de tal veredicto, el Juez del conocimiento profirió la sentencia condenatoria de primer grado, la que, apelada por el procesado y su defensor, fue luego confirmada por el Tribunal, con la modificación de reducir en un año la pena principal impuesta por el inferior.

DEMANDAS DE CASACION

a), Demanda del Ministerio Público.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja ha sustentado el recurso con el libelo que aparece de folios 7 a 21 del cuaderno número 5. La acusación a la sentencia recurrida se formula con fundamento en las causales que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal prevé en sus ordinales 4o. y 5o.

En párrafo titulado "IMPUTACION DE LA SENTENCIA DEL H. TRIBUNAL DE TUNJA", el recurrente advierte que, a continuación, se permitirá "citar algunas pruebas que obran en autos, no porque vaya a alegar la causal segunda de casación, que no cabe en juicios con jurado, sino porque el análisis de tales pruebas, servirá como fundamento a la alegación de otras causales".

Y a continuación, en efecto, con el propósito de demostrar que la sentencia acusada "es violatoria de la Ley procedimental, pues se pronunció en un juicio viciado de nulidad", el impugnador dedica el capítulo primero de su demanda a un fragmentario examen de algunos de los elementos de juicio que obran en el proceso.

Dos motivos de nulidad surgen, para el demandante de ese análisis probatorio.

El primero radica, esencialmente, en que Sabas Wilches y Juan Montenegro, compañeros de Fabio Nevardo Páez durante el desarrollo de los hechos que originaron el proceso, no fueron vinculados a éste en calidad de sindicados, infringiéndose así la norma contenida en el artículo 52 del C. de P. P. Textualmente expresa sobre el particular el actor: "Se violó pues la ley procedimental, el art. 52 del C. de P. P., porque no se investigó lo relativo a todos los autores o partícipes del delito de homicidio en Salustiano Ardila. Solamente se averiguó lo relativo a los actos y la responsabilidad de Fabio Nevardo Páez. Hay nulidad".

Sobre el segundo motivo de nulidad razona así el señor Agente del Ministerio Público:

"Está acreditado: Que Páez alegó en su indagatoria haber sufrido, el día de autos, un golpe de Salustiano Ardila. Que se reconoció médicamente a Páez y se hallaron los rastros de tal contusión. Si bien, hay que ver que la incapacidad fue minúscula. Pero, si careciera de justificación, sería un delito contemplado en los arts. 371 y 372 del C. P. Era obligación de los jueces -así lo reconce la sentencia- pronunciarse al respecto. No lo hicieron en la calificación del sumario, luego se incurrió en nulidad, entonces sí por violación del art. 54 del C. de P. P., que estatuye que los delitos conexos -no puede ser más clara la conexidad- han de investigarse y fallarse en la misma cuerda. Así, la sentencia del H. Tribunal se edificó sobre un proceso nulo por esta causa también".

Desde luego, en torno de los dos cargos anteriores la demanda contiene una serie de consideraciones marginales, pero, de manera indudable, lo que se deja expuesto recoge, en esencia, el pensamiento del actor en cuanto concierne a la causal cuarta invocada.

En el segundo y último capítulo de la demanda se sostiene "que la sentencia no dice clara y terminantemente cuáles hechos se consideran probados". Se aduce, en otros términos, la causal quinta de casación.

Hé aquí las razones principales que el demandante ofrece para sustentar el cargo:

"Si nos desprendemos del prurito de creer que solamente en el aparte que dice "HECHOS" en la sentencia, es donde estan los que el H. Tribunal considera probados, encontramos en el cuerpo de la providencia que, como era de esperarse, la Sala entra en una serie de dubitaciones e imprecisiones, suposiciones y sugerencias, que no pueden ser base firme para condenar a Páez. Mejor, para decidir sobre el contenido de un proceso tan delicado como el presente.

"Esta Fiscalía ha sostenido persistentemente -y no cree estar equivocada- que, no obstante el procedimiento especial consistente en que sea el jurado el que califique los hechos, al Juez de derecho compete, para fines especiales, adentrarse nuevamente en el examen de los mismos: para dosificar la pena (art. 36 del C. P. en concordancia con el 37, el 38 y el 39 ibidem) y para atreverse a dictar sentencia absolutoria o condenatoria, sobre todo cuando se trata de un primer veredicto ya que hay la posibilidad de declararlo contraevidente, por exceso o por defecto. No es cierto que el Juez de derecho sea un empleado que se limite a aplicar mecánicamente un veredicto, de acuerdo con uno o unos artículos de la ley penal. El asume también la grave responsabilidad de

la condenación o absolución de los procesados y del grado en que tome la primera medida.

"Por eso, cuando la sentencia no es suficientemente afirmativa en cuanto a los hechos que se sucedieron -porque no puede serlo- carece de la firmeza requerida en el fondo, de plena prueba para condenar.

"Dice la sentencia:

'.....así que parte del supuesto de que haya varios delitos, lo que aquí no ha ocurrido pues se dejó demostrado que ARDILA NI PUDO HABER GOLPEADO A PAEZ, como lo afirma el sindicado y hacer suposiciones de que hubiera podido ser otro, es un esfuerzo de imaginación que por falta de bases reales tampoco puede traerse a cuento como causal de nulidad. SI ESTUVIERA DEMOSTRADO QUE ARDILA DIO UN PUÑETAZO A PAEZ, QUIZA lo unico que HARIA falta sería declarar extinguida la accion penal, omisión que tampoco afecta la nulidad del proceso y que está muy lejos de constituir merma de las garantías constitucionales para Fabio Nevardo Páez.....'.

"Se desvertebró injurídicamente la causa. Además de las disposiciones procedimentales violadas que se citaron, se violó el art. 50 del C. de P. P., pues siendo competente para conocer del homicidio en Ardila y las lesiones en Páez el Juez Superior, se abstuvo de calificar lo relativo a las lesiones. Igual cosa hizo la sentencia que aquí se impugna: dejó sin definir las lesiones. Lo cual constituye denegación de justicia, como falla de procedimiento, que acarrea nulidad".

Concluye el señor Fiscal pidiendo "que se case la sentencia recurrida por las razones expuestas".

b). Demanda del defensor.

El escrito que el señor defensor del procesado presentó para sustentar el recurso extraordinario de casación está destinado, casi en su totalidad, a analizar parte dal acervo probatorio del proceso, haciendo énfasis en la confesión de Fabio Nevardo Páez, con el objeto de demostrar que ésta es indivisible, y que, por tanto, los juzgadores de instancia, al apreciarla, han debido admitirla en toda su integridad. Al no hacerlo así, cometieron ostensible error. Y, abundando en tales consideraciones, agrega:

"Al procesado Páez no se le hizo justicia, hubo en relación con él sin que sea aventurado hacer tal afirmación una completa denegación de justicia, y es al Tribunal Supremo de Colombia al que le corresponde hacerla. No hubo celo para allegar las pruebas que pudieran favorecer a mi cliente, las aducidas fueron todas las que podían perjudicarlo, y así se ha consumado la tremenda injusticia de una prisión prolongada sobre bases deleznables y frágiles.

"El jurado no podía hacer cosa distinta que contestar el veredicto que se le propuso, tenía que contestar de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y no sobre las que se dejaron de tomar. En esas afirmaciones estamos totalmente identificados con el Fiscal del Tribunal de Tunja".

Dentro del mismo orden de ideas, expresa en posterior aparte:

"La versión del sindicado hay que aceptarla en toda su integridad, sin que pueda tenerse en cuenta la afirmación del juez a quo en el auto de proceder "de que no puede el juzgado dar credibilidad a la versión del sindicado, ya que no cuenta en razón de que el juez no debió haber dictado ese auto cuando faltaban diligencias de suma importancia como las indagatorias de Wilches y Montenegro, pero al hacer su peregrina afirmación olvidó el juez a quo que esa indagatoria de Fabio Nevardo Páez contiene una confesión calificada o limitada, que además es indivisible y hay que aceptarla no sólo en lo que perjudica sino en lo que favorece al sindicado. Es tan mostruosa la injusticia con Páez que el propio Fiscal del Tribunal Superior de Tunja que es quien representa los intereses de la sociedad interpuso el recurso de casación de esta sentencia".

Por último, para compendiar lo alegado, dice el impugnador:

"Este proceso es escandalosamente violatorio de la ley procedimental, y francamente no se explica cómo un Juez Superior con un acervo de cultura haya llamado a juicio a un sindicado violando hasta el artículo 52 del C. de Procedimiento Penal, al no investigar lo relativo a todos los autores o partícipes del delito de homicidio en la persona de Salustia-

no Ardila. Lo que pudiera favorecer a Páez no se investigó, lo que pudiera perjudicarlo sí, y hasta el principio de Pruebas Judiciales aceptado por todos los tratadistas de la confesión calificada o limitada e indivisible también se desconoce.

"Nada se dijo de la herida de Páez causada por Ardila según afirmación de mi cliente corroborada por la Oficina de Medicina Legal, posición que no ha sido combatida como debió serlo científicamente, sino que se limitó a negar de plano, y entonces como dice el Fiscal hizo falta -como lo reconoce la sentencia- definir el punto, declarando extinguida la acción penal con lo cual, repetimos, se reconocería responsabilidad contra Ardila, lo que implica reducción probable de responsabilidad de Páez, si el golpe fue anterior; y aún en el caso de que fuera posterior al tiro, pues completaría el círculo de la riña imprevista. Se violó también con la sentencia recurrida el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal pues siendo competente para conocer del homicidio en Ardila y de las lesiones en Páez el juez superior, se abstuvo de calificar lo relativo a las lesiones".

Tales son las razones con que el demandante sustenta la causal cuarta de casación, única por él invócada.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

Con oportunidad del traslado previsto por el artículo 3o. del Decreto número 1154 de 1.954, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal tuvo a bien expresar que no consideraba necesario ampliar la demanda presentada por el Fiscal del Tribunal Superior de Tunja, por cuanto ese funcionario había "elaborado un estudio cuidadoso y técnico que reune los requisitos exigidos por los arts. 571 (sic) del C. Judicial y 7o. del C. de P. P.".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1). En cuanto a la demanda del señor Agente del Ministerio Público cabe observar, en primer término, que la causal cuarta allí invocada se trata de sustentar con un análisis probatorio del proceso, pretendiendo que la Corte realice un replanteamiento valorativo de hechos determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad del procesado, lo cual sólo sería posible dentro del ámbito de la causal segunda de casación y en juicio sin intervención del Jurado.

2). En los juicios en que el Tribunal popular interviene, como lo observa el mismo impugnador, no es pertinente la causal segunda, por las dos razones fundamentales que la Corte ha señalado en su doctrina más reiterada: Porque el Jurado es absolutamenre libre para apreciar, según su íntima convicción, las pruebas del proceso; y porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrada como causal de casación en el Código de Procedimiento Penal vigente.

3). Esta Sala, por otra parte, ha definido en múltiples oportunidades las características y el alcance de la referida causal segunda, cuando puede aducirse:

"La causal segunda de casación no se encamina a que la Corte, en un caso concreto, emprenda el estudio de todas las pruebas del proceso para decir si está o no demostrado el cuerpo del delito, o la responsabilidad del incriminado, o las circunstancias modificadoras que hayan influído en la individualización de la pena. Ello es tarea propia de los juzgadores de instancia. Lo que dicha causal permite en este recurso extraordinario es examinar si el Tribunal, al apreciar las pruebas, incurrió en un yerro extremo y evidente que lo llevó a dar por establecido un hecho que no sucedió, o a negar la existencia del que sí acaeció, o a no tomar en cuenta otro que se halla acreditado en los autos, o también cuando a los elementos de convicción les atribuyó un valor probatorio que la ley no les da, o les desconoció el que ésta les asigna".

4). Si, como se ha dicho, las cuestiones de hecho que el recurrente plantea, ni siquiera podrían estudiarse dentro de este recurso extraordinario a través de la causal segunda de casación, por tratarse de un juicio con intervención del jurado de conciencia, a fortiori hay que concluir que no pueden examinarse con fundamento en la causal cuarta.

5). En segundo lugar debe anotarse que los hechos señalados por el señor Fiscal como violatorios de los artículos 52 y 54 del Código de Procedimiento Penal, no estructuran ninguna de las causas de nulidad previstas en los artículos 198 y 199 de la misma obra, y

ya se sabe que los motivos de nulidad son de restringida interpretación.

6). Por otra parte, conviene observar que no afecta la validez del jucio el hecho de que Sabas Wilches y Juan Montenegro no hubieran sido vinculados al proceso, aún en la hipótesis, descartada a través de las instancias de que ellos tuvieran la calidad de coautores del delito por el cual se adelantò la acción penal contra Nevardo Pàez.

"No constituye causal de nulidad -ha dicho la Corte- el hecho de que a una persona se le condene como cómplice en la comisión de un delito cuyo autor principal no ha podido descubrirse en la investigación, porque la responsabilidad en el campo de la justicia represiva es individual y divisible y cada coparticipe responde independientemente de su propia obra criminosa, sin ser comunicable a los demás. La coparticipación en el delito es real, y no personal; accede al hecho punible, y no a la culpa del autor o autores. Por eso la ignorancia acerca de uno o varios responsables, jamás puede paralizar el ejercicio de la acción respecto del sindicado descubierto en el curso de la investigación". (Sentencia de 20 de febrero de 1.951, LXIX, 179).

Asímismo es pertinente anotar que José Salustiano Ardila no podia asumir en este proceso la calidad de sujeto pasivo de la acción penal, precisamente porque fué él la víctima del delito de homicidio por el cual Fabio Nevardo Pàez fué residenciado en juicio y condenado.

Todo lo anterior significa que no puede prosperar la causal cuarta estudiada.

7). Tampoco demostró el impugnador la causal quinta por èl invocada. La sentencia del **ad-quem** se ajusta, en esencia, a las reglas establecidas por el artículo 159 del C. de P. P. "Para que un fallo se invalide por medio de la causal 5a. -ha expresado la Corte en numerosas oportunidades- es indispensable que en la sentencia acusada no se determinen en ninguna forma los hechos que dieron origen a la investigación, cuáles se establecieron como probados y cuál fué el autor, para luego deducirle responsabilidad". Por ello ha advertido también esta Sala que la alegación de la causal quinta resulta más pertinente en los juicios de puro derecho, y no en aquellos que se ventilan con intervención del Jurado, porque en éstos la sentencia del juzgador se profiere con fundamento en el veredicto pronunciado por los jueces de conciencia, y no propiamente sobre las pruebas del proceso.

8). En cuanto concierne al escrito presentado por el señor defensor, es preciso decir que no reune los requisitos de una verdadera demanda, como pueden apreciarse en la reseña que de su contenido ha hecho la Sala en el lugar apropiado del presente fallo. Ese escrito constituye un típico alegato de instancia, que en manera alguna consulta la norma contenida en el artículo 531 del C. J.

Por otra parte, dicho alegato se limita a reproducir, con léxico diferente, los argumentos aducidos por el señor Agente del Ministerio Público para sustentar la causal cuarta, sin que se aduzcan motivos de nulidad distintos. Por tanto, las razones expuestas por la Sala al estudiar la demanda del señor Fiscal conservan su valor para desechar los referidos cargos.

DECISION:

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casaciòn Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Tunja.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Humberto Barrera Domínguez. - Samuel Barrientos Restrepo.- Julio Roncallo Acosta. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RECURSO DE REVISION

Motivos señalados en los numerales 3o. y 5o. del art. 571 del C. de P. P. Prueba indiciaria. Presunción de verdad que ampara la cosa juzgada.

1. Cabe ante todo observar que la afirmación que el demandante hace de ser falsa la prueba de indicios que sirvió de fundamento al fallo condenatorio proferido contra el reo, no la hace consistir propiamente en la falsedad de los hechos índices o indicadores sino en la inferencia lógica que de ellos se deduce para establecer dicha responsabilidad, lo cual necesariamente supone un examen crítico jurìdico de dichos hechos, pero este procedimiento resulta completamente inadecuado para la prosperidad de un recurso de revisión, ya que él no se ha establecido con el fin de hacer un analisis jurìdico de la sentencia frente a la ley, que es cuestión propia de las instancias o del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas, dan lugar a la revisión del proceso. Puede ocurrir que realmente en el proceso cuya revisión se pretende, se hubieran apreciado equivocadamente alguno o algunos indicios, pero ello no quiere decir que éstos sean falsos, pues la falsedad a que se refiere el motivo tercero de revisión, tiene que establecerse de una manera objetiva, dentro del término probatorio del recurso y por medios distintos a aquéllos que sirvieron de fundamento para sustentar la sentencia firme, cuya presunción de veracidad, no puede destruírse con simples argumentos, más o menos lógicos, que tiendan a demostrar la equivocada apreciación que de los hechos del proceso se hizo en la sentencia, ya que ésto solamente es conducente en las instancias del juicio.

2. La presunción de verdad que ampara la cosa juzgada, que el recurso extraordinario de revisión trata de desvirtuar, no se puede lograr acudiendo al procedimiento de hacer un nuevo análisis o estudio crìtico de los hechos o pruebas que forman parte del proceso cuya revisión se busca, sino demostrando con medios distintos y adecuados en el término probatorio del recurso, que realmente se han cumplido los motivos de revisión que se invocan, pues de otro modo se desvirtuaría completamente la naturaleza y el objeto de este recurso extraordinario, convirtiéndolo en una tercera instancia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero trece de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El señor Armando Calderón Rodríguez, obrando por medio de apoderado, propuso ante la Corte, recurso extraordinario de revisiòn contra la sentencia de 20 de septiembre de 1.961, por medio de la cual el Juzgado Penal del Circuito de Honda, al revocar la de primera instancia, lo condenó a la pena principal de doce meses de prisión, como responsable del delito de estafa que se le imputó en el proceso.

Cumplidos los trámites del recurso extraordinario da revisión, se procede a decidirlo en esta providencia, y mediante las consideraciones del caso.

ANTECEDENTES.

Tuvo su origen este proceso en la denuncia formulada ante el Alcalde Municipal de Honda por el señor Miguel Guzmàn, el día 7 de febrero de 1.961, en la que expuso los si-

guientes hechos: que el día 5 de febrero de dicho año, en las horas de la mañana se presentó a su almacén el denunciado Calderón solicitándole que le cambiara un cheque por la suma de $200.oo, el que podìa consignar al día siguiente; que le cambió el cheque que era el marcado con el No. 134317, Serie EQ-B, por tener los sellos del Sindicato de choferes de la ciudad, entregándole en efectivo la cantidad expresada; que al dia siguiente, después de haberlo consignado en su cuenta corriente en el Banco del Comercio de la localidad, fue llamado por esta entidad para hacerle saber que el cheque en referencia no era correcto porque le faltaba una de las firmas y porque la otra de tales firmas no coincidía con la registrada en el Banco; agrega, asimismo, que Calderòn lo llamó por teléfono para solicitarle que no lo fuera a perjudicar por la cuestión del cheque, ya que él le devolvería el dinero, y que momentos despuès se encontró con el denunciado y le entregó la cantidad de $100.oo, quedándole de dar el resto el dia 7 de febrero del mismo año, pero como no dió cumplimiento le formuló la denuncia por el delito de estafa.

En la ampliación de su denuncia, Guzmán manifestó que el 13 de febrero Calderón le había pagado los $100.oo restantes, firmàndole un recibo por dicha cantidad, explicando que por la operación le había cobrado la cantidad de $2.oo, y reafirmando el hecho de que fue el propio denunciado quien llegó a su almacèn a solicitarle el cambio del cheque que dió lugar a la investigación.

Con fundamento en los hechos denunciados, se adelantó la respectiva investigación y se practicaron las pruebas que se consideraron del caso, para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del sindicado.

Perfeccionada la investigación, y cumplida la tramitaciòn establecida en el Decreto 0014 de 1.955, el Juzgado Promíscuo Municipal de Honda absolvió a Armando Calderón Rodríguez, "por no aparecer en los autos las pruebas necesarias para condenar".

El Juzgado Penal del Circuito de Honda, al revisar, por consulta, el fallo de primera instancia, lo revocó y en su lugar condenó al sindicado, a la pena principal de doce meses de prisión, como responsable del delito de estafa.

Armando Calderón Rodríguez, niega en su indagatoria y en el careo sostenido con el denunciante, que hubiera tenido negocio alguno con este sujeto, aunque acepta que realmente trabajaba por la época en que se cometió el ilícito, como Contabilista del Sindicato de Choferes de Honda y por esto mantenía en su poder varios documentos, entre éllos la chequera del Banco del Comercio; así mismo dice que "supone" que al dejar la chequera del Sindicato en la mesa de un cafè y al entrar al orinal "alguien precipitadamente robó el cheque", explicando que debido a los rumores callejeros, de acuerdo con los cuales se le inculpaba a èl el cambio del cheque al señor Guzmán, arregló directamente con éste devolverle el dinero, pagándole primero cien pesos y luego los otros cien restantes; explica así mismo, que tan pronto notó la perdida del cheque procedió a dar aviso de lo ocurrido al señor Serafín Alvarez, Vicepresidente del Sindicato, por no haber podido encontrar al Tesorero y al Presidente de dicha entidad. También Calderón afirma en su indagatoria, que el día y hora en que Guzmán dice le cambió el cheque, se encontraba en un cafè de la ciudad de Honda, denominado "Rendez-vous", en compañía de Luis Rubiano, Hugo Andrade y Carlos Ospina.

La responsabilidad de Armando Calderón la dedujo el Juez Penal del Circuito de Honda, de los indicios siguientes:

"a). Calderón Rodríguez, por el tiempo de los hechos denunciados sí mantenía en su poder la chequera del Sindicato de choferes, a la cual pertenecía el cheque nº. 134317 del Banco del Comercio girado por doscientos pesos al portador con fecha 4 de Febrero de este año, firmado para el cobro por Miguel Guzmán (folio 4).

"b). Calderón Rodríguez notoriamente afanado e inexplicablemente preocupado, se apresuró a cancelar a su denunciante el valor del cheque, según consta por el recibo que el mismo sindicado hizo llegar al informativo.

"c). Indiciaria es la declaración enfática que tanto en la denuncia como en el careo sostenido con su denunciante, hace Miguel Guzmàn, según la cual Calderón Rodríguez personalmente llegó a su establecimiento comercial el domingo cinco de Febrero en las horas de la

mañana y le solicitó le cambiara el cheque que obra al folio 4, solicitud que éste atendió entregándole a Calderón $ 198,oo.

"d). Un tanto extraña y sospechosa es la manifestación que hace el sindicado Calderón Rodríguez respecto de que "supone" que el cheque aludido, se lo sustrajeron de la chequera del Sindicato en los precisos momentos en que la dejó abandonada en una mesa de café, mientras cumplía una necesidad fisiológica.

"e). Calderón Rodríguez no es persona que se ha distinguido precisamente por el respeto de los bienes ajenos, pues según declaración de Lucas Galindo (f. 19 fte. y v.), a éste le sustrajo más de mil pesos, siendo empleado de su almacén, sin que entonces hubiese acudido a la justicia, no solamente por haberle sido devuelto dicho dinero sino por consideraciones de familia".

DEMANDA DE REVISION

La demanda presentada para proponer el recurso extraordinario de revisión se ciñe en su forma a las prescripciones exigidas por el artículo 571 del C. de P. P. En ella se principia por hacer una breve relación de los hechos, de acuerdo con las explicaciones que de su conducta da el reo Calderón Rodríguez, anticipando algunos conceptos sobre la denuncia de Guzmán, afirmando "que es la única prueba de responsabilidad" que sirvió para condenar a aquél, pero que ella "es falsa de toda falsedad".

El actor acepta que en la época en que se cometió el delito, Armando Calderón prestaba sus servicios como Contabilista del Sindicato de Choferes de Honda, y tenía en su poder los papeles y manejaba la chequera de la cuenta corriente que dicho Sindicato mantiene en el Banco del Comercio. Explica, además, de acuerdo con la versión dada por el acusado, que éste notó que un cheque había sido desprendido de dicha chequera, y que temeroso del mal uso que de él se pudiera hacer, se dió a la tarea de buscar a los directores del Sindicato hasta que dió con el Vicepresidente, señor Serafín Alvarez, quien lo tranquilizó diciéndole que cada cheque debía tener tres firmas, la del Presidente, la del Tesorero y la del Fiscal, y que por lo tanto, no había peligro que lo pagaran. Se afirma también en la demanda que el cheque no le fue pagado al señor Miguel Guzmán quien "incurrió en la ingenuidad de cambiarlo el día domingo para consignarlo el lunes siguiente".

También se insinúa que el cheque que le quitaron de la chequera al señor Armando Calderón, fue utilizado por "alguien" para estafar a Guzmán, falsificando una de las firmas.

Se atribuye al denunciante Guzmán "ruindad de ánimo", pues a pesar de haberle cancelado incontinenti la mitad del valor del cheque, acusa a Calderón, mintiendo a su sabor, sin medir las consecuencias".

En la demanda de revisión se invocan los motivos señalados en los numerales 3o. y 5o. del artículo 571 del C. de P. P., los que se intentan fundamentar o demostrar separadamente.

Causal 3a. Al amparo de esta causal se afirma que Armando Calderón Rodríguez está cumpliendo condena con fundamento en pruebas falsas, que el Juzgado enumera, la principal de las cuales es el testimonio del denunciante Miguel Guzmán, que según el actor, aparece contradicho por las siguientes pruebas que obran en el proceso de cuya revisión se trata, así: a) por lo dicho por el acusado en su indagatoria y en el careo con el denunciante; b) por el cheque mismo y por los testimonios de quienes debían firmarlo; c) por la declaración del señor Serafín Alvarez, Vicepresidente del Sindicato de Choferes, y d) por los testimonios de los compañeros de Armando Calderón en el café "Rendez vous".

También se afirma que son falsos los indicios de los cuales se dedujo la responsabilidad de Armando Calderón Rodríguez.

Testimonio del denunciante.

Para establecer que el testimonio del denunciante Miguel Guzmán, es falso, el actor principia por transcribir lo dicho por éste y compararlo con las explicaciones que da el acusado en su indagatoria y que sostiene en el careo habido con aquél, quien por su parte reafirma lo dicho en su denuncia respecto al hecho de que Calderón estuvo en su almacén en las horas de la mañana del día 5 de febrero de 1.961, para solicitarle el cambio del cheque.

De esto el demandante deduce que el testimonio del denunciante es falso, por cuanto

el acusado niega haber tenido ningún negocio con Guzmán, afirmando que el día y la hora que se dice le fue cambiado el cheque, él se encontraba en el café "Rendez vous" en compañía de sus amigos Luis Rubiano, Hugo Andrade y Carlos Ospina.

Hecho esto pregunta el actor: "A quién se le cree al denunciante o al acusado?".

Se contesta.

Como lo observa con razón el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, con esta objeción o tacha, "no se hace otra cosa que revivir o replantear un hecho que dió lugar a dilatada controversia durante las instancias, ocurriendo a la postre que los juzgadores con muy buen criterio optaron por darle crédito al denunciante y no a la negativa sistemática del acusado de haber delinquido".

Así mismo, para demostrar la falsedad del testimonio del denunciante Guzmán, se arguye que, está contradicho por el cheque mismo y por los testimonios de quienes debían firmarlo; con este objeto, el demandante se refiere a un oficio que obra a folio 8o. del cuaderno principal del proceso, firmado por el Presidente del Sindicato señor Pedro Morales Sánchez, al testimonio del señor Jorge Bustos, Tesorero del sindicato, a las declaraciones del mismo Morales Sánchez y a la de Serafín Alvarez.

Pero ni del contenido del oficio ni de las declaraciones que cita el actor en su demanda aparece la contradicción que afirma existe entre estas pruebas y el dicho del denunciante.

En efecto: Jorge Bustos, Tesorero del Sindicato de Choferes, cuya declaración aparece al folio 10. y vto. del cuaderno principal del proceso, afirma que se enteró del giro del cheque por $200.oo, porque el Presidente señor Morales le preguntó sobre ello y él le explicó que el Sindicato no había girado ningún cheque por dicha suma, pero que "haciendo averiguaciones vinimos a establecer que el señor Armando Calderón había conseguido del señor Miguel Guzmán, comerciante de esta plaza, que le cambiara el aludido cheque". Que la firma que aparece en el cheque que dice "J. Bustos" no es la suya "y que todo cheque girado por el Sindicato debe llevar las tres firmas y sus respectivos sellos".

El señor Pedro Morales Sánchez, en su declaración visible a folio 6o. del cuaderno principal del proceso, explica que al ser solicitado por un empleado del Banco del Comercio, Sucursal de Honda, para que firmara el cheque No. 134317, girado al portador por la suma de $200.oo moneda corriente, donde faltaba su firma, pudo enterarse de que dicho cheque no había sido autorizado y que la firma que dice "J. Bustos", no era la del Tesorero y menos la que se había registrado en el Banco; que el señor Guzmán, quien había cambiado el cheque, había informado, en presencia del mismo Gerente del Banco, que quien había cambiado ese cheque era el señor Armando Calderón. Al ponérsele de presente el cheque presentado con la denuncia, dijo que era el mismo que le había sido mostrado en las oficinas del Banco del Comecio.

El oficio firmado por el Presidente del Sindicato de Choferes y dirigido al Alcalde Municipal de Honda, únicamente explica que los cheques que gira dicho organismo deben llevar las firmas del Presidente, Tesorero y Fiscal con sus respectivos sellos.

El señor Serafín Alvarez, Vicepresidente del Sindicato, declara a folio 36, y explica que Armando Calderón se presentó en su casa "si mal no recuerdo el 26 o 27 de enero del año de 1.961" y le explicó que "estaba envainado porque se le había extraviado un cheque de la chequera del Sindicato de Choferes, Seccional de Honda", que le averiguó si el cheque estaba firmado con las tres firmas de rigor en esos cheques y le contestó que no, que únicamente tenía dos sellos y una firma, y que por esto no le prestó atención al asunto, en vista de que ese cheque no podía ser cobrado.

Se contesta.

Como se ve, lo afirmado por los señores Pedro Morales, Jorge Bustos y Serafín Alvarez, Presidente, Tesorero y Vicepresidente del Sindicato de Choferes, en modo alguno contradicen lo dicho por Miguel Guzmán en su denuncia sostenido por éste en el careo habido con Calderón; antes bien, las declaraciones de los dos primeros confirman lo dicho por Guzmán y comprometen la responsabilidad del sindicado, puesto que afirma que se enteraron de que fue Calderón quien le cambió el cheque al denunciante.

Por lo tanto, carece de demostración, también por este aspecto, la afirmación que hace el demandante para comprobar que el dicho del denunciante Guzmán es falso.

Otras pruebas con las que el actor pretende demostrar la falsedad del testimonio del denunciante Miguel Guzmàn son las declaraciones de Hugo Andrade Pava, Luis A. Rubiano Vanegas y Carlos Ospina Casanova, quienes declaran en el término probatorio del recurso de revisión, y de cuyo testimonio se hace en la demanda el siguiente extracto:

"**Hugo Andrade Pava** declara qne el domingo 5 de febrero del año pasado, "en el lapso comprendido de las diez de la mañana a las dos de la tarde, el señor Armando Calderón Rodríguez se encontraba conmigo en el Café Rendez-Vous, en compañía de los señores Carlos Ospina Casanova, Luis Rubiano Vanegas, con quienes tomamos varios frescos y jugamos varios chicos de billar..... hora en que nos separamos y yo fuí a mi casa a almorzar" (f. 22 v. y 23)".

"**Luis A. Rubiqno Vanegas** dice que mantiene con Armando Calderón una amistad "muy grata y prodigiosa" "hace aproximadamente ocho años"; que "en el Café Rendivú (Sic) de esta ciudad acostumbramos a reunirnos casi todas las noches y en los días domingos y dia fiestas (sic) a cambiar ideas y a charlar muy animadamente al calor de cerveza, tinto o gaseosas"; que Calderón estuvo metido en una seria campaña política; que supo lo del cheque cambiado a Miguel Guzmàn; y que "a mí me sonó el asunto del cambio del cheque a mentira e impostura, pues **ese domingo cinco de febrero aproximadamente a las nueve a. m. a la una p.m. permanecí con Armando Calderón Rodríguez,** en compañía de mí también amigos personales Hugo Andrade Pava y Carlos Ospina Casanova, **en el café "Rendivú" situado en el Centro de Honda, tomando tinto y jugando billar.** Es algo -concluye- que recuerdo perfectamente, sin lugar a dudas, y declaro bajo juramento" (f. 24).

"Y **Carlos Ospina Casanova** declara sobre la vieja amistad personal y política con Calderón y compañeros de grupo político y aclara su declaración vacilante del proceso, diciendo por què la rindió así, y ahora dice que "bajo la gravedad y solemnidad del juramento, a sabiendas de mi responsabilidad, declaro que estoy plena y absolutamente seguro, sin que me quepa la menor duda de que el señor Armando Calderón Rodríguez sí se encontraba conmigo y con los señores Hugo Andrade Pava y Luis Rubiano Vanegas el día domingo de las siete de la mañana, hora en que nos encontramos y como de costumbre entramos y tomamos asiento en el Café "Rendivú", hasta las dos de la tarde del mismo día, hora en que nos despedimos y yo me fuí a almorzar". Lo cual declara para "corregir una injusticia y reivindicar a un inocente condenado injustamente".

Toto ello después de hablar del asunto del cheque y de la detención de Calderón (f. 26 y 27)".

Se contesta.

Debe recordarse que el reo Calderón Rodríguez, explica en su indagatoria que el día y la hora en que el denunciante dice que se acercó a su almacén a solicitarle el cambio del cheque por $200.oo, o sea de diez a once de la mañana del domingo 5 de febrero de 1.961, se encontraba en el café "Rendez-vous" de la ciudad de Honda, en compañía de algunos amigos, entre éllos los señores Hugo Andrade y Carlos Ospina Casanova, quienes llamados a declarar dentro del proceso de ningún modo respaldaron la especie de coartada que Calderón dió para defenderse, pues dicen no recordar nada al respecto.

Hugo Andrade Pava quien declara por primera vez el 24 de marzo de 1.961, manifiesta que: "por el tiempo transcurrido no recuerdo si en la fecha indicada por el señor Armando Calderón Rodríguez en su indagatoria, yo estuve con él en el café "Rendez-vous" de esta ciudad, a la hora o en el lapso que en la misma diligencia él indica". No obstante, este testigo en la segunda declaración, rendida más de un año después afirma que: "estoy cierto y absolutamente seguro sin lugar a ninguna duda que el día cinco (domingo) de febrero de 1.961, en el lapso transcurrido de las 10 de la mañana a las dos de la tarde el señor Armando Calderón se encontraba conmigo en el café "Rendez-vous" en compañía de los señores Carlos Ospina Casanova y Luis Rubiano Va-

negas con quienes tomábamos varios frescos y jugábamos varios chicos de billar".

Carlos Ospina Casanova declara primero dentro del proceso el 29 de marzo de 1.961, manifestando lo siguiente: "No me recuerdo si el día 5 de febrero del corriente año estuve en compañía del señor Armando Calderón, en la hora y lugar a que se refiere en su indagatoria". Sin embargo, este mismo testigo declara el 8 de mayo de 1.962, es decir, más de un año después, dentro del término probatorio del recurso de revisión, para afirmar lo siguiente: "Estoy plena y absolutamente seguro, sin que me quede la menor duda, de que el señor Armando Calderón Rodríguez sí se encontraba conmigo y con los señores Hugo Andrade Pava y Luis Rubiano Vanegas el dia domingo de las diez de la mañana, hora en que nos encontrábamos y como de costumbre entrábamos y tomábamos asiento en el café "Rendivù" hasta las dos de la tarde del mismo dia....".

Como se ve, estos testigos se contradicen notoriamente en sus dos declaraciones en un hecho simple pero trascendental para establecer la inocencia del reo Calderón Rodríguez, cual es el de que el día y hora en que el denunciante Guzmán afirma que fue a su almacèn para solicitarle el cambio del cheque, se encontraba en el café en su compañia, quienes en su primera declaración manifiestan no recordar este hecho, pero más de un año después aseguran recordarlo perfectamente.

Por lo tanto, estos testimonios no pueden tenerse en cuenta para desvirtuar lo afirmado por el denunciante Guzmán, ni para prosperidad del recurso de revisión, pues como ha dicho esta Sala: "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".

PRUEBA INDICIARIA

Cabe ante todo observar que la afirmaciòn que el demandante hace de ser falsa la prueba de indicios que sirvió de fundamento al fallo condenatorio proferido contra Armandó Calderòn, no la hace consistir propiamente en la falsedad de los hechos índices o indicadores, sino en la inferencia lógica que de éllos se deduce para establecer dicha responsabilidad, lo cual necesariamente supone un examen crìtico jurídico de dichos hechos, pero este procedimiento resulta completamente inadecuado para la prosperidad de un recurso de revisión, ya que nada él no se ha establecido con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la ley, que es cuestión propia de las instancias o del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas, dan lugar a la revisión del proceso. Puede ocurrir que realmente en el proceso cuya revisión se pretende, se hubieran apreciado equivocadamente alguno o algunos indicios, pero ello no quiere decir que èstos sean falsos, pues la falsedad a que se refiere el motivo tercero de revisión, tiene que establecerse de una manera objetiva, dentro del término probatorio del recurso y por medios distintos a aquèllos que sirvieron de fundamento para sustentar la sentencia firme, cuya presunción de veracidad, no puede destruirse con simples argumentos, más o menos lógicos, que tiendan a demostrar la equivocada apreciación que de los hechos del proceso se hizo en la sentencia ya que esto solamente es conducente en las instancias del juicio.

Así, por ejemplo, resulta bastante inexplicable y aún paradójico, que el demandante, para demostrar que "la prueba de la tenencia de la chequera es falsa, para deducir responsabilidad contra Armando Calderón Rodríguez", acuda a lo dicho por el reo Calderón y por los testigos Pedro Morales Sànchez, Serafín Alvarez y Jorge Bustos, quienes confirman la tenencia de los papeles y de la chequera del Sindicato en poder de Calderón, que es uno de los hechos de los cuales se deduce o infiere la responsabilidad de éste, y que está aceptado por el mismo Calderón.

Cabe también la misma observación en relación con el indicio del pago del valor del cheque por parte del reo Calderón Rodríguez, al denunciante, pues éste es un hecho en que según lo reconoce el mismo demandante, están de acuerdo, tanto Guzmán como Calderón; luego no se ve de dónde pueda deducirse la falsedad de esta prueba indiciaria.

Lo mismo ocurre con el indicio que en la sentencia se deduce de la explicación de Armando Calderón sobre el extravío del cheque, hecho que afirma éste como uno de los fun-

damentos de su defensa, pero que en la sentencia se rechaza por considerarlo como una simple disculpa sospechosa y no merecedora de ser tenida en cuenta como un hecho cierto.

El demandante después de reproducir lo dicho al respecto por el denunciante Guzmán y por Calderòn, se limita a exponer la siguiente argumentaciòn:

"Por manera que porque el señor Calderón vuelve por los fueros de su hombría de bien y en guarda de su buen nombre quiere dejar arreglado un problema consignando el valor de lo entregado por el denunciante, el Juzgado considera que incurrió en un descuido que constituye un indicio? Manes de la lógica. Las explicaciones del acusado son la mejor prueba de su inocencia y, como la circunstancia se tuvo por indicio de responsabilidad, son una prueba falsa de la responsabilidad y la causa debe revisarse".

Como se ve claramente, lo que el actor objeta aquí como falso, no es el hecho de que Calderón hubiera devuelto el valor del cheque a quien se lo habia cambiado, sino la inferencia lógica que de dicho hecho se dedujo en la sentencia, como uno de los fundamentos de la responsabilidad del reo Calderón Rodríguez, lo cual no es sino una simple crítica, pero no una prueba de que este indicio sea falso, como lo afirma sin razón el demandante, quedando por lo tanto, en éste como en los otros, sin respaldo probatorio, dentro del recurso de revisión, la tesis que se plantea en la demanda acerca de la falsedad de este indicio.

Por esto, en relación con la supuesta falsedad de estos indicios, es perfectamente adecuada la réplica que en relaciòn con ellos hace el señor Agente del Ministerio Público cuando afirma que: "La falsedad de que trata la causal tercera no resulta del hecho de que la prueba no sirva para deducir responsabilidad, como lo asegura el actor para el caso en estudio, sino que la falsedad de que trata dicha causal, es la real, la de los hechos o material, derivada de "lo engañoso, fingido, simulado, falto de ley, de realidad o veracidad", de lo "incierto o contrario a la verdad", según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Se repite que esa falsedad no depende de la incapacidad o falta de valor de un determinado hecho para constituir una prueba en determinado sentido, aunque dicho hecho sea efectivo, verdadero y real o existente como en el presente caso".

El demandante afirma que es falsa la declaración rendida dentro del proceso por el señor Lucas Galindo, (fl. 19 fte. y vto.) en cuanto éste afirma que Calderón Rodríguez se le sustrajo más de mil pesos, cuando era empleado de su almacén, sin que entonces hubiese acudido a la justicia, no solamente por haber sido devuelto el dinero, sino por consideraciones de familia.

Lo afirmado por Galindo es tenido en cuenta en la sentencia, para deducir contra Calderón el indicio de sus antecedentes por el poco respeto por los bienes ajenos.

Para demostrar la falsedad de lo afirmado por Lucas Galindo, se agregó o se acompañó a la demanda un certificado expedido por éste en que se hace constar que el señor Calderòn "Desempeñó en mi oficina, desde el 1o. de julio de 1.952 hasta el 30 de septiembre de 1.958, el puesto de Contabilista mecanógrafo; que el señor Calderón, quien se retira por su propia voluntad, se distinguió en el desempeño de su puesto por su honorabilidad y corrección y eficacia y competencia comercial".

El actor, después de transcribir el texto de de dicho certificado, expresa lo siguiente:

"Recuérdese que el Tesorero del Sindicato, Jorge Bustos, atestigua el magnífico comportamiento del señor Calderón en su cargo.

"El señor Lisímaco Ortiz hace constar que Armando Calderón trabajó a su servicio como Secretario de su oficina durante el tiempo comprendido entre el mes de abril a septiembre de 1.961. Durante dicho tiempo el señor Calderón cumpliò sus deberes a cabalidad, habiendo demostrado magnífica capacidad de trabajo y observado conducta intachable" (f. 30).

"El Juzgado de primera instancia afirma que los señores Vicente y Ramón Rojas declaran que conocen a Armando Calderón "en varios años y es el señor Calderón persona honorable en todo. Pero es más, los señores doctor Alberto Agudelo, Lucas Galindo, Jorge Angarita, por certificación escrita y que aparece en los autos, afirman que es persona honorable, correcto y de buen proceder" (f. 6).

"Estas pruebas son suficientes para afirmar que la prueba de la mala conducta anterior por ilícito contra la propiedad, es una prueba falsa".

Se contesta:

En relación con esta objeción es perfectamente acertada y fundada la réplica que al respecto presenta el señor colaborador Fiscal, en los siguientes tèrminos:

"Es de presumir que si el señor demandante hubiera parado atención en el contenido y razón de la declaración del testigo Lucas Galindo visible al folio 19 del cuaderno principal, no habría formulado la tacha o cargo de que se trata.

"En efecto, el testigo dijo:

"Son hechos de mi declaración: Conozco hace ocho años al señor Armando Calderón Rodríguez. Trabajó conmigo primero dos años y luego ocho o diez meses, en mi almacèn de abarrotes. Su conducta no es recomendable porque trabajando conmigo en la segunda vez, se apropió de mil y pico de pesos en dinero efectivo. No formulé la denuncia porque su familia me pagó ese dinero y me solicitò que no fuera a perjudicar al muchacho. De esto hace dos o tres años y el dinero del cual se apropiò era proveniente de ventas que debía consignar en el banco. Se volò con el dinero dejándome las llaves dentro del establecimiento".

"Y esto que declara lo repite sustancialmente con ocasión de estas diligencias (fl. 103 vto., cuad. de la H. Corte), agregando la explicación que más adelante se transcribe y que se refiere a la certificación acompañada a la demanda, que al fin de cuentas no es más que un duplicado adulterado de la que obra al folio 43 del cuaderno principal, documentos estos con relación a los cuales cabe hacer esta observación de gran importancia:

"La certificación del folio 43 indica por dos veces el año de 1.956, en tanto que la copia de ésta, traída ante la H. Corte y que ha sido adulterada indica doblemente el año de 1.958. Esto se explica porque el número 6 de la certificación original fue borrado para sustituírlo por el número 8, lo cual se nota a simple vista como se observa igualmente que la una certificación es duplicado al calco o papel carbón de la otra y sirvió para poner el número 8, transformando el año de 1.956 en 1.958, hecho éste en el cual no cayó en cuenta el citado señor Galindo, a quien se le puso de presente el despacho de la H. Corte, por cuyo motivo y por no habèrsele presentado el original de la certificación que expidiera, expresó lo siguiente:

"En cuanto al certificado que yo expedí con fecha primero de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho (1.958) hace referencia a la primera época en que él estuvo trabajando conmigo...."

"Todo lo anteriormente expuesto, significa que carece pues de fundamento este quinto cargo".

Se considera:

En relación con las objeciones que en la demanda se formulan al amparo de la causal 3a. de revisión, se observa que, con el fin de demostrar sus afirmaciones sobre la falsedad de las pruebas que sirvieron de fundamento para dictar la sentecia condenatoria de segunda instancia, el actor principalmente dirige su esfuerzo a criticar algunos hechos que fueron producidos dentro del proceso de cuya revisión se trata, intentando de este modo, muy hábilmente, reabrir una controversia sobre el valor probatorio del testimonio del denunciante Miguel Guzmàn y con respecto a los indicios de los cuales se dedujo la responsabilidad de Calderón Rodríguez. Con este precedimiento el demandante lo que trata es hacer prevalecer su criterio personal y subjetivo sobre la apreciación de estas pruebas, olvidando, o aparentando olvidar, que ello es completamente inconducente e ineficaz, tratándose del recurso extraordinario de revisión, el que como se ha dicho repetidas veces, no es una tercera instancia y tampoco puede confundirse con el recurso extraordinario de casación.

Con respecto a esta cuestión, la Sala ha dicho en otra oportunidad, lo siguiente: "Para ser viable el recurso de revisión, o sea para obtener que la Corte ordene surtir de nuevo un juicio fenecido, no vasta suscitar duda, por grave que ella pueda ser, sobre el valor de las pruebas que fueron debatidas en aquel juicio, o sobre los posibles errores de aprecia-

ción en que el sentenciador incurriera. El recurso de revisión no tiene por objeto hacer que la Corte estudie de nuevo cada una de las pruebas del juicio que se pretende revisar, ni que haga un nuevo análisis sobre el valor de cada testimonio y sobre los motivos de credibilidad o d esospecha que abonen o desvirtúen la fuerza del testimonio; así como tampoco puede prosperar la revisión por la sola circunstancia de que la Corte halle contradicciones entre unos testigos y otros aún entre dos testimonios de un mismo declarante. Todo eso debió ser apreciado en el juicio y la mala apreciación hecha allí no la puede subsanar la Corte".

La presunción de verdad que ampara la cosa juzgada, que el recurso extraordinario de revisión trata de desvirtuar, no se puede lograr acudiendo al procedimiento de hacer un nuevo análisis o estudio crítico de los hechos o pruebas que forman parte del proceso cuya revisión se busca, sino demostrando con medios distintos y adecuados en el término probatorio del recurso, que realmente se han cumplido los motivos de revisión que se invocan, pues de otro modo se desvirtuaría completamente la naturaleza y el objeto de este recurso extraordinario, convirtiéndolo en una tercera instancia.

No habiéndose comprobado, dentro del término probatorio del recurso extraordinario de revisión propuesto, que realmente sean falsas las pruebas sobre las cuales se fundamentó el fallo ejecutoriado de segunda instancia, en el que se condenó a Armando Calderón Rodríguez como responsable del delito de estafa, se concluye que la causal tercera de revisión no puede prosperar.

Causal 5a. "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o responsabilidad del condenado o condenados, o constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Con fundamento en esta causal de revisión el demandante alega un motivo político que dió lugar a la injusta condena de Armando Calderón, motivo no conocido o tenido en cuenta al tiempo del proceso.

Con el propósito de explicar el expresado motivo, el demandante expone lo siguiente:

"a) El Director del Diario Tribuna, certifica:

"Primero. Que el Señor Armando Calderón Rodríguez fue corresponsal de este diario en la ciudad de Honda durante los años de 1.960 y 1.961;

"Segundo. Que en tal carácter, al señor Calderón Rodríguez le correspondió criticar, las actuaciones sucesivas administraciones municipales de Honda; (sic).

"Tercero. Que sus críticas constan en la colección del periódico, y algunas de ellas merecieron el nombramiento de investigador del gobierno;

"Cuarto. Que el señor Calderón Rodríguez fue secretario de la directiva de su grupo político, y como tal participó muy activamente en su organización;

"Quinto. Que por una y otra causa, el señor Calderón Rodríguez fue objeto de persecución de los adversarios políticos y de los personajes en su mayoría influyentes, a quienes criticó como administradores de la cosa pública. (Fdo) Flavio de Castro -Director de Tribuna.- Hay sello. Enero 9 de 1.962" (Folio 29).

"Luis A. Rubiano Vanegas expone:

"Hace aproximadamente ocho años soy amigo del señor ARMANDO CALDERON RODRIGUEZ, a quien he tratado a fondo pudiendo dar fe de su honorabilidad y buen comportamiento, como así mismo a su consagración y amor al trabajo; me consta que es un joven inteligente y estudioso, y en su compañía organizamos hace algún tiempo una asociación de juventudes liberales, y hemos adelantado en esta ciudad de Honda y en Ibagué campañas políticas que han tenido resonanza (sic) y publicidad. El señor Calderón Rodríguez, ha organizado también varios sindicatos en la ciudad de Honda; y en Ambalema nos asesoró en la constitución y fundación del Centro Social Agrario, hecho que me consta como primera autoridad en esa Ciudad. Viví algunos años en esta ciudad de Honda, en donde ejercí las funciones de Director Técnico de la Obra del Moderno Hospital San Juan de Dios, recientemente inaugurado, en representación de varias firmas de Ingenieros Constructores. En la última etapa, por administración del Ministerio de Salud Pública y la Junta de

Asistencia Social Municipal, que correspondió bajo mi responsabilidad exclusiva, dirigir y dar al servicio tan importante obra.

"En alguna ocasión por allá en marzo o en abril de mil novecientos sesenta y uno, el señor Calderón, y sus compañeros de grupo político se vieron abocados a una aguda pugna política en la cual intervino de manera decisiva Calderón como corresponsal del diario "Tribuna" de Ibagué y miembro de su directiva política. Yo le aconsejè al amigo Calderón que se cuidara de posibles represalias ya con la política y el periodismo pues con ello en muchas ocasiones sólo se conseguía enemigos; pero mi joven amigo Calderón insistió en llevar la campaña hasta sus últimas consecuencias haciéndose (sic) visto envuelto en serios problemas por ese motivo. En esos días fue privado de su libertad por un denuncio que contra él puso el individuo de nombre Miguel Guzmàn".

"Esta causal sobra, pues basta haber demostrado la anterior, como lo espero".

SE CONSIDERA:

Este motivo de revisión carece enteramente de fundamento, pues aún aceptando como plenamente comprobados los hechos de que da cuenta en su certificaciòn el Director de la "Tribuna", señor Flavio de Castro y el testigo Luis A. Rubiano Vanegas, de que el reo Calderón Rodríguez, por motivo de sus campañas políticas locales y de sus artículos publicados en el periódico "Tribuna" de Ibagué, se hubiera granjeado la enemistad de alguna o algunas personas o funcionarios administrativos del municipio de Honda, lògicamente de aquí nada se puede deducir para probar o establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado Calderón, ni siquiera un indicio grave acerca de tal inocencia o irresponsabilidad.

Lo que el demandante sugiere, aunque ni siquiera se atreve a expresarlo, es que el Juez que dictó el fallo condenatorio cuya revisión se pretende, obró impulsado por animadversión política o infuído por los enemigos del reo Calderón, para dictar una sentencia injusta contra éste, lo cual entraña un grave e infundado cargo de prevaricato contra dicho funcionario, a quien ni siquiera se menciona en la demanda para señalarlo como uno de los enemigos políticos del condenado Calderón Rodríguez.

De acogerse el motivo de revisión alegado al amparo de la causal que se estudia, tácita pero lògicamente se estaría aceptando que el Juez que dictó la sentencia condenatoria de segunda instancia, contra Armando Calderón, cometió un grave delito, lo que sí entrañaría una flagrante injusticia, dado que dentro de este proceso no existe ninguna prueba, ni imputación directa que pudiera dar lugar siquiera a suponer una actuación ilícita por parte de este funcionario.

Por esto resulta decisiva la réplica que al respecto formula el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, cuando expresa lo siguiente:

"Este grave cargo, que implica una acusación por prevaricato hecha al Juzgado fallador en segunda instancia, carece rotunda y radicalmente de la menor base o fundamento, y es de por sí temerario.

"En efecto: se sabe que la denuncia fue presentada el 7 de febrero de 1.961; se sabe también que la sentencia de primera instancia fue proferida el 10 de julio del mismo año y el 20 de septiembre subsiguiente la de segunda instancia.

"Para el efecto de comprobar las campañas políticas del procesado, de las cuales su patrocinador en este recurso extaordinario dice que le crearon a Calderón enemigos en la ciudad de Honda, se han traído a esta actuación, sin autenticación alguna, varios ejemplares del periódico "TRIBUNA" que es editado en la ciudad de Ibagué, ejemplares correspondientes a las ediciones del 29 de enero (fl. 86), 23 de abril (fl. 84), 19 de agosto (fl. 83) y 23 de septiembre, todos del año de 1.961. En ellos aparece una información del Corresponsal de dicho periòdico en la ciudad de Honda, que carece del nombre de dicho corresponsal; un artículo con el título de "Cátedra Libre" -"La ciudad natal del Sr. Gobernador", firmado por el señor Calderón Rodríguez; otro artículo intitulado: "Honda dice: Rojismo, No", firmado por el mismo Calderón Rodríguez; y, finalmente otro artículo con el mote: "En 'Elefante Moro', montado en Unimoc se han convertido las Empresas Pùblicas Municipales.- Por què, Polanco no aceptó la Alcaldía.- Perdonavidas habemus", firmado igualmente por el procesado Calderòn Rodríguez y publicado tres días después de proferido el fallo de la segunda instancia.

"Estas simples publicaciones no dan base para pensar que por ellas se hubiese ejercido una venganza o retaliación política, o hubiera sido por la política banderiza influenciado el funcionario que profirió sentencia condenatoria, funcionario cuya filiación política se desconoce, no interesado en absoluto en la política local, y cuyo superior lo era el H. Tribunal Superior de Ibagué, del cual no se atreve a afirmar el señor demandante que provinieron los imponderables productores de la condenación de su patrocinado.

"Es cierto que dentro del proceso se insinuó la existencia de una represalia política, pero únicamente atribuida o referente al señor Alcalde Municipal, quien instruyó el investigativo y lo remitió al Juzgado Municipal. Y se insinuó tal cosa cuando dijo el procesado lo siguiente con motivo del careo con su denunciante, careo de fecha 14 de abril de 1.961:

"El señor Alcalde Municipal, Alberto Agudelo Guerra, quien ha instruído este sumario, ha sido y es mi enemigo por razones políticas, instrumento de un grupo de personas que me persiguen". (fl. 39 vto. cuad. principal).

"Y se insinuó también por el defensor al expresarse lo que consta al folio 52:

"Desgraciadamente la acción de la justicia estuvo interferida por móviles ajenos a ella misma, y desde luego, acaso en forma inconsciente, este negocio se movió al compás que le marcaba una situación política de enemistad entre el Funcionario investigador y el sindicado Calderón. Este hecho es conocido de toda la ciudadanía..... En la ciudad fueron muy conocidos los artículos de Calderón contra el señor Agudelo, y sinembargo éste nunca se cuidó de declararse impedido por simple y elemental principio de justicia".

"Pero, en todo caso, si así hubiera sido, al procesado le habría quedado el camino de recusar al investigador, lo cual no hizo.

"Y ello no da pié, en manera alguna, para extender tal hecho al funcionario fallador, no político o administrativo, sino perteneciente a la rama Jurisdiccional del Poder Público.

"Las declaraciones de los señores Flavio de Castro (fl. 75, cuad. de la H. Corte), Carlos Ospina Casanova (fl. 104, id.), Hugo Andrade Pava (fl. 106 id.), y Luis A. Rubiano Vanegas (fl. 112 id.), tratan sí de dificultades políticas del señor Calderón Rodríguez, pero en manera alguna se refiere a que ellas tuvieran lugar con el fallador en segunda instancia del proceso iniciado a virtud de la denuncia del señor Miguel Guzmán, ni indican siquiera que en la persona de dicho funcionario se ejerciera por los adversarios políticos del procesado, una influencia o presión perjudicial para éste".

Carece también, por lo tanto, de todo fundamento el motivo propuesto con invocación de la causal quinta de revisión.

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 Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NIEGA la revisión del proceso seguido contra Armando Calderón Rodríguez, en el que se le condenó por sentencia de 20 de septiembre de 1.961, proferida por el Juez Penal del Circuito de Honda, por el delito de estafa, a la pena principal de doce meses de prisión.

Cópiese, notifíquese, devuélvase. y publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. Samuel Barrientos Restrepo. Julio Roncallo Acosta. Humberto Barrera Domínguez. Gustavo Rendón Gaviria. Primitivo Vergara Crespo. Pioquinto León L., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Elementos objetivos y subjetivos del delito. Morosidad en el trámite de los negocios a cargo del funcionario.

Es cierto que en el delito de abuso de autoridad previsto en el art. 172 del Código Penal no basta, como lo ha señalado esta Sala en numerosas providencias, la sola comprobación del elemento objetivo material, pues se requiere, en el orden subjetivo, que haya habido negligencia, descuido u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo, condición ésta que se deduce del hecho de que no aparezcan obstáculos que justifiquen el comportamiento del funcionario, como, por caso, el recargo de negocios que fue necesario atender. Pero en el caso que se examina, ciertamente no aparece explicación atendible en cuanto a la morosidad sucedida en el trámite de los juicios a los cuales se refieren los dos primeros cargos que examina el señor Fiscal del Tribunal Superior.

Es, por tanto, jurídica la providencia recurrida en cuanto llama a juicio al sindicado por el delito de abuso de autoridad, en la hipótesis señalada en el art. 172, citado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero quince de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Al calificar el mérito del sumario adelantado contra el doctor PABLO MENDOZA BLANCO, quien desempeñó el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés (Islas), el Tribunal Superior de Cartagena, en relación con la acusación que le hizo el denunciante, doctor Jaime Arango Escobar, resolvió lo siguiente:

1o. Sobreseer definitivamente en favor del sindicado, "por el cargo consistente en que existieron irregularidades en los juicios adelantados por Arango Escobar contra Urueña & Cía, y contra W. Kelly".

2o. Sobreseer temporalmente en favor del mismo Mendoza Blanco, "por el cargo consistente en que los negocios que el denunciante gestionaba como apoderado, no eran tramitados desde el momento en que se le otórgaba poder al doctor Eduardo Camargo Sierra", y,

3o. Llamar a juicio, por el delito de abuso de autoridad, "cometido en el juicio de quiebra de la sociedad Urueña & Cia. -Alonso Mejía-, y por el mismo delito perpetrado en el juicio ejecutivo propuesto por el Banco Popular contra Rodrigo Aristizábal. De estos delito trata el Código Penal en su Libro II, Título Capítulo IV".

Del examen realizado por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena, se tiene, en cuanto a los elementos de juicio traídos al proceso, lo que pasa a transcribirse:

a). "Cargo de índole general. Los negocios que gestiona como apoderado en dicho Juzgado no son tramitados desde el momento en que se dá poder al doctor Eduardo Camargo Sierra, con quien se le ve junto siempre fuera de la oficina y siempre que en dichos negocios sea demandante el denunciante Arango Escobar. En otras palabras, que basta darle poder a Camargo Sierra para paralizar cualquier acción que intente el doctor Arango Escobar.

"Pone de manifiesto la Fiscalía que este cargo no se investigó. Debió practicarse una inspección ocular, y no se hizo así, en todos los negocios en que actuaran los dos abogados citados, fuesen ellos civiles, laborales o penales, en orden a establecer la veracidad del cargo. Por consiguiente, este Despacho, tiene a bien solicitar de esa H. Sala que se sirva providenciar en el sentido de ordenar que él se investigue separadamente, ya que la investigación fue cerrada y habrá de pedirse llamamiento a juicio en relación con varios cargos hechos concretamente.

b). Los casos concretos: Dijo el denunciante: "Cita como ejemplo los siguientes negocios: quiebra contra Urueña y Compañía, presentado el trece de diciembre de mil novecientos sesenta, sin que hasta la fecha se haya siquiera admitido la demanda, con el resultado de que ya el quebrado dispuso de todos los bienes, que son los mismos que figuran en la copia de la demanda que adjunta; ejecutivo contra Urueña y Compañía, de Jaime Arango; ordinario de Daniel Pérez contra W. Kelly; ejecutivo del Banco Popular contra Rodrigo Aristizábal. Se estudiarán separadamente.

"Primer cargo: (quiebra contra Urueña y Compañía). La inspección ocular de que dan cuenta los fs. 18 a 20, demuestra lo que sigue: "El escrito de petición de declaratoria de quiebra de la sociedad Urueña y Compañía Alonso Mejía, cuyo gerente es Gustavo o Ramón Urueña, fue presentado por el doctor Jaime Arango Escobar el día trece (13) de diciembre de mil novecientos sesenta (1.960). El señor Juez Promiscuo dictó auto el día dieciocho (18)..... "de febrero....." de mil novecientos sesenta y uno, que está inconcluso y sin firmas y es esta la última (debió ser la única, anota la Fiscalía) providencia citada en dicho negocio que tendió a resolver la petición formulada". Como se ve, presentada la demanda el 13 de diciembre de 1.960, no hubo actuación legal en ella por parte del Juez acusado.

"Llamado aquel a indagatoria, el procesado dijo: 'El dieciocho de febrero del presente año comencé a dictar el auto para resolver la petición de quiebra y estando en ello volví a inquirir al doctor Arango (ya había dicho el procesado que le había hecho saber a dicho doctor que acompañara a su petición un certificado sobre existencia de unos títulos) sobre lo que le había dicho antes, manifestándole que suspendía la providencia para continuarla cuando me presentara el certificado correspondiente, ya que, entre otras cosas, tales obligaciones estaban excepcionadas y otras redargüidas de falsedad. Así las cosas y ante el cúmulo de trabajo del Juzgado, fué pasándose el tiempo sin que el doctor Arango presentara el documento tantas veces solicitado".

"Anota la Fiscalía, en primer término, que si la demanda presentada por el doctor Arango no reunía los requisitos legales; que si, a su juicio, faltaba algún documento, lo procedente era providenciar en tal sentido y no dedicarse a solicitudes verbales ante el demandante.

"Pero hay más, Honorables Magistrados: una segunda inspección ocular (v.f.39), demuestra que en el expediente en mención y a f.10 vuelto, figura la constancia del desglose de una letra, lo que indica que ésta, original, se acompañó a la demanda, ya que no puede haber constancia sobre desglose sin documento desglosado.

"Siendo todo aquello así, es claro que hubo mora. El cargo, por tanto, prospera.

"Segundo cargo" (Ejecutivo contra Urueña y Compañía).

"La inspección ocular que se practicara en primer término, dice: 'La demanda fue presentada por el doctor Jaime Arango Escobar el día trece (13) de junio de mil novecientos sesenta (1.960)....Dentro de este negocio existen los siguientes cuadernos: uno de articulación sobre petición de fianza al secuestre, tres de tercería y uno de recusación; en el de artículación de petición de fianza al secuestre, solicitada por el Dr. Camargo Sierra el cuatro de julio fue resuelto por el Juzgado el cuatro del mismo mes de julio, ordenando abrir la debida articulación y por auto de fecha cinco (5) de este mes se aceptó, etc., y es esta la última actuación del Juzgado en este cuaderno". Luégo dice la mencionada: "El doctor Jaime Arango Escobar, por escrito de fecha veinticinco de junio de mil novecientos sesenta, propuso demanda de tercería dentro del mismo juicio ejecutivo a favor de Motifoto, por la suma de tres mil novecientos cincuenta y cinco pesos con cuarenta centavos; el Juzgado, en auto de fecha tres de agosto de mil novecien-

tos sesenta admitió la demanda y es ésta la última providencia dictada en el Juzgado en este cuaderno. El mismo doctor Arango Escobar, por escrito de fecha treinta (30) de julio de mil novecientos sesenta, propuso tercería dentro del mismo juicio ejecutivo a favor de Esmeralda P. de Smith, por la suma de tres mil quinientos pesos. Esta demanda solo tiene la nota de presentación".

"Sobre el particular, explica el sindicado, doctor Mendoza Blanco que "hubo tres tercerías, a las cuales hubo que dárseles el trámite correspondiente, entre ello la publicación en el Diario Oficial, aperturas a pruebas de las excepciones que fueron propuestas, habiéndose llegado al mes de diciembre en que se incendió el establecimiento Happy Land, establecimiento que había sido embargado como de propiedad de la compañía demandada. Ante esta circunstancia el doctor Jaime Arango Escobar solicitó se decretara el embargo del seguro de dicho establecimiento, a lo cual accedió el Juzgado. Como el referido doctor tuviera conocimiento de que el seguro estaba a nombre del Banco del Comercio, manifestó al Juzgado que no tenía interés en dicho juicio, por carecer de utilidad práctica. De ahí que el Juzgado le diera preferencia a muchos negocios civiles y penales, inclusive en muchos en que tenía interés mi denunciante.....".

"La Fiscalía considera:

"No aparece justificación alguna para que en la tercería por la suma de tres mil quinientos pesos propuesta por el denunciante, no haya producido el Juzgado Promíscuo de San Andrés y Providencia, a cargo entonces, como se sabe, del doctor Pablo Mendoza Blanco, ninguna providencia distinta a la de admitirla, la cual se profirió el 3 de agosto de 1.960. Tampoco aparece justificado que en relación con la otra tercería, (la relacionada con el señor Smith, por la suma de tres mil quinientos pesos), la actuación del Juzgado se hubiese limitado a la nota de presentación. En ambos casos salta a la vista que ha habido mora.

"En cuanto a lo demás, esto es, a lo relacionado con el juicio ejecutivo, parecen aceptables las razones que aduce el sindicado, las cuales -debe decirse- no aparecen contradichas por la segunda inspección ocular, en la que, inexplicablemente, dejaron de tratarse los puntos que, sobre el particular, señaló ese H. Tribunal.

"Tercer Cargo. (Ordinario de Daniel Pérez contra W. Kelly).

"La tantas veces aludida primera inspección ocular no demuestra que haya habido demoras en la tramitación de este expediente.....".

"Cuarto Cargo. (Ejecutivo del Banco Popular contra Rodrigo Aristizábal).

"La inspección ocular primeramente practicada demuestra (v. f. 20) que sólo se cumplió en parte el auto de 3 de noviembre de 1.960, que decretó unas pruebas pedidas por el doctor Camargo Sierra. Tampoco aparece justificado en modo alguno que no se hubiese producido más actuación desde esa fecha hasta el 28 de julio de 1.961, en que el sindicado doctor Mendoza Blanco hizo dejación del Juzgado.

"Para que pueda sostenerse con certeza que hubo las moras señaladas, es menester tener en cuenta estos dos aspectos: primero, el lapso durante el cual estuvo el doctor Mendoza Blanco al frente del Juzgado, y, segundo, el rendimiento de trabajo de dicho despacho durante ese lapso. Haciéndose esto se verá si el tiempo de demoras le comprende, en caso de que las hubiese.

"Ya se vio claramente que las demoras anotadas se produjeron durante el tiempo en que estuvo de juez el sindicado, tiempo que, según la certificación que obra a f. 36, es el comprendido entre el 20 de agosto de 1.960 y el 28 de julio de 1.961. Por otra parte, la prueba que obra a f. 34 demuestra que poco, poquísimo fue el referido rendimiento de trabajo en el lapso a que se debe contraer el proceso. En efecto, durante su ejercicio el procesado....." dictó.... "veintitrés providencias penales, así: 7 autos interlocutorios, un sobreseimiento temporal, 14 autos de cese del procedimiento y una sentencia de segunda instancia. En civil solamente se dictaron en once meses más ocho días (incluyendo los inhábiles) 15 sentencias, tres autos interlocutorios. Y únicamente se dictó una sentencia laboral.

"Aquellos datos están pregonando que dispuso de suficiente tiempo, como no había un ritmo de trabajo aceptable, el doctor Mendoza

Blanco para despachar los asuntos señalados como demorados, por esta Fiscalía en la presente vista. Y esto lo coloca bajo la sanción establecida en el art. 172 de la ley penal sustantiva, que trata del "funcionario o empleado público que omita, rehuse o retarde la ejecución de un acto a que legalmente está obligado". No puede, pues, prosperar en el caso de autos la excusa de que siendo normal el despacho de asuntos, como lo demuestra la estadística, no hubo mora, porque era físicamente imposible atenderlos todos".

El señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal solicita que se confirme la providencia del a quo, pues estima que los cargos que le fueron formulados al juez, doctor Pablo Mendoza Blanco "lo colocan dentro de la sanción prevista por el art. 172 del Código Penal". Agrega el señor Agente del Ministerio Público que "en lo que atañe al otro cargo, poco concreto que le imputara Arango.....", de que "los negocios que aquél gestionaba como apoderado no eran tramitados desde el momento en que se le otorgara poder al doctor Camargo Sierra, éste no ha sido suficientemente investigado, lo que determina que se sobresea temporalmente a favor del...." acusado y "se reabra la investigación (art. 438 del C. de P. P.)".

LA SALA CONSIDERA.

Es cierto que en el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 172 del Código Penal no basta, como lo ha señalado esta Sala en numerosas providencias, la sola comprobación del elemento objetivo material, pues se requiere, en el orden subjetivo, que haya habido negligencia, descuido u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo, condición ésta que se deduce del hecho de que no aparezcan obstáculos que justifiquen el comportamiento del funcionario, como, por caso, el recargo de negocios que fue necesario atender. Pero en el caso que se examina, ciertamente no aparece explicación atendible en cuanto a la morosidad sucedida en el trámite de los juicios a los cuales se refieren los dos primeros cargos que examina el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena.

Es, por tanto, jurídica la providencia recurrida en cuanto llama a juicio al doctor Pablo Mendoza Blanco por el delito de abuso de autoridad, en la hipótesis señalada en el artículo 172, citado.

Sobre este particular, la Sala comparte y prohija el estudio que el Fiscal del a quo lleva a cabo de los elementos de juicio traídos al proceso.

Asímismo, está bien que se reabra la averiguación penal con respecto a la imputación de que hace referencia el señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal, como lo dispone el a quo al sobreseer temporalmente en favor del acusado en cuanto a este otro cargo.

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, CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Cartagena, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, insertése en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres. Samuel Barrientos Restrepo. Julio Roncallo Acosta. Humberto Barrera Domínguez. Gustavo Rendón Gaviria. Primitivo Vergara Crespo. Pioquinto León. L., Secretario

CONTRABANDO

Diligencia de reconocimiento y avalúo de mercancías. La omisión en notificar el auto que la ordena, no está erigida en causal de nulidad: constituye solamente una informalidad. "Infractor" de las disposiciones sobre contrabando. El elemento "a sabiendas" de la procedencia ilegítima de mercancía importada en contravención a las leyes. Para fundar el recurso de casación se requiere que el error en la apreciación de las pruebas sea protuberante.

1. Para llevar a término el dictamen pericial en este proceso, se dio cumplimiento al art. 256 del C. de P. P., en cuanto se decretó la prueba pericial, porque el caso requería de un avalúo; al 263 de la misma obra, al indicar en el auto que decretó la prueba la materia sobre la cual versaría ella; al 264, pues a la diligencia pudieron asistir las personas allí indicadas; al 260, porque los peritos examinaron las cosas sobre las cuales debían emitir concepto y presentaron el dictamen por escrito, indicando sus fundamentos; y al 261, si se tiene en cuenta que el Juez amonestó en la diligencia a los peritos, y les exigió el juramento legal, "previas las formalidades de los arts. 147 y 148 del C. de P. P.".

Hubo, sí, algo irregular. El auto que ordenó la diligencia de reconocimiento y avalúo de las mercancías no fue notificado, pues en él se dispuso únicamente su cumplimiento. El hecho, aquí narrado, constituye una informalidad.

¿Dicha informalidad es motivo suficiente para anular la actuación en lo que toca con el dictamen pericial? No, por dos razones:

La primera, porque tal hecho no está erigido en causal de nulidad, en ninguna disposición legal. Las nulidades han sido taxativamente enumeradas por el legislador.

La segunda, porque esa informalidad no ha hecho nugatoria la defensa del procesado, el que, por medio de su apoderado, ha cumplido todos los esfuerzos, y sin limitación alguna, tendientes a demostrar la inexistencia del delito o la inocencia de su representado.

Es, pues, válido el dictamen pericial, practicado en este proceso, y por consiguiente, era competente para conocer del mismo el Juzgado Superior de Aduanas, ya que su cuantía pasaba de cinco mil pesos ($ 5.000.oo). Tanto más cierto es ésto, que el mismo procesado alegó, en su indagatoria, que el precio de las mercancías sobrepasaba a ese valor.

Se desecha la causal segunda de casación, pues no se ha demostrado que el Juez que conoció del negocio fuera incompetente para ello, ni se trata aquí de la no notificación "en debida forma del auto que señala término para pedir pruebas".

2. Para calificar como contrabando el hecho imputado al reo, el Tribunal tuvo en cuenta el art. 3o. de la Ley 1a. de 1.959, que considera "infractor de las disposiciones sobre contrabando" a quienes "introduzcan al país mercancías de prohibida importación, sino también a quienes las adquieran para revenderlas o consumirlas".

Es cierto, como lo dice el demandante, que el término "infractor" es genérico y comprende tánto a los que cometen contravenciones como a quienes incurren en delito". Pero de ello no se desprende que en este caso, se trate de una contravención, sancionable de acuerdo con el art. 6o. del Decreto 2448 de 1.960.

Esta disposición se refiere exclusivamente al exceso de equipaje. Y éste existe cuando el equipaje de quien viene del exterior o de San Andrés, contiene "pequeñas cantidades no apreciables como comerciales". Si el "exceso de equipaje" no se refiere a "esas pequeñas cantidades", él será considerado como un verdadero contrabando "cuyo conocimiento y correspondiente sanción son privativas de la Jurisdicción Penal Aduanera, como es obvio".

La cantidad de plumas y lapiceros decomisados al procesado no permite hablar de un exceso de equipaje, como no lo permite tampoco la forma de su conducción.

El ordinal e) del art. 3o. del Decreto 1432 de 1.940, no adicionado arbitrariamente por el Tribunal de Aduanas, como lo sostiene el demandante, anota evidentemente que para que pueda hablarse de contrabando en los casos allí señalados, es necesario que quien ejecuta determinadas operaciones lo haga "sabiendo que ha sido importada o traída a la República en contravención a la ley".

¿Sabía Delgado Fernández que la mercancía que portaba él en una maleta, había sido importada en contravención a la ley?.

No puede negarse que Delgado Fernández sabía, como abogado que es, que el contrabando es una actividad prohibida en la Nación y que quien lo ejecuta está violando las normas jurídicas protegidas, ni rechazarse podría, frente a las constancias procesales, que el sindicado tomó la mercancía que le fue decomisada, a sabiendas de su procedencia ilegítima.

3. La Corte ha manifestado en repetidas oportunidades, que el error en la apreciación de la prueba debe ser protuberante, que salte a la vista, si se quiere fundar en él un recurso de casación. No es el caso aquí, en donde la lógica enseña que no otra interpretación se pudo dar a las probanzas allegadas, que las que le dió el Tribunal Superior de Aduanas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero veintiuno de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Aduanas, en sentencia de 21 de agosto del año pasado, condenó a Alvaro Delgado Fernández, como responsable del delito de contrabando, a la pena principal de tres (3) años de prisión y sanciones accesorias correspondientes. Reformó así el fallo proferido por el Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá, el 10 de diciembre de 1.962, en el cual se había condenado al procesado a diez y ocho (18) meses de la misma pena.

Recurrió en casación el defensor. Se han cumplido los trámites legales y es el momento de decidir.

HECHOS:

Los hechos aparecen narrados en la sentencia del Tribunal, en esta forma:

"Aproximadamente a las once de la noche del trece (13) de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve (1.959), arribó al Aeropuerto Internacional de Techo la nave aérea "EL COLOMBIANO" de la Empresa Avianca, en el vuelo número 671 en el que viajó en la fecha y hora citada el doctor ALVARO DELGADO FERNANDEZ, como pasajero procedente de la ciudad de Barranquilla.

"A su descenso del avión, en la zona internacional del Aeropuerto de Techo, en la fecha de autos, le fue retenida al doctor ALVARO DELGADO FERNANDEZ, una maleta dentro de la cual transportaba la cantidad de setecientos cuarenta y nueve (749) unidades de lapiceros y estilógrafos marca "Parker", y una lámpara de cerámica española. Dicha retención se hizo por su calidad de prohibida importación y no por haber presentado el interesado factura o comprobante que acreditaran la lícita procedencia".

Adelantó la investigación correspondiente a estos hechos el Juzgado Auxiliar de Instrucción

Penal Aduanera de Bogotá. Enviado el proceso al Juzgado Superior de Aduanas de esta ciudad, se profirió la sentencia el 30 de mayo de 1.961. Al llegar ésta, en apelación, al Tribunal Superior de Aduanas, éste por auto de 19 de septiempre de 1.962, declaró nulo todo lo actuado, a partir del auto de 10 de febrero de 1.960 "excepción hecha de los autos de simple investigación cumplidos en primera y segunda instancia, a partir de dicha providencia".

El 10 de diciembre de 1.962, el Juzgado Superior de Aduanas, corregida la informalidad que dió lugar a la declaratoria de nulidad, dictó sentencia condenatoria contra Alvaro Delgado Fernández. Consultada ésta, fue confirmada por el Tribunal Superior de Aduanas, con reformas, el 21 de agosto de 1.963.

DEMANDA DE CASACION

En escrito presentado a la Corte, el 4 de dicembre del año pasado, el doctor Carlos Delgado Morales, apoderado de Alvaro Delgado Fernández, sustenta el recurso de casación.

La demanda, en su forma externa, se acomoda a lo dispuesto en los artículos 205 y 531 del Código de Procedimiento Civil. Se expresa la calidad en que se demanda, se anotan los hechos que dieron lugar a la investigación, se hace un recuento de las actividades procesales, se enuncian las causales de casación que se alegan, se indican los fundamentos de las mismas y se citan las disposiciones legales que el recurrente estima infringidas.

Causales alegadas. El demandante ha propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, las siguientes causales de casasión, de acuerdo con el artículo 2o. del Decreto 0188 de 1.958:

La segunda, por cuanto se estima que "el proceso está viciado por incompetencia de jurisdicción improrrogable y por haberse realizado la prueba pericial sin haber dado cumplimiento a las prescripciones contenidas en el Cap. VII, Título 5o. del Libro I del C. de P. P.".

La primera, pues "la sentencia acusada, es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida, e interpretación errónea".

Con base en esta causal se hacen tres cargos contra la sentencia, así: 1o. La sentencia es violatoria de la ley sustantiva "por aplicación indebida"; 2o. Se ha interpretado erróneamente la ley, "como consecuencia de errores de derecho y de hecho y falta de apreciación de algunas pruebas"; y 3o. No se apreciaron las pruebas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal segunda. Con base en este motivo de casación, el recurrente alega que la sentencia se ha proferido sobre un proceso afectado de nulidad, "por incompetencia de jurisdicción improrrogable", ya que el dictamen pericial que fijó la cuantia en este negocio, se realizó "sin haber dado cumplimiento a las prescripciones" legales que regulan la materia.

Se dice en la demanda:

"En efecto: en los asuntos penales aduaneros la competencia se determina por la cuantía de las mercancías conforme lo ordenan los artículos 4o. y 5o. del Decreto 0188 de 1.958. Ahora bien, esta cuantia se tiene que determinar por medio del dictamen pericial".

Trae luego el recurrente la copia de los artículos 256, 264, 263, 260, 261 y 147 del Código de Procedimiento Penal, para concluír que, como no se dió cumplimiento a ellos, al ordenar y practicar el dictamen pericial, no existe, en realidad, un avalùo válido en este proceso.

Así discurre:

"En el caso que nos trae preocupados, no existe dictamen pericial por las siguientes razones:

"a). No se decretò la prueba pericial mediante providencia que llenara los requisitos contenidos en las disposiciones de los Códigos de Procedimiento Penal y Civil que antes se trascribieron. Ni se hicieron a las partes las notificaciones debidas, ni se formularon los respectivos cuestionarios, ni se tomò, a los peritos, el juramento exigido por la ley, ni les fueron hechas las amonestaciones del caso.

"b). De manera que los que obraron como peritos no fueron designados legalmente; solamente al practicar la diligencia de reconoci-

miento se hizo la designación de expertos como lo prueba el acto que obra al folio 37 del expediente y que se denomina "DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO Y AVALUO DE UNAS MERCANCIAS". Diligencia que se llevó a cabo, en un auto de "CUMPLASE", simple y llano, que dice: "Fíjese la hora de las diez de la mañana del próximo viernes veinte del presente, para llevar a cabo la diligencia de reconocimiento y avalúo de las mercancías materia de este proceso. Dentro del acto, se nombrarán y posesionarán a los señores peritos".

"De donde los interesados no tuvieron conocimiento de la providencia que decretó la práctica de la prueba pericial, en forma deficiente, ni de la designación de peritos. Se les privó de los derechos que les otorga la ley de intervenir en la diligencia y de recusar o tachar a los peritos, como también de formular cuestionarios.

"c). No se dió cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 261 del C. de P. P., ni a los demás traídos a colación del Capítulo VII, Título 5o. del Libro 1º. del C. de P. P., incurriendo en la nulidad de que habla el inciso final de este artículo.

"d). El dictamen o informe que obra al folio 46, es de una pobreza lamentable. Los peritos dicen actuar "en cumplimieto de la comisión conferida por el Director del Departamento de Arancel", no hablan de haber deliberado conjuntamente como lo ordena la ley ni expresan, con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que llegaron. Ni siquiera determinaron si la mercancía examinada era de procedencia u origen extranjero, faltando un requisito indispensable para que se pueda estructurar el delito de contrabando".

Se responde:

Una vez iniciada la investigación, el Juzgado Auxiliar de Instrucción Penal Aduanera dictó, el 19 de noviembre de 1.959, un auto por medio del cual señaló fecha para la diligencia de "reconocimento y avalúo de las mercancías materia de este proceso" y dispuso también que "dentro del acto se nombrarán y posesionarán a los peritos". Este auto no fue notificado, pues en él se dijo simplemente "cúmplase" (fl. 34).

El 20 de noviembre del mismo año, se llevó a cabo la diligencia de "reconocimiento y avalúo de unas mercancías".

En ella se dijo:

"Como no se había efectuado designación de peritos que intervengan en la diligencia, el señor juez procedió a llenar este requisito, para lo cual designó al señor Pedro Vélez Toro y Alberto H. Fernández, actualmente empleados del Departamento de Arancel de la Dirección General de Aduanas quienes se identificaron con las cédulas que obran debajo de sus firmas, aceptaron el cargo y previas las formalidades de los artículos 147 y 148 del C. de P. P., prestaron el juramento de rigor y prometieron cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo les impone, guardar la reserva del sumario, y no proceder de malicia alguna".

Luego, se puso a disposición de los peritos "la mercancía materia de la diligencia la cual fue examinada rigurosamente por los señores peritos, quienes después de examinarla manifestaron al juzgado que posteriormente rendirían el dictamen en pliego separado, a lo que accedió el Despacho, concediéndoles un término de diez días para ello" (fl. 37).

Los peritos rindieron su dictamen el 27 de noviembre de 1.959 (fl. 46). En él se identifica la mercancía de que se trata, señalando sus caractrerísticas especiales, se indica el valor de cada uno de los objetos examinados, se fijan las posiciones arancelarias correspondientes y sus gravámenes y se anota su "Régimen de importación: PROHIBIDA".

Termina así este concepto: "El valor total de la mercancía, sin incluir derechos de importación, es de $92.928.oo, tomando como base el precio en US$ liquidados al cambio oficial de 6.40".

Este dictamen fue puesto en conocimiento de las partes, por auto de 29 de enero de 1.960 (fl. 63).

Como se ve, para llevar a término el dictamen pericial en este proceso, se dió cumplimiento al artículo 256 del C. de P. P. en cuanto se decretó la prueba pericial, porque el caso requería de un avalúo; al 263 de la misma obra, al indicar en el auto que decretó la pueba, la materia sobre la

cual versaria ella; al 264, pues a la diligencia pudieron asistir las personas allí indicadas; al 260, porque los peritos examinaron las cosas sobre las cuales debían emitir concepto y presentaron el dictamen por escrito, indicando sus fundamentos; y al 261, si se tiene en cuenta que el Juez amonestó en la diligencia a los peritos, y les exigió el juramento legal, "previas las formalidades de los arts. 147 y 148 del C. de P. P.".

Hubo, sí, algo irregular. El auto que ordenó la diligencia de reconocimiento y avalúo de las mercancías no fue notificado, pues en èl se dispuso únicamente su cumplimiento. El hecho, así narrado, constituye una informalidad.

Dicha informalidad es motivo suficiente para anular la actuación en lo que toca con el dictamen pericial ?. No, por dos razones:

La primera, porque tal hecho no está erigido en causal de nulidad, en ninguna disposición legal. Las nulidades han sido taxativamente enumeradas por el legislador.

La segunda, porque esa informalidad no ha hecho nugatoria la defensa del procesado, el que, por medio de su apoderado, ha cumplido todos los esfuerzos, y sin limitación alguna, tendientes a demostrar la inexistencia del delito o la inocencia de su representado.

Es, pues, válido el dictamen pericial, practicado en este proceso, y por consiguiente, era competente para conocer del mismo el Juzgado Superior de Aduanas, ya que su cuantía pasaba de cinco mil pesos ($5.000.oo). Tanto más cierto es esto, que el mismo procesado alegó, en su indagatoria, que el precio de las mercancías sobrepasaba a ese valor (fl. 32).

Se desecha la causal segunda de casación, pues no se ha demostrado que el Juez que conoció del negocio fuera incompetente para ello, ni se trata aquí de la no notificación "en debida forma del auto que señala el tèrmino para pedir pruebas".

Causal Primera. Se dice en la demanda que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva "por aplicación indebida, e interpretación errónea".

Con base en esta causal se hacen tres cargos contra la sentencia de que se trata.

El primero se refiere a esto:

El Tribunal Superior de Aduanas "aplicó indebidamente" el artículo 3º. de la ley 1a. de 1.959 y el ordinal e) del artículo 3º. del Decreto 1432 de 1.940.

"El artículo 3º. de la ley 1a. de 1.959, no tipifica delito de contrabando, sino que simplemente considera infractores de las disposiciones de contrabando a quien introduzca mercancías de prohibida importación y a quienes las compra para revenderlas o consumirlas. Pero ocurre que el tèrmino "infractores" es genérico y comprende tanto a los que cometen contravenciones como a quienes incurren en delito. Por ejemplo, en el caso de exceso de equipajes, aunque se trate de mercancías del régimen de prohibida importación, se está frente a una contravenciòn, sancionada por el artículo 6º. del Decreto 2484 de 1.960. En tal caso son infractores no sólo quienes introduzcan el equipaje, sino quienes adquieran las mercancías traídas en exceso para revenderlas o consumirlas.

"Está, pues, indebidamente aplicada esta disposición para imputar al Dr. Delgado Fernàndez el delito de contrabando y condenarlo inmisericordemente.

"En cuanto a la letra e) del artículo 3º. del Decreto 1432 de 1.940 está, tambièn, aplicado en forma e intención indebidas por el H. Tribunal porque tal disposición se refiere a las operaciones de compra, venta, ocultación de mercancías de contrabando después de importadas, SABIENDO que han sido traídas al país en contravención a la ley aduanera, y según el mismo Tribunal no existió la pretendida compra de los lapiceros y estilógrafos, según lo asevera en el fallo recurrido. Si se rechaza la versiòn de la compra en Prado Mar a Jorge Torres Z., no se tiene en cuenta la declaración de don NARCISO CONSUEGRA, ni la factura presentada por Delgado Fernàndez durante la indagatoria, entonces con qué lógica y justicia se le puede aplicar, en todo su rigor, la letra e) del Decreto 1432 de 1.940 que se refiere únicamente a la compra, venta u ocultación de mercancías de contrabando, después de haber llegado al país y a sabiendas de que tal introducción contraviene la ley aduanera?. Si no existió la compra de los estilógrafos a Jorge Torres Z., a quien califica el Tribunal de per-

sonaje fantástico, cómo se puede encajar la infracción atribuida a Delgado Fernández en la comentada disposición?. La indebida aplicación de este precepto salta a la vista, no puede provocarse a duda.

Se responde:

Para calificar como contrabando el hecho imputado a Delgado Fernández, el Tribunal tuvo en cuenta el artículo 3o. de la Ley 1a. de 1.959, que considera "infractor de las disposiciones sobre contrabando" a quienes "introduzcan al país mercancías de prohibida importación, sino también a quienes las adquieran para revenderlas o consumirlas".

Es cierto, como lo dice el demandante que el término "infractor" es genérico y comprende tanto a los que cometen contravenciones como a quienes incurren en delito". Pero de ello no se desprende que, en este caso, se trate de una contravención, sancionable de acuerdo con el artículo 6o. del Decreto 2484 de 1.960.

Esta disposición se refiere exclusivamente al exceso de equipaje. Y éste existe cuando el equipaje de quien viene del exterior o de San Andrés, contiene "pequeñas cantidades no apreciables como comerciales". Si el "exceso de equipaje" no se refiere a "esas pequeñas cantidades", él será considerado como un verdadero contrabando, "cuyo conocimiento y correspondiente sanción son privativas de la Jurisdicción Penal Aduanera, como es obvio".

La cantidad de plumas y lapiceros decomisados a Delgado Fernández no permite hablar de un exceso de equipaje, como no lo permite tampoco la forma de su conducción.

El ordinal e) del artículo 3o. del Decreto 1432 de 1.940, no adicionado arbitrariamente por el Tribunal de Aduanas, como lo sostiene el demandante, anota evidentemente que para que pueda hablarse de contrabando en los casos allí señalados, es necesario que quien ejecuta determinadas operaciones lo haga "sabiendo que ha sido importada o traída a la República en contravención a la ley".

Sabía Delgado Fernández que la mercancía que portaba él en una maleta, había sido importada en contravención a la ley?.

No puede negarse que Delgado Fernández sabía, como abogado que es, que el contrabando es una actividad prohibida en la nación y que quien lo ejecuta está violando las normas jurídicas protegidas, ni rechazarse podría, frente a las constancias procesales, que el sindicado tomó la mercancía que le fue decomisada, a sabiendas de su procedencia ilegítima.

La prueba recogida está demostrando que Delgado Fernández recibió la mercancía, que luego le fue decomisada, dentro del avión, una vez hubo descendido éste, de manos de su pariente, señor Ernesto Delgado Salazar, quien actuaba como auxiliar de vuelo (fl. 427) y con quien Delgado Fernández conversó algunos momentos.

En la lista de pasajeros del vuelo 671 de 13 de octubre de 1.959, Barranquilla-Bogotá, aparece Alvaro Delgado Fernández anotado dos veces, bajo los números 19 y 43. El viaje lo hizo bajo el número 43 y con un equipaje de nueve (9) kilos de peso. No obstante, la maleta que contenía los lapiceros retenidos pesó 17.800 kilos, y no había sido relacionada como equipaje del viajero, lo que hace pensar que no fue subida al avión, que procedía del exterior, en la escala de éste en Barranquilla.

"El sindicado -dice el Trinunal en la sentencia acusada- no dió ninguna explicación sobre el motivo de su viaje a la ciudad de Barranquilla. Tampoco logró demostrar la forma de pago de la mercancía, máxime si el dinero invertido pertenecía a terceras personas como lo son las empresas "FLORAL TDA". y "METROPOLIS LTDA.". No aparece aclarada satisfactoriamente la notoria diferencia entre el presunto precio de compra de la mercancía y su valor real, ni se estableció que sea costumbre comercial obsequiar como sistemas de propaganda, objetos de la clase y valor relacionado en autos; ni el porqué de la diferencia entre la cantidad de estilógrafos y lapiceros citada en el escrito del folio 32 con la realmente aprehendida por los funcionarios aduaneros, ni explicó o trató de desmentir la afirmación de los testigos Molina Vivas y Jiménez en cuanto al hecho de que fue la persona de Ernesto Delgado Salazar quien le entregó dentro del avión las referidas mercancías, una vez ocurrido el descenso en el aeropuerto de Techo".

Finalmente, Delgado Fernández pudo presentar, desde el primer momento, la factura correspondiente a la lámpara que le fue decomisada, a tiempo que lo eran los estilógrafos y lapiceros. Si el procesado hubiera tenido la factura de la mercancía que se dijo de contrabando, de seguro la habría exhibido. Y sólo después, cuando se le tomó indagatoria, mostró el documento de fl. 32, donde se habla de "760 piezas de estilógrafos y lapiceros Parker", documento sospechoso, si se recuerda que el número de los objetos que se decomisaron era de 751. Igual número fue avaluado.

Las circunstancias anteriores llevan al convencimiento de que Delgado Fernández prestó su concurso para hacer efectivo el contrabando mencionado, a sabiendas de que lo que se le entregaba por Delgado Salazar era mercancía importada en contravención a las leyes.

Debe decirse, también, que el Tribunal citó las dos disposiciones mencionadas atrás para demostrar que se trata aquí de un delito de contrabando, pues en cuanto a la penalidad para el mismo ella se rige por el ordinal c) del artículo 18 de Decreto 0188 de 1958.

Este cargo, en los términos anteriores no es aceptable.

El segundo cargo es así:

a). Hubo "error de derecho en la apreciación de la prueba". Su fundamento radica en que se le dió valor al dictamen pericial practicado en este proceso.

Es, pues, una repetición de lo indicado para sustentar la causal segunda. No hay lugar a repetir lo allí dicho.

b). Hubo "error de hecho en la apreciación de la prueba". Y se repite que, no estando demostrado el "a sabiendas" con que hubiera procedido Delgado Fernández, no está demostrado el cuerpo del delito.

Al tratar del cargo primero, con base en la causal primera, se indicó por qué el Tribunal consideró que el procesado obró a sabiendas de que los objetos que le fueron decomisados eran de contrabando. No hay para qué volver sobre lo allí expuesto.

c). "Falta de apreciación de pruebas".

El Tribunal analizó las pruebas presentadas por el defensor de Delgado Fernández, y encontró que ellas no correspondían a la verdad. Su apreciación no aparece notoriamente errónea.

Las declaraciones del Teniente Luis Francisco Jiménez y de Bernardino Molina se han tenido en cuenta solamente para demostrar que Delgado Salazar entregó a Delgado Fernández una maleta, en la que se encontraron las mercancías consideradas de contrabando. Pero no correspondía a estos declarantes demostrar o enseñar que esas mercancías eran realmente de contrabando. Fueron apreciadas así, porque aparecían en lista de "Prohibida importación".

No admitió el Tribunal la existencia real de Jorge Torres, presunto vendedor de esa mercancía, porque buscado, en todas direcciones, en Bogotá, Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, etc. y aún en la Registraduría Nacional del Estado Civil, no se logró localizar. De otro lado, el sindicado no se cuidó de buscar al mencionado sujeto y menos de hacerlo comparecer.

No se aceptaron las declaraciones de Narciso Consuegra y César Augusto Ruiz Alvarino, porque ellas fueron halladas "sospechosas e indignas de crédito", a tal punto que se ordenó adelantar investigación para averiguar el posible delito de falso testimonio en que hubiesen incurrido los testigos. Para la Sala, tienen igual tacha los mencionados testimonios.

La Corte ha manifestado en repetidas oportunidades, que el error en la apreciación de la prueba debe ser protuberante, que salte a la vista, si se quiere fundar en él un recurso de casación. No es el caso aquí, en donde la lógica enseña que no otra interpretación se pudo dar a las probanzas allegadas, que las que les dió el Tribunal Superior de Aduanas.

Como se ve, tampoco prospera la causal primera de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO IN-

VALIDA la sentencia que ha sido objeto del presente recurso de casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Custavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Srio.

HOMICIDIO. CAUSALES CUARTA, TERCERA Y PRIMERA DE CASACION. FIN PERSEGUIDO POR LA LEY PROCESAL PENAL. LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD ES MATERIA EXCLUSIVA DE LA CAUSAL SEGUNDA. FACULTAD DEL TESTIGO PARA DECLARAR O ABSTENERSE DE HACERLO. SEVICIA . DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL VEREDICTO DEL JURADO.

1. El fin perseguido por la ley de procedimiento Penal al erigir en causales de nulidad procesal la equivocaciòn relativa a la época y lugar en que se cometió el hecho criminoso, o al nombre y apellido de la persona responsable o del ofendido, no es como lo ha dicho la Corte el de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de los procesos sino el de identificar el delito y evitar una injusta condena.

2. Parece olvidar el recurrente que la controversia sobre errada interpretación y apreciación de la prueba referente a la responsabilidad es materia exclusiva de la causal segunda de casación, la que, por otra parte, como lo ha expresado la Corte en innumerables oportunidades, no es pertinente invocar en los juicios con intervención del jurado, no solo por la razón primordial de que los Jueces populares son libérrimos para apreciar las pruebas del proceso, sino porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, evento que la ley no ha consagrado como causal de casación y cuyo estudio corresponde privativamente a las instancias.

3. Lo que el art. 25 de la Constitución expresa es que "nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policìa, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad". Por tanto es facultativo del testigo declarar o abstenerse de hacerlo, pero en manera alguna puede sostenerse, frente al precepto transcrito, que él envuelve la prohibición de recibir el testimonio de los parientes a que allí se alude.

Es oportuno recordar que la Corte, en sentencia del 6 de diciembre de 1.961, declaró inexequible el art. 226 del Código de Procedimiento Penal, que textualmente decía: "No se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos".

4. Los tratadistas y la doctrina se hallan acordes en afirmar que la sevicia implica frialdad de ánimo, ensañamiento en el sufrimiento de la víctima y deseo de hacer daño por el daño mismo. Ahora bien: si estos elementos son consubstanciales de la sevicia, constituiría un contrasentido lógico y jurídico suponerla coexistente con un estado de ira e intenso dolor. Son fenòmenos inconciliables, excluyentes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casaciòn interpuesto por JOSE ANTONIO GUACAMENE PEREZ contra la sentencia del dos de noviembre de mil novecientos sesenta, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al confirmar la de primer grado, lo condenó a la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsable del delito de homicidio (asesinato), cometido en la persona de Eladio Rodríguez.

ANTECEDENTES

La sentencia recurrida resume los hechos que originaron el proceso en la siguiente forma:

"En las horas de la tarde del sábado siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete, en el punto denominado "Toncha", (sic) vereda de "Honduras", jurisdicción municipal de Topaipí, José Antonio Guacaneme Pérez encontró en potreros de su pertenencia a dos semovientes de propiedad de Eladio Rodríguez, su cuñado, a quien trataba con hostilidad porque era usufructuario de uno de los predios dejados por su padre y, por lo mismo, procedió a expulsar los animales. Al terminar su cometido apareció Rodríguez con quien después de cruzar unas breves palabras por tal circunstancia, le disparó la escopeta que llevaba, rodando éste por tierra severamente lesionado, y así caído, en forma impiadosa lo remató de varios machetazos".

El mérito de la investigación fuè calificado en auto del cuatro de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho, mediante el cual el Juzgado Quinto Superior de Bogotá llamó a responder en juicio, con intervención del Jurado de conciencia, a José Antonio Guacaneme Pérez, como autor del delito de homicidio, en la modalidad de asesinato, por considerar que el hecho delictuoso se había perpetrado con sevicia, auto aquél cuya ejecutoria se produjo en la primera instancia.

Concluída la audiencia pública, el veintidós de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, se sometió a la consideración del Tribunal popular la siguiente cuestión única:

"El enjuiciado JOSE ANTONIO GUACANEME PEREZ, de las condiciones civiles y personales que registra el expediente es responsable, SI o NO, de haber dado muerte a su cuñado Eladio Rodríguez, verificando tal hecho con el propósito de matar y con sevicia, conforme a sucesos ocurridos en el sitio denominado "Tuncha" en la vereda de Honduras, comprensión municipal de Topaipí de este Distrito Judicial, y en las horas de la tarde del día siete de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete?".

El Jurado, unanimemente, respondió: "Si es responsable, en estado de ira e intenso dolor".

Consideró el Juez del conocimiento que el anterior veredicto implicaba una afirmación de la modalidad específica prevista por el artículo 363 del Código Penal en su numeral 7o, y, sobre ese presupuesto básico, estructuró la sentencia de primer grado, fechada el dieciseis de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Primero: CONDENASE a JOSE ANTONIO GUACANEME PEREZ,....., a la pena principal de QUINCE (15) AÑOS de presidio, que pagará en el lugar que designe el Gobierno Nacional, en su calidad de autor único responsable del delito de homicidio con caracteres de asesinato en la persona de Eladio Rodríguez, hecho consumado por él en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que en esta misma sentencia se detalla;

"Segundo: CONDENASE al citado José Antonio Guacaneme a las penas accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por todo el tiempo de la condenación principal; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; a la pérdida de la patria potestad y a la publicación especial de esta sentencia;

"Tercero: CONDENASE a José A. Guacaneme, al pago, en abstracto, de los perjuicios que ocasionó con su delito;

"Cuarto: El sentenciado no tiene derecho al perdón judicial ni a la condena condicional, pero de la pena principal impuesta, se descontará el tiempo que hubiera permanecido en detención preventiva por cuenta de este negocio".

Como ya se expresó, el fallo del aquo contra el cual interpusieron el recurso de apelación el procesado y su defensor, fuè confirmado en todas sus partes por el Tribunal.

DEMANDA DE CASACION

En ejercicio del poder especial que le confiriera el procesado, el recurso de casación se ha sustentado por el doctor Daniel Valois Arce. La demanda contiene una síntesis de los hechos materia de la controversia, expresa las causales en que se apoya para pedir la infirmación del fallo recurrido, indicando en capítulos separados los fundamentos de cada una

de ellas, y cita los textos constitucionales y legales que el recurrente considera infringidos.

De las causales de casación previstas por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el demandante invoca, en su orden, la cuarta, la tercera y la primera, advirtiendo que aduce la cuarta como principal, y las dos restantes, como subsidiarias.

Causal Cuarta. Nulidad del juicio.

Dos motivos de nulidad afirma el impugnador al amparo de esta causal. Consiste el primero en que la sentencia recurrida, al referirse al lugar en que se cometió el delito, señala el paraje de "Toncha", mientras que "en el auto de enjuiciamiento visible a f. 112 y en todo el curso del sumario, se habla del paraje de TUMCHA" (sic). Ello hace pensar al actor que se incurrió "en error relativo al lugar en que se cometió la infracción", previsto como causa de nulidad en el numeral 8o. del artículo 198 del C. de P. P.

El segundo motivo se plantea diciendo que la sentencia condenatoria acusada se profirió "con base en las siguientes pruebas: a) la confesión del procesado aceptándola en lo que lo perjudica y rechazándola en cuanto lo favorece, negando la cualificación; b) la declaración de la esposa del occiso y hermana del procesado; c) la declaración de un menor de edad, hijo del procesado, a quien se sometió a un careo con su propio padre (fs. 68 - 69); la declaración, en fin de la suegra del occiso y madre del procesado (fs. 41 vto., 42 - 43)".

Argumenta en seguida el demandante que "Siendo estos testimonios inaceptables a todas luces, prohibido recibirlos por otra parte y no existiendo ninguna otra prueba sobre los hechos inmediatos que culminaron con la muerte violenta de Heladio Rodríguez, la confesión del procesado debió aceptarse indivisiblemente y no en la forma injurídica y parcializada como se aceptó por los falladores de derecho que han intervenido en el proceso". A lo cual agrega: "Nada vale decir ahora que el Jurado Popular tiene libre apreciación probatoria. Esa libertad de apreciación no revalida los vicios CONSTITUCIONALES que afectan el proceso porque la violación, en los procesos penales, de las normas contenidas en la Constitución Nacional, artículos 25 y 26, afectan la materia prima elemental de la convivencia social y humana y destruye los principios esenciales de la vida asociativa sin los cuales no podrían subsistir, ni el Derecho ni los conglomerados humanos".

Causal Tercera. Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.

Aducida esta causal en el sentido señalado, el recurrente hace una amplia exposición para sustentar el cargo. Su pensamiento, sin embargo, aparece recogido en los siguientes pasos fundamentales de la demanda:

"Al afirmar el Jurado que Guacaneme sí es responsable de la muerte de Heladio Rodríguez, en estado de ira e intenso dolor, excluyendo expresamente la sevicia formulada en el interrogatorio del Juez, quiso notoriamente agregar una explicación razonada del porqué excluía de su veredicto, la sevicia. Dijo escuetamente el Jurado en su respuesta que, habiendo actuado Guacaneme en estado de ira y de dolor intenso, vale decir bajo la presión de un dolo impetuoso, no podía haber actuado con sevicia, porque bajo ese clima psicológico de ira y de dolor intenso, no era posible aquella frialdad, lentitud y morbosa complacencia que caracterizan la sevicia".

"Descartó el Jurado la sevicia y a la vez dijo porqué la descartaba: porque en estado de ira y de intenso dolor, aunque esa ira y aquel dolor no fueran causados por grave e injusta provocación, no hay posibilidad psicológica para la sevicia. Es razonado, expresivo y admirable el veredicto. Sí es responsable, pero sin sevicia, porque hay incompatibilidad anímica y mental entre la sevicia que es frialdad de ánimo, lentitud en la ejecución del excesivo mal, dolo sereno y apacible, y la ira y el dolo intenso compatibles y afines con un dolo impetuoso como el que arrasó los frenos inhibitorios del procesado Guacaneme Pérez en la tarde del siete de septiembre, al dar muerte a Heladio Rodríguez, cuando éste le dijo: "sohijueputa" primero y después: "miente hijueputa godo".

"No se entiende, ni se explica, cómo pudieron los jueces de derecho insistir en la sevicia, después de una tan razonable, lógica y sensata respuesta del Jurado, colocándose en abierta contradicción con su veredicto sin explicación ninguna en el texto y motivación de sus fallos. Simplemente, dar por aceptada táci-

tamente la sevicia por el Jurado. Aceptación que no puede ser tácita tratándose de un elemento constitutivo y que no solamente fue excluída sino sustituída por una circunstancia que la hacía imposible".

"Tan deplorable error y tan ostensible contradicción entre el veredicto y la sentencia, representan para el infortunado Guacaneme Pérez, nada menos que una condena a más del doble de lo que la ley penal colombiana señala para el hecho que confesó: en efecto, descartada la sevicia, el homicidio queda sancionado con la pena estatuída en el art. 362 del código represivo. Dados los antecedentes intachables de Guacaneme Pérez su pena sería la mínima, porque no se le puede aumentar por peligrosidad consistente en haberle propinado machetazos a su víctima, debido a que las injurias que recibiera lo confinaron a un estado de descontrol anímico producido por la ira que reconoció el jurado".

Causal Primera. Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

De los argumentos ofrecidos por el actor para fundamentar esta causal, invocada como consecuencia de la anterior, se desprende, en esencia, el cargo de que la sentencia acusada violó, por indebida aplicación, el numeral 7o. del artículo 363 del Código Penal, y en esta forma vino a aplicar una pena de 15 años de presidio, lo que, en rigor, dió lugar a la violación del artículo 362 ibídem, referido al homicidio simplemente voluntario, que es el aceptado en el veredicto, homicidio para el cual, conforme a este último precepto, se prevé pena de igual naturaleza, pero cuya magnitud sólo puede oscilar entre ocho y catorce años.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Abogado Auxiliar de la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, transitoriamente encargado de ese Despacho, al estudiar la demanda reseñada, considera que ésta se ciñe "notablemente a la técnica formal de recurso de casación", pero, en cambio, estima que carecen de fundamento los cargos formulados por el actor a la sentencia recurrida, y, consecuente con tal criterio, pide a la Corte que no case el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La Sala examinará la acusación, siguiendo el mismo orden lógico de las causales invocadas en la demanda.

a). Causal cuarta. El error de mecanografía o lapsus cálami en que se incurrió en la sentencia al escribir "Toncha" en vez de "Tuncha", para designar el "punto" de la "vereda de Honduras, jurisdicción municipal de Topaipí", lugar éste en que se cometió la infracción, carece de la importancia jurídica que le pretende asignar el demandante.

En el auto de proceder y en todo el curso del sumario se escribió "Tuncha", y no "TUMCHA", como dice el impugnador, sin duda por haber sufrido también un error de mecanografía. También se dijo "Tuncha" en la sentencia de primer grado. En todo caso, la sentencia acusada precisa el verdadero lugar en donde se cometió el homicidio de autos: "vereda de Honduras, jurisdicción municipal de Topaipí". Por tanto, no puede sostenerse seriamente que se incurrió en error relativo al lugar en que se cometió la infracción, circunstancia prevista en el ordinal 8o. del artículo 198 del C. de P. P., como causa de nulidad.

El fin perseguido por la ley de procedimiento penal al erigir en causales de nulidad procesal la equivocación relativa a la época y lugar en que se cometió el hecho criminoso, o al nombre y apellido de la persona responsable o del ofendido, no es -como lo ha dicho la Corte- el de crear recursos o asideros para hacer posible la repetición de los procesos sino el de identificar el delito y evitar una injusta condena.

El segundo motivo de nulidad se pretende sustentar a través de una crítica a la valoración de la prueba que obra en el proceso, con el propósito de demostrar que la confesión de Guacaneme Pérez "debió aceptarse indivisiblemente y no en la forma injurídica y parcializada como se aceptó por los falladores de derecho", ya que los testimonios a que alude el demandante son "inaceptables a todas luces, prohibido recibirlos por otra parte", pues provienen de parientes cercanos del procesado, todo lo cual implica una violación de los preceptos contenidos en los artículos 25 y 26 de la Carta.

Parece olvidar el recurrente que la controversia sobre errada interpretación o apreciación de la prueba referente a la responsabilidad es materia exclusiva de la causal segunda de casación, la que, por otra parte, como lo ha expresado la Corte en innumerables oportunidades, no es pertinente invocar en los juicios con intervención del Jurado, no sólo por la razón primordial de que los jueces populares son libérrimos para apreciar las pruebas del proceso, sino porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, evento que la ley no ha consagrado como causal de casación y cuyo estudio corresponde privativamente a las instancias.

Por lo demás, como lo observa la Procuraduría al examinar este cargo, "Las declaraciones censuradas no tuvieron mayor influencia para determinar el llamamiento a juicio del procesado y someter la definición de su responsabilidad al Juez de conciencia, y a que ellas apenas sirvieron o contribuyeron, junto con los testimonios y pruebas, para establecer o calificar el alcance de la confesión del sindicado".

Con sobrada razón agrega el representante del Ministerio Público que no hubo violación del artículo 25 de la Carta, "pues los declarantes, aún el menor por medio de su curador, renunciaron al privilegio que dicha disposición permite".

En efecto, lo que el artículo 25 de la Constitución expresa es que "Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consaguinidad o segundo de afinidad". Por tanto es facultativo del testigo declarar o abstenerse de hacerlo, pero en manera alguna puede sostenerse, frente al precepto transcrito, que él envuelve la prohibición de recibir el testimonio de los parientes a que allí se alude.

Es oportuno recordar que la Corte, en sentencia del 6 de diciembre de 1.951, declaró inexequible el artículo 226 del Código de Procenimiento Penal, que textualmente decía: "No se recibirá a nadie declaración contra su consorte, ni contra sus ascendientes, descendientes o hermanos". Para motivar aquella decisión se dijo:

"El art. 226 viola el 25 de la Constitución Nacional. Aquel estableció prohibición de obligar a nadie a declarar contra determinados parientes; con dicha prohibición va implícitamente envuelto el reconocimiento de una facultad para el testigo, de declarar o abstenerse de hacerlo, con la correlativa obligación para el funcionario de recibírsela cuando aquél opte por rendirla; por lo tanto, al pronunciarse el legislador ordinario por la rotunda prohibición contenida en el artículo 226 del C. de P. P., no otra cosa hizo que ampliar los términos de aquella garantía consignada en la Constitución". (G. J., Tomo LXX, pág. 738).

Finalmente debe decirse que la pretendida violación del artículo 26 de la Constitución no tiene el menor asidero en las páginas del proceso. En ninguna forma se vulneraron los derechos del procesado, a quien se juzgó observando la plenitud de las formas propias del juicio.

Lo dicho es suficiente para concluir que carecen de todo fundamento los cargos propuestos al amparo de la causal cuarta, y que ésta, en consecuencia, no prospera.

b). **Causal Tercera.** Los tratadistas y la doctrina se hallan acordes en afirmar que la sevicia implica frialdad de ánimo, ensañamiento en el sufrimiento de la víctima y deseo de hacer daño por el daño mismo. Ahora bien: si estos elementos son consubstanciales de la sevicia, constituiría un contrasentido lógico y jurídico suponerla coexistente con un estado de ira e intenso dolor. Son fenómenos inconciliables, excluyentes. La Corte ha dicho repetidas veces sobre el particular:

"Si la sevicia es lo mismo que crueldad excesiva, no es acertado deducirla invariablemente del número de golpes dados a la víctima, ni de la ardentía empleada en el asalto. Porque se correría el riesgo de tomar por ella movimientos simplemente reflejos o actitudes demostrativas de un recóndito temor del atacante de que su contendor se irguiera de pronto, cambiándose notablemente los papeles. La sevicia requiere cierto ánimo frío, deseo de hacer daño por el daño mismo, sin ninguna necesidad y únicamente por exteriorizar la capacidad vengativa del ofensor". (Casación, fallos de 22 de mayo de 1.944, XVII, 684; 28 de enero de 1.953, LXXIV, 169, entre otros)".

Y Rendón Gaviria, en su obra "Derecho Penal Colombiano", expresa al respecto lo siguiente:

"Esta circunstancia (la prevista en el numeral 7o. del artículo 363 del C. P.) la expresaba el Código Penal anterior al hablar del homicidio cometido "con tormentos o con algún acto de ferocidad o de crueldad, bien se cause la muerte por alguno de estos actos, bien se cometa alguno de ellos con el cadáver". Efectivamente la sevicia significa el ensañamiento, circunstancia que consiste en "aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido", por lo que no es propio incluir para la calificación del delito los actos de exceso cometidos sobre el cadáver.

"Es frecuente confundir la sevicia con la repetición de los golpes, concepto este absolutamente impropio porque lo que caracteriza tal circunstancia es el aumento del dolor en la víctima, friamento provocado por el homicida y con el propósito cierto y definido de hacer sufrir al ofendido. Por ello cuando en la comisión de un homicidio el agente repite los golpes a su víctima bajo el primer impulso de la cólera o de la ira, no hay sevicia, pues desde el punto de vista de la actividad del delincuente es como si se tratara de un sólo golpe, porque los daños innecesarios no han sido causados de manera calculada y reflexiva.

La sevicia ha sido considerada como una manifestación de especial perversidad en el delincuente y en algunos casos como signo de anormalidad mental del homicida".

Sobre estos presupuestos conceptuales, que la doctrina y la jurisprudencia han aquilatado suficientemente, es preciso concluir que cuando el Jurado, en el caso de autos, profirió el ya conocido veredicto: "Sí es responsable, en estado de ira e intenso dolor", evidentemente afirmó la existencia de un homicidio simplemente voluntario. En otros términos, descartó la sevicia, y al descartarla, desintegró la figura del homicidio en la modalidad de asesinato. Así, la sentencia acusada, tal como se profirió, entraña un desacuerdo con el veredicto del Jurado. Consecuentemente, prospera el motivo de acusación formulado al amparo de la causal tercera de casación.

c). **Causal Primera.** La Corte acoge las lógicas razones aducidas por el actor para sustentar esta causal, invocada como consecuencia de la anterior. El éxito de la estudiada en el capítulo precedente conduce en el presente caso, de manera necesaria, al de la primera.

Al hallar la Corte justificadas estas dos últimas causales propuestas por el impugnador, habrá de proceder conforme al aparte a) del artículo 570 del C. de P. P., imponiendo al procesado el mínimo de la pena prevista en el artículo 362 del C. P., ya que no encuentra comprobadas en el proceso circunstancias de mayor peligrosidad.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- oído el concepto de la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **INVALIDA** parcialmente la sentencia recurrida, a efectos de imponer al acusado JOSE ANTONIO GUACANEME PEREZ la pena principal de ocho (8) años de presidio en lugar de quince (15). Las penas accesorias que entrañan duración quedan reducidas en igual proporción. En lo demás rige el fallo del Tribunal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Oficina de origen. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO AGRAVADO Y DELITO DE ROBO

Estimación, en el auto de proceder de la confesión hecha por el procesado. Las cuestiones de hecho previstas en la causal 2a. no procede discutirlas en juicios tramitados con intervención del jurado. Cargo genérico por el cual se llamó a juicio al procesado con relación al delito contra la propiedad.

1. Se trata en el fondo de plantear dentro del ámbito de la causal cuarta un debate probatorio acerca de la estimaciòn que debió darse en el auto de proceder a la prueba de la confesiòn del procesado, cuestión que solamente podía ser planteada adecuadamente con fundamento en la causal segunda de casación penal, que no se ha invocado en la demanda, y que tampoco era procedente en un proceso en que se tramitó con intervención del jurado, pues de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, es completamente improcedente discutir en esta clase de juicios, cuestiones de hecho de las previstas en la causal segunda, salvo que se refieran a circunstancias, que sin ser constitutivas omodificativas del delito, puedan influír en la dosificación de la pena, como ocurre con las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuya comprobación compete de modo exclusivo al Juez de derecho.

2. Lo que el art. 431 del C. de P. P. establece es que en la parte resolutiva del auto de proceder se llame a juicio por el delito o delitos que correspondan, determinándolos por la denominación genérica que les dé el Código Penal en el respectivo Capítulo o en el correspondiente título, cuando éste no se divida en capítulos. Cada uno de los delitos que la ley penal sanciona, tiene, en el Código Penal, su definición y denominación propias que los distingue de los otros ilícitos, y que el Código, por cuestión de método, los agrupa e incluye en diversos títulos y capítulos. Así cuando, en el auto de proceder claramente se le da la denominación de "robo" al hecho por el cual se llama a juicio al sindicado, no puede haber duda o confusión sobre cuál es la imputación que se le hace y por la que habrá de defenderse en el plenario. Lo que importa ante todo, para saber con seguridad el cargo que se le formula al sindicado, es la denominación jurídica que se le dé al acto que se le imputa, la que debe corresponder a la empleada por el Código Penal. Lo que expresa la esencia y contenido de un acto ilícito es la descripción que le Código Penal hace de sus elementos constitutivos que quedan comprendidos dentro de la denominación jurídica que el mismo Código emplea, siendo secundaria, para este efecto, la inclusión en determinado capítulo o título, pues ésta es enteramente convencional y no revela de por sí los caracteres intrínsecos del delito.

En consecuencia, se incurre en una simple errata en la cita que en el auto de proceder se haga del capìtulo o título dentro del cual está comprendido el delito por el que se llama a juicio, pero por otra parte, al delito se le da expresamente la denominación jurídica que corresponde a su verdadera naturaleza, determinándolo e individualizándolo de un modo inconfundible, no puede hablarse de una nulidad que afecte las formas sustanciales del juicio.

3. En el caso de que realmente existiera desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia, por haberse condenado al procesado por un delito distinto al que fue llamado a juicio, lo indicado y técnico hobría sido alegar la causal cuarta, lo que efectivamente hizo el actor al proponer primeramente con in-

vocación de esta causal, aunque sin éxito, el mismo cargo que ahora vuelve a plantear con fundamento en la causal tercera.

4. El recurrente pretende sustentar la causal primera, con fundamento en una crítica probatoria que solamente sería procedente dentro del ámbito de la causal segunda, pero no dentro de las otras causales, incurriendo así en una falta de técnica, pues cada una de las causales de casación tiene sus motivos propios, no siendo posible acudir, con el pretexto de fundamentar la causal que se invoca, a motivos que son excusivamente de una causal distinta. Por otra parte, si tratándose de un juicio en que intervino el Jurado, no podía el recurrente acudir a la causal segunda de casación, como se observó anteriormente al referirse a los dos primeros cargos propuestos con invocación de la causal cuarta, con menor razón podía hacer valer los motivos propios de aquella causal con invocación de una distinta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero veintiséis de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Agotados los trámites de rigor, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación propuesto por el reo JORGE ELEAZAR MURCIA GUTIERREZ, contra la sentencia de 4 de octubre de 1.962, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por medio de la cual, al reformar la de primera instancia, se condenó al recurrente Murcia Gutièrrez a la pena principal de dieciseis años de presidio, más las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio agravado y robo cometido en perjuicio de Jorge Cuervo Naranjo.

HECHOS Y ACTUACIONES PROCESALES

Se investigó en este proceso, iniciado por el Alcalde Municipal de La Tebaida (Caldas), los delitos de homicidio y robo cometidos en perjuicio de Jorge Cuervo Naranjo, el día 30 de abril de 1.961, en el área urbana de dicha población en el cruce de la carrera 6a. con calle 7a, en donde se hizo el levantamiento del cadáver, en el que los peritos que intervinieron en la diligencia hallaron los siguientes signos de violencia: entrada de proyectil junto a la tetilla derecha; otro en el brazo derecho; otro en el abdómen; otro a la altura del corazón y otro en el pecho. Esparcidas junto al cadaver se encontraron cinco vainillas disparadas para revólver de calibre 32 y un proyectil para el mismo, y una bala sin disparar. Así mismo se estableció en dicha diligencia que el bolsillo izquierdo del pantalòn del occiso estaba afuera, y al pie del forro del mismo, diez centavos, de donde se dedujo que fue requisado.

Posteriormente fue capturado como sospechoso en una casa situada en el barrio de tolerancia y a poca distancia de la del occiso, Jorge Eleázar Murcia Gutiérrez a quien la policía le halló en su poder dos revólveres, un "Smith" 32 largo y otro de la misma marca, 38 largo, armas que habían sido recientemente disparadas. En su poder también, según informe del Comandante de la Policía de La Tebaida, quien efectuó la captura, se halló un reloj de propiedad del occiso. Dicho informe explica que al capturársele Murcia manifestó, en presencia del Agente Manuel Antonio Ruiz Mora, haber sido él la persona que había dado muerte por rivalidad amorosa a Jorge Cuervo.

Murcia Gutièrrez rindió su indagatoria ante el Alcalde de La Tebaida el 4 de mayo de 1.961. En esta diligencia reconoció haber dado muerte a Cuervo haciéndole seis disparos de revólver calibre 32 largo, cuya propiedad reconoció. Aceptó igualmente haber sustraído a Cuervo su reloj y haber obrado contra éste, en vista de que lo perseguía.

El Agente de la Policía Miguel Antonio Ruíz Mora confirmó en declaración, los informes dados por el Comandante de la Policía al Alcalde en el oficio que obra al folio 3º.

La señora Rosa Emilia Hernández, concubina del occiso, manifestó que éste llevaba el día de su muerte, "una plata en el bolsillo, por ahí como de unos $300.oo". Esta misma declarante reconoció el reloj que le fue decomisado a Murcia, como de propiedad de su compañero Cuervo. Además, manifestó que al escuchar los disparos y al salir al patio por el interior de la casa, vió dos

individuos que corrían y pasaban exactamente por frente a élla y que en ese momento uno de èllos le decía al otro: "recogiste el revólver" y el otro le contestó sì. También la testigo reconoció sin vacilaciones, en rueda de presos, a Murcia como una de las personas a quien se refirió en su declaración.

El dictámen de la Oficina Médico Legal concluyò que la causa de la muerte de Cuervo fue una anemia aguda, por destrucción de órganos vitales y comprobó la presencia de varios orificios causados con proyectil de arma de fuego, tres de los cuales fueron extraídos del cadáver.

El Juez Segundo Superior de Armenia, acogiendo el concepto de su colaborador Fiscal, calificó el mérito del sumario, en auto del 4 de abril de 1.962, en cuya parte resulutiva se llamó a juicio a Jorge Eleázar Murcia Gutiérrez, "por el delito de homicidio que define y sanciona el Código Penal en su Libro II, Título XV, Capítulo I, consistente en haber ocasionado la muerte con intención de matar al señor Jorge Cuervo Naranjo, mediante herida producida con arma de fuego (revólver)". También se lo llamó a responder por el delito de robo, "que define y sanciona el Código Penal en su Libro II, Título XVI, Capítulo I, en relación con la ley 4a. de 1.943, consistente en haberse apropiado de un reloj del occiso señor Jorge Cuervo Naranjo el que le quitara luego de ultimarlo".

El auto de proceder no fue apelado y en su parte motiva se dejó claramente especificado que se trataba de los delitos de homicidio agravado y de robo, por las razones, que conviene reproducir aquí:

"Se explicó antes, como el sindicado confeso haberle sustraído un reloj al occiso al momento de su deceso y la prueba que se trajo a los autos sobre propiedad del mismo, de donde se deduce pues, que no sòlo está comprobada la materialidad de esta infracción, sino también la responsabilidad del acusado quien admitió cínicamente su apropiación con estas textuales palabras, cuando sobre el particular le interrogó el funcionario instructor así: "Sírvase decir si es su voluntad, comó explica Ud. que siendo el reloj del muerto, se hubiera decomisado en su poder? CONTESTO porque yo se lo quite.....".

"Se ha dicho que el delito fue cometido entre las once y media a doce de la noche, del día treinta de abril de mil novecientos sesenta y uno, en el cruce de la Ka. 6a. con calle 7a. de la Población de La Tebaida, pues el dicho sitio por la nomenclatura de aquella ciudad indica que está practicamente en los extramuros de la misma. La hora y forma como se cometió el hecho dejan entrever en el ánimo del homicida la intención de asegurarse para que su propòsito malsano contra la integridad personal del señor CUERVO NARANJO no fuera interferido por ninguna circunstancia y cuidándose al mismo tiempo de la reacción de la víctima, esto se explica fácilmente con la presencia de armas de fuego que portaba para cometer el ilícito, que al serle decomisadas no negó haber sido las mismas que utilizó para eliminar la vida del señor JORGE CUERVO NARANJO.

"Puede igualmente argüirse, que el victimario estaba en asecho de su víctima a quien puso en estado de indefensión e inferioridad, como lo predica el numeral 5o. de la disposición que se comenta, y ello se deduce de la misma confesión, cuando al ser interrogado por el funcionario instructor para que explicara qué se encontraba haciendo en el dicho lugar y en compañía de quien: CONTESTO: "Yo estaba por ahi solo, andando de allá para acá, así por la esquina..". Esta respuesta dada por el sindicado pone de relieve la intención criminosa que lo animaba, la cual no era otra que asechar cerca de su casa al señor Cuervo Naranjo para eliminarlo, además disparó sorpresivamente, como se desprende del cuerpo de su primera indagatoria, sin dar tiempo a la víctima a defenderse.

"En cuanto al móvil de la infracción, sòlo consta en autos la versión que adujo el sindicado cuando dijo:

"....El tipo me perseguía para matarme, sería que no le parecí en todo caso, es lo cierto del caso, el tipo me había prometido que me mataba y arriba en el alto me pegó una carrera una vez y hoy como no se le puede parar bolas a un tipo en el barrio, porque cuando uno va a pelear con uno tiene que pelear con diez o quince, es muy peligroso, por eso no le aceptaba pelea a ese señor; y el domingo cuado el tipo iba para la casa, lo llamé y le dije, iba solo pues, le pregunté que por qué

era que me perseguía él, que si era para matarme que me matara, entonces le disparè el revòlver, no màs...".

"En el transcurso de la diligencia de indagatoria, en la cual el implicado se declaró confeso del delito, aduciendo como único móvil la persecución de que dice era víctima -no está probado- por parte del occiso, a una pregunta del instructor sobre si era cierto que había dicho a los agentes que le intimaron captura de que había matado por una rivalidad amorosa, el sindicado contestó:

".. Amórosa no, estaba yo ahí asi, sentado con una mujer de la zona, pero no es que élla sea nada de mi, cuando el tipo entró y me preguntó que yo que era, cosa que sucedió hace unos veinte días.....".

"Los argumentos que como defensa de su proceder aportó el sindicado en su injurada, están indicando que no existía motivo suficiente para proceder en la forma como lo hizo y de ahí nace precisamente lo reprochable de su acción y la frialdad de ánimo que lo indujo a cometer el delito. Es pues, injustificable la razón en la cual hace hincapié el acriminado para tratar de eludir la acción de la justicia, sin embargo hemos visto como las circunstancias exteriores que rodearon los hechos de que se le sindica lo ponen al margen de la ley y le señalan como el único responsable del delito de Homicidio agravado en la la persona de Cuervo Naranjo.

"Tenemos hasta aquí, dos circunstancias agravantes que militan en contra del acusado, o sea, la 5a. por la forma alevosa como se cometió el hecho y 2a. pues como se vió hubo premeditación y los motivos determinantes, según sus propias palabras, no fueron otros, que la diferencia surgida en razón de haberle preguntado el occiso cual era su opinión política; si se aceptara en gracia de discusión tal versión, habría que aceptar igualmente que este no era motivo que le impulsara a obrar en contra de la vida del señor JORGE CUERVO NARANJO, pues no se ve razòn que justifique la actuación del sindicado, cuyo único fín estaba encaminado a matar por matar, fue este su propósito y aquél el camino que la voluntad siguió hasta consumar el hecho, el fin equivale ni más ni menos que a la intención, deseo ò anhelo de cometer el delito.

"Anteriormente se ha aceptado en esta providencia, que el móvil del delito del Homicidio, fue la simple venganza, del víctimario contra la víctima, por haberle ésta interrogado a aquél por su política. Más lo cierto es que fuera de ese motivo también hubo otro, el del robo, prueba de ello fue habérsele encontrado en poder de Jorge E. Murcia el reloj de propiedad del occiso y que Murcia confiesa tranquilamente habérselo quitado. Concurre por consiguiente la 3a. circunstancia de asesinato de la enumeración taxativa que hace el artículo 363 del C. de las Penas".

A los jueces de conciencia se les sometió dos cuestionarios: uno relacionado con el homicidio y otro con el robo, cuestionarios que fueron unánimemente contestados de modo afirmativo.

En desarrollo de este veredicto el Juzgado Segundo Superior de Armenia, en sentencia de 7 de julio de 1.962 condenó a Murcia Gutiérrez a la pena principal de dieciocho años de presidio como responsable del concurso de delito de asesinato y robo.

El Tribunal Superior de Pereira, al revisar, en virtud de apelación interpuesta por el defensor, contra el fallo de primera instancia, lo confirmó en providencia de 4 de octubre de 1.962 reformándolo en el sentido de disponer que la pena que correspondía purgar al reo Murcia Gutièrrez, era únicamente la de dieciseis años de presidio.

DEMANDA DE CASACION

Oportunamente fue presentada, por medio de abogado inscrito en la Corte, la demanda de casación que obra a fólios 9o. a 33 del cuaderno de la Corte. En esta demanda, que formalmente se ajusta a los requisitos exigidos por la ley, se invocan, en su orden, las causales 4a., 3a. y 1a. del artículo 567 del C. de P. P.

Causal 4a. Con fundamento en esta causal se formulan tres cargos, que son:

Primer cargo: "Haberse incurrido en error relativo a la demostración jurídica de la infracción imputada al procesado, consistente en haberle quitado al señor Jorge Cuervo Naranjo, ya muerto, un reloj. "Este hecho, alega el demandante, fue propuesto como delito de

robo en el cuestionario que se propuso al jurado, y por éste declarado afirmativamente. Con base en este veredicto el Juzgado del conocimiento condenó al procesado por robo del reloj, y la sentencia de primer grado fue confirmada por el Tribunal en este sentido, pues soló se rebajó en dos años la pena de presidio.

Con el objeto de fundamentar este cargo, el actor después de reproducir el artículo 2o. de la ley 4a. de 1.943, que define y sanciona el delito de robo, argumenta lo siguiente:

"Relacionando esta disposición con el hecho sub judice tendríamos:

"Que la violencia, es decir, los disparos, han debido de ser antes del apoderamiento del reloj;

"Que los disparos fueron hechos a Cuervo Naranjo con el exclusivo fin de matarlo para poder apoderarse del reloj; y,

Que el procesado se apoderó del reloj.

"Ninguno de estos tres elementos tienen prueba plena y completa en los autos, para integrar con ellos el cuerpo del delito de robo, pues la única prueba existente es la confesión del procesado en su primera indagatoria, retractada en el acto de la audiencia pública.

"Con esta confesión se cometió el error de derecho de tenerla como prueba de los elementos materiales y morales del supuesto robo, es decir, de la objetividad y subjetividad que lo integran:

"a). Intención de robar el reloj.

"b). Propósito de ocasionar la muerte del dueño del reloj, para poder apoderarse de él;

"c). Ejecución de los disparos; y,

"d). Apoderamiento del reloj como objeto de los dos delitos cometidos.

"Pero la confesión del procesado no tuvo la extensión probatoria que se le dió, porque no confesó que hubiera disparado contra Cuervo Naranjo para robarle, sino por otros motivos que luego se analizarán, ni aceptó que en momento alguno, antes de los disparos o de la muerte de aquél, hubiera abrigado intención alguna de apoderarse de algo que el occiso portara consigo.

"La investigación no ahondó en este hecho, y por éllo sólo la primera indagatoria contiene lo único que sirvió para imputarle un delito contra la propiedad. Se le preguntó en esta diligeneia:

"Sírvase decirnos, si es su voluntad, cómo explica usted que siendo el reloj del muerto, se hubiera decomisado en su poder?. CONTESTO: porque yo se lo quité. PREGUNTADO: Sírvase decirme, si es su voluntad, qué otros objetos le quitó al muerto?. CONTESTO: Nana más. PREGUNTADO: Sírvase decirme, si es su voluntad, quièn sería el individuo que requisó el muerto, y le dejara voltiado o por fuera el bolsillo izquierdo del pantalón?. CONTESTO: No señor, no le quité sino el mero reloj, no más".

"Si desatendemos a la retracción que de esta confesión hizo el procesado en el auto de la audiencia pública, y nos atenemos a los términos de ésta, resalta en forma categórica que Murcia Gutiérrez no hizo confesión de un delito de robo si no de un hurto, configurado por el articulo 1o. de la ley 4a. de 1.943 que a la letrta dice:

"El que sustraiga una cosa mueble ajeno sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de élla, incurrirá en prisión de seis meses a seis años".

"No hubo fundamento jurídico para quebrantar la indivisibilidad de la confesión de Murcia, rechazando los motivos expuestos por él como determinantes de su acción de haber disparado contra Cuervo Naranjo, ya que el proceso no le brindó al juez de derecho una prueba que infirmara en lo más mínimo aquélla confesión: ni en cuanto a los móviles de los disparos, ni en cuanto al simple hecho de haberle quitado al occiso el reloj".

El demandante después de continuar analizando apartes de las varias versiones dadas por el procesado en su indagatoria y en la ampliación de ésta, trata de demostrar, con fundamento en la interpretación personal de las explicaciones suministradas por el procesado Murcia en dichas diligencias, que no se trata de un delito de robo, como lo interpretó el a quo en el auto de proceder, sino sim-

plemente de un delito de hurto, pues el procesado "jamás habló del reloj, como fin que lo indujo a disparar contra Cuervo Naranjo".

Asi concluye el actor que, es distinta la situación que se plantea "si se admite en correcta interpretación de la confesión de Murcia, que luego de disparar contra Cuervo y morir inmediatamente èste a consecuencia de las lesiones, se le acercò y le quitó el reloj, como deseo que le sobrevino ipso facto".

De esta interpretación peculiarísima que el actor hace de la confesión de Murcia, que en su concepto es la única prueba que debe tenerse en cuenta para establecer su responsabilidad y las peculiares circunstancias en que obró, concluye que se incurrió en error relativo a la denominación jurídica del hecho confesado por el procesado, originándose así la nulidad procesal prevista en el numeral 8o. del art. 192 del C. de P. P., agregando que con esto tambièn se violó el derecho de defensa del reo, "quebrantándose el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Segundo cargo. El segundo cargo formulado a la sentencia acusada con invocación de la causal 4a. lo hace consistir el recurrente en lo siguiente: "Haberse incurrido en error en la denominación jurídica de la infracción imputada al procesado, consistente en haberle dado muerte a Cuervo Naranjo, estimando que cometió un asesinato a la luz del artículo 363 del C. P., cuando el hecho de esa muerte a lo sumo podía incluirse dentro del art. 362 del mismo".

"Lo que está comprobado en el proceso es un homicidio de propósito, sin agravante alguna que permita elevarlo a la categoría de asesinato, las supuestas agravantes consisten únicamente en errores evidentes, graves y protuberantes de apreciación de la sentencia, al través del auto de proceder de los cuestionarios y del veredicto".

Para fundamentar este cargo, el actor vuelve a afirmar que en el proceso sòlo hay una prueba para dar por demostrados los elementos objetivos y subjetivos del delito, y que esta prueba es la confesión de Murcia Gutiérrez. Agrega que, "todo lo demás que la sentencia impugnada aceptó fue la libre y errada interpretación que de esa confesión hizo el auto de proceder y se mantuvo a través del cuestionario y del veredicto".

Con el propósito de demostrar estos asertos, el actor insiste, como lo hizo en el cargo anterior, en referirse y comentar a su manera las explicaciones dadas por el procesado en su indagatoria, con el objeto de establecer que de los términos de la confesión no pueden deducirse las circunstancias de asesinato que fueron reconocidas en el auto de proceder, en el veredicto y en la sentencia y que con la confesiòn del procesado a lo sumo puede darse por establecido un homicidio simplemente de propósito.

Todos los argumentos que se exponen aquí con la finalidad de sustentar este segundo cargo, o sea que hubo error en la denominación jurídica del homicidio cometido en la persona de Cuervo Naranjo, por parte del acusado Murcia Gutièrrez, tienen por objeto demostrar que en el auto de proceder y en la sentencia, al aceptarse que se trata de un homicidio agravado, y no de un homicidio de simple propósito, se incurrió por parte del a quo y del Tribunal en una errada apreciación de la confesiòn del procesado, cuyas expresiones y explicaciones se analizan en la demanda para deducir que ellas no se pueden interpretar como se hizo en la sentencia, pues el procesado "no confesó que estuviera esperando el paso de Cuervo para atacarlo", ni tampoco de estas explicaciones se puede concluir que haya prueba plena de la existencia de los móviles, ni de la premeditación.

El actor concluye, como resultado de la apreciación personal que hace de la confesión de Murcia Gutiérrez, "que fue por haberle dado relievancia penal y criminatoria a la confesión del procesado..... por lo que se denominó como asesinato un homicidio de propósito, violando el ordinal 2o. del artículo 198 del C. P. ya mencionado, el 272 del mismo, por cuanto se hicieron ingresar en el cuerpo del delito de homicidio elementos ajenos a su comprobación, constitutivos del cuerpo del delito de otra infracciòn distinta; y el 203 ibídem, porque sin prueba plena y completa de la existencia de las tres agravantes analizadas, se pronunció con denominación jurídica diversa el hecho confesado".

Por último, el demandante afirma que se violó el artícuo 26 de la Constitución Nacional

por cuanto "la forma propia del juicio penal, a que tenía derecho el procesado, fue deformada por errores de derecho protuberantes".

SE CONSIDERA

Como fácilmente ha podido observarse, para demostrar los dos primeros cargos formulados contra la sentencia acusada con invocación de la causal 4a., por haberse violado el ordinal 8o. del artículo 198 del C. de P. P., es decir, por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de los delitos de homicidio agravado y robo, el actor dirige todo su empeño al propósito de establecer que dicho error provino de habérsele dado una errada interpretación, en el auto de proceder, a la confesión hecha por el procesado, de haberle dado muerte a Cuervo Naranjo y haberle quitado el reloj de pulso que llevaba consigo.

El demandante, de acuerdo con la interpretación que le da a las explicaciones suministradas por el procesado en sus indagatorias, considera que únicamente podía ser enjuiciado por un delito de hurto y no de robo y por un delito de homicidio de simple propósito y no por asesinato.

Por lo tanto, se trata en el fondo de plantear dentro del ámbito de la causal 4a., un debate probatorio acerca de la estimación que debió darse en el auto de proceder a la prueba de la confesión del procesado Murcia, cuestión que solamente podía ser planteada adecuadamente con fundamento en la causal 2a. de casación penal, que no se ha invocado en la demanda, y que tampoco era procedente en un proceso en que se tramitó con intervención del jurado, pues de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, es completamente improcedente discutir en esta clase de juicios, cuestiones de hecho de las previstas en la causal 2a, salvo que se refieran a circunstancias, que sin ser constitutivas o modificativas del delito, puedan influir en la dosificación de la pena, como ocurre con las circunstancia de mayor o menor peligrosidad, cuya comprobación compete de modo exclusivo el juez de derecho.

No prosperan, por lo tanto, los dos primeros cargos formulados con invocación de la causal cuarta.

Tercer cargo. Este tercer cargo formulado con invocación de la causal 4a., lo plantea el recurrente en los términos siguientes: "La sentencia impugnada, al acoger el auto de proceder, aceptó las repetidas y graves contradicciones jurídicas y de hecho que contiene, por medio de las cuales se perjudicó gravemente el derecho de defensa del procesado. Estas contradicciones son tres:

"a). Aceptar que debe abonarse la versión sobre los hechos del sindicado, y que su confesión se presume verídica en virtud de encontrarse probado plenamente el cuerpo del delito, y luego apartarse por completo de aquella versión y de esta confesión, sin prueba en contrario;

"b). Admitir que el procesado al darle muerte a Cuervo lo hizo solo por matar, y luego afirmar que el móvil del delito de homicidio fue "la simple venganza; y,

"c). Al calificar el delito y sus modalidades hablar del robo que sanciona y define el libro II, Título XVI, Capítulo I del C. Penal, y luego en la parte resolutiva del mismo auto llamarlo a responder "por el delito de robo que define y sanciona el Código Penal EN SU LIBRO II, Título XVI, Capítulo I, en relación con la ley 4a. de 1.943".

Los razonamientos jurídicos con que el actor pretende demostrar las contradicciones en que se dice incurrió el auto de proceder, los destaca el demandante en los siguientes apartes de la sentencia:

"A). Si el auto de proceder abonó la versión que el procesado hizo de los hechos en su favor ya que no milita prueba en contrario, como se lee a folio 94 del cuaderno principal y al 6 del auto de proceder, y si aceptó que la confesión hecha por éste se presume verídica en virtud de encontrarse plenamente probado el cuerpo del delito, como se lee a folio 95 del mismo cuaderno y a folio 7 del mismo auto, se admitió la existencia de la plena prueba para comprobar tanto el cuerpo del delito de homicidio como del delito de hurto (robo según el auto), y por consiguiente para determinar la responsabilidad; y al aceptar que esta plena prueba no tiene prueba en contrario, no podía el auto de proceder dar por existentes hechos objetivos y subjetivos no confesados y desfavorables. Al proceder

a interpretar la versión del procesado, rodeada por todas las garantías de la credibilidad, sin prueba en contrario, el auto tenia que resolver todas las dudas invencibles que se le presentasen, en favor de aquella credibilidad.

"La existencia en el proceso de una prueba plena favorable al procesado, admitida en la parte motiva del enjuiciamiento con el reconocimiento previo de que contra esa plena prueba no hay otra prueba en contrario que la infirme ni total ni parcialmente, es ya una garantia de defensa que no se puede desconocer, ni por la creación de hechos no confesados, ni por la interpretación errada de los que confesó y fueron aceptados como relación de verdad.

"La confesión que Murcia Gutièrrez hizo de los hechos, configuró el cuerpo del delito de un homicidio de propósito, con elementos incompletos de una legítima defensa que, cabalmente por lo incompletos no sirven para tipificar esta justificante y aceptarla en su integridad, pero que en todo caso sirven para eludir la existencia de las agravantes que se le imputaron por errores de interpretación de su confesión calificada, y para fijar la acción antijurídica de aquél como un simple homicidio de propósito.....:".

"B), Esta contradicción es de tipo formal, pues existe por el sólo hecho de obrar dentro del mismo auto los dos elementos opuestos y excluirse entre sí.

"A folio 98 del cuaderno principal y 10 del auto de proceder, se encuentran estampados los dos conceptos contradictorios.

"Sólo por el rechazo de la prueba plena de la existencia del móvil, el auto de proceder incurrió en esta falsa posición jurídica.

"Quien ocasiona la muerte de su adversario por venganza, ya no mata por matar simplemente. Para investigar la clase de móvil que es la venganza, hay que recurrir a sus fuentes, pues como pasión que es tiene que estar motivada, y su motivación es lo que la califica de social o antisocial dentro de la nomenclatura de nuestros principios penales.

"El auto de proceder no dió la prueba plena de la motivación de esa venganza, y en consecuencia no podía afirmar que el procesado mató por matar. Y al no dar su propia motivación, no podía desconocer el impulso intencional que movió el acto del procesado, de acuerdo con la prueba plena de su confesión.

"Esta contradicción, que en sus dos elementos opuestos y excluyentes, se levanta contra la expresada prueba plena ineludible, contribuyó falsamente a imputarle al procesado un dolo inexistente y a agravar inmoderamente (sic) su responsabilidad. Se violaron las mismas disposiciones citadas inmediatamente antes.

"C). Dijo el auto de proceder acogido por la sentencia:

"Como anteriormente se dijera, se cometieron los delitos de homicidio y robo. El Homicidio se define y sanciona en el Código Penal en su Libro II, Título XV, Capítulo I, pero en este caso el homicidio se eleva a la categoria de asesinato; en cuanto al delito de robo lo sanciona y define el Código Penal en su Libro II, Título XVI, Capítulo I en relación con la ley 4a. de 1.943".

"Así quedó fijada la motivación del auto de proceder en cuanto a la calificación y modalidad del delito contra la propiedad.

"En la parte resolutiva, que fija la relación jurídico penal entre la justicia y el procesado, se insistió en la misma contradicción. Se le dió denominación jurídica de robo al hecho, pero al cumplir con el requisito del aparte 3o. del artículo 431 del C. de P. Penal, que prescribe darle calificación genérica, se le dió la que no le correspondia a la denominación jurídica dada.

"El delito de robo, corresponde al Capítulo II (Segundo) del Libro 2o. del Título XVI del C. Penal; y ocupa el lugar del antiguo artículo 402 derogado, el artículo 2o. de la ley 4a. de 1.943, que es la disposición vigente y la cual debia de haber aplicado la parte resolutiva del auto de proceder dentro de sus tesis.

"La parte resolutiva del auto de proceder, por lo tanto, hizo un llamamiento a juicio por el delito de hurto, que es el que se califica genèricamente en el Capítulo I del Libro II, Título XVI del C. Penal.

"Se ha dado, pues, una contradicción entre la denominación jurídica del hecho y la calificación genérica del mismo, pero como la

denominación se hizo en la parte motiva del enjuiciamento, y la calificación en la parte resolutiva del mismo, el procesado quedó llamado a juicio en cuanto al delito contra la propiedad, por el delito de hurto.

"Si posteriormente el cuestionario propuesto a los Jueces de conciencia hubiera contenido la pregunta del delito de hurto, no se habría atentado contra las garantías de defensa del procesado; pero como el veredicto se presentó bajo el contenido de un delito de robo, por el cual no fue llamado a juicio el procesado, se consumó la violación del artículo 26 de la C. Nacional, con idéntica violación del artículo 431 del C. de P. Penal en sus ordinales 2o. y 3o.; artículo 28 de la ley 4a. de 1.943 y demás pertinentes.

"Juzgamos que este cargo del aparte B) cae bajo la causal 4a. del artículo 567 del C. de P. P., porque contiene una contradicción entre la parte motiva y la parte resolutiva del auto de proceder, y entre la parte resolutiva del mismo y el cuestionario propuesto a los jueces de conciencia, y con el veredicto".

SE CONSIDERA:

En relación con el planteamiento que el actor hace en este tercer cargo con fundamento en la causal 4a., consistente en algunas contradicciones en que se incurrió en el auto de proceder, se observa lo siguiente:

Las repetidas y graves contradicciones jurídicas y de hecho, que según la demanda contiene la parte motiva del auto de proceder, realmente no existen sino en la mente del señor demandante, pues todos los argumentos que expone al respecto únicamente revelan la diferencia de apreciación entre el criterio de éste y el que se acoge en el auto de proceder con respecto a la estimación de la confesión del reo Murcia Gutiérrez, pues mientras para el actor esta confesión únicamente configura un homicidio de propósito y un delito de hurto, para el Juez que dictó el auto de proceder, en cambio, dicha confesión, interpretada de acuerdo con las otras pruebas del proceso, establecen que se trata de un homicidio agravado y un delito de robo. Esto con respecto a la contradicción que se anota en el punto marcado con la letra A.

En cuanto a la contradicción que se dice existe en la parte motiva del auto de proceder, en relación con los motivos del delito, no se deduce tampoco del contenido de esta providencia, ya que en ella únicamente se anota a este respecto que los móviles que impulsaron a cometerse el delito de homicidio (en la persona de Cuervo Naranjo), fueron los de robo y la venganza, móviles que perfectamente pudieron concurrir, sin que por ello pueda decirse que exista contradicción en relación con este asunto. Es indudable que el móvil del robo se deduce de la confesión hecha por el procesado cuando acepta que el reloj de pulso que se le encontró en su poder se lo quitó al occiso, así como con lo que se pudo comprobar en la diligencia del levantamiento del cadáver, en relación con el estado en que se encontró uno de los bolsillos del pantalón de éste, lo que demostraba que había sido requisado después de muerto. Con respecto al móvil de la venganza que pudo haber impulsado también al procesado para consumar el delito de homicidio, el reconocimiento de este otro móvil asimismo encuentra respaldo en lo manifestado por Murcia Gutiérrez a las autoridades que lo capturaron cuando explica que él había sido quien le había dado muerte (a Cuervo Naranjo), por rivalidad amorosa. Así mismo el móvil de venganza encuentra asidero en otras manifestaciones hechas por el reo en su indagatoria, sobre todo cuando explica que era perseguido por el occiso por haberle dicho a éste, días antes, cuál era su filiación política, la que según aquél, era contraria a la de Cuervo Naranjo. Por esto se dice en el auto de proceder que "si se aceptara en gracia de discusión, tal versión, habría que aceptar igualmente que éste no era el motivo que lo impulsara a obrar en contra de la vida del señor Jorge Cuervo Naranjo, pues no se vé razón que justifique la actuación del sindicado, cuyo único fin estaba encaminado a matar por matar, fue este su propósito y aquél el camino que la voluntad siguió hasta consumar el hecho".

Otra contradicción que el actor dice contiene el auto de proceder, consiste en que, tanto en la parte motiva como en la resolutiva se hace referencia al delito de "robo", pero en cambio, en ambas se cita el Capítulo I, del Título XVI del Libro II, que se refiere al delito de hurto. Aunque esta discordancia realmente existe en el auto de proceder, ella no

alcanza a constituír una nulidad sustancial que afecte el procedimiento, como lo considera el recurrente, por cuanto fácilmente se aprecia que, en este caso, se trata de una simple errata al citar el Capítulo I que se refiere al hurto y no el II del mismo título que es el que contiene lo referente al delito de "robo". En el auto de proceder al calificar el delito contra la propiedad cometido por el procesado, al apoderarse de un reloj de pulso que llevaba el occiso, tanto en la parte motiva como en la resolutiva, claramente se expresó que este acto constituía un delito de "robo", empleándose esta denominación, que fue la que se consideró adecuada, dada la naturaleza del hecho y como resultado de la estimación que se hizo de la confesión del procesado y de otras pruebas que obran en el proceso. En estas condiciones, no puede afirmarse que exista una duda fundada respecto a cuál fue el cargo genérico por el cual se llamó al procesada Murcia a juicio, con relación al delito contra la propiedad por él cometido en la persona del occiso.

Lo que el artículo 431 de C. de P. P. establece es que en la parte resolutiva del auto de proceder se llame a juicio por el delito o delitos que correspondan, determinándolos por la denominación genérica que les dè el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título, cuando éste no se divida en capitulos. Cada uno de los delitos que la ley penal sanciona, tiene, en el C. Penal, su definición y denominación propias que los distingue de los otros ilícitos, y que el código, por cuestión de mètodo, los agrupa e incluye en diversos títulos y capítulos. Así cuando, en el auto de proceder claramente se le da la denominación de"robo" al hecho por el cual se llama a juicio al sindicado, no puede haber duda o confusión sobre cuál es la imputación que se le hace y por la que habrá de defenderse en el plenario. Lo que importa ante todo, para saber con seguridad el cargo que se le formula al sindicado, es la denominación jurídica que se le dé al acto que se le imputa, la que debe corresponder a la empleada por el Código Penal. Lo que expresa la esencia y contenido de un acto ilicito es la descripción que el C. Penal hace de sus elementos constitutivos que quedan comprendidos dentro de la denominación jurídica que el mismo Código emplea, siendo secundaria, para este efecto, la inclusión en determinado capitulo o título, pues ésta es enteramente convencional y no revela de por sí los caracteres intrínsecos del delito.

En consecuencia, (cuando como sucede en este proceso), se incurre en una simple errata en la cita que en el auto de proceder se haga del capítulo o título dentro del cual está comprendido el delito por el que se llama a juicio, pero por otra parte, al delito se le da expresamente la denominación jurídica que corresponde a su verdadera naturaleza, determinándolo e individualizándolo de un modo inconfundible, no puede hablarse de una nulidad que afecte las formas sustanciales del juicio.

Por lo tanto, la irregularidad que anota el demandante en que se incurrió en el auto de proceder, no tiene la significación que le atribuye, pues èlla no establece realmente que al reo Murcia Gutièrrez se le juzgó en forma arbitraria, privándosele de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparezca ante la justicia, pues el cargo por el delito de "robo" que se le formuló en el auto de proceder y por el cual se le juzgò con intervención del jurado, y se le condenó en la sentencia recurrida, fue una imputación clara y precisa que a tiempo se le hizo conocer y de la que trató de defenderse en la audiencia, en la que fue asistido por su defensor.

No resulta, por lo tanto, exacta la afirmación hecha por el actor, de que exista una contradicción entre la denominación juridica y la calificación genèrica en relación al delito contra la propiedad, y que, en cuanto a este ilícito, en la parte resolutiva quedó el procesado llamado a juicio por el delito de hurto, pues en ambas partes del auto de proceder se mencionó expresamente el delito de "robo", aunque como se explicó, por un simple error de mecanografía, se citó el capítulo I del Título XVI del Libro II del Código Penal.

No puede prosperar, por lo tanto, la causal cuarta primeramente invocada.

Causal tercera. "Cuando la sentencia no estè en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o en desacuerdo con el veredicto del jurado".

El recurrente plantea el cargo que hace con fundamento en esta causal, en los términos siguientes:

"La sentencia impugnada condenó a Murcia Gutiérrez por el delito de robo que define y sanciona el artículo 2o. de la ley 4a. de 1.943, contenido dentro del Capítulo II del Libro II, Título XVI del C. Penal; pero el auto de proceder se fulminó bajo otro rubro penal distinto como el de hurto, que define y sanciona el artículo 1o. de la ley 4a. de 1.943, contenido dentro del Capítulo I del Libro II, Capítulo (sic) XVI del mismo Código".

Para fundamentar este cargo se principia por hacer referencia a la doctrina de esta Sala Penal, en la que se ha sostenido que en los juicios con intervención del jurado, no tiene aplicación la primera parte de dicha causal, es decir el desacuerdo de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, explicando que la razón de esta doctrina es que el veredicto es el fundamento de la sentencia, y no el auto de proceder, pues el reconocimiento de la responsabilidad del procesado queda al libre criterio de los jueces de conciencia, y si se llegara a reconocer la falta de consonancia alegada, entraría la Corte a juzgar como juez de derecho.

Después de esto, el actor anota que en este caso existe una situación especial, que consiste en que el cuestionario y el veredicto están en desacuerdo con la parte resolutiva del auto de proceder y que así la sentencia viene a estar en desacuerdo con los cargos formulados al procesado en el enjuiciamiento.

Con base en esto, y como es facil apreciarlo, el actor pretende formular bajo otro aspecto el último cargo hecho con fundamento en la causal 4a., partiendo naturalmente, del supuesto de que el procesado Murcia Gutiérrez se lo llamó a juicio por el delito de hurto, y no por el de robo, y que tanto el cuestionario como el veredicto y la sentencia quedaron en desacuerdo con el cargo formulado en la parte resolutiva del auto de proceder. Así, propone que la Corte, en ejercicio de la facultad que le confiere la letra a) del artículo 570, proceda a dictar el fallo correspondiente, condenando al procesado por el delito de hurto, que es el que considera fue el cometido, y no el de robo, por el cual fue condenado.

No obstante, el autor termina por reconocer que este cargo se resuelve mejor legalmente por la causal 4a. de casación, como ya lo ha propuesto.

SE CONSIDERA:

Aun cuando el mismo actor reconoce, que de acuerdo con doctrina acogida por esta Sala, no es procedente alegar con base en la causal 3a. de casación, en los juicios en que interviene el jurado, el desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, porque el fundamento inmediato de la sentencia en este caso es el veredicto, no osbtante, se atreve a proponer que la Corte dicte fallo condenando al procesado únicamente por el delito de hurto, con lo cual se desconocería el veredicto condenatorio proferido en relación con el delito contra la propiedad, ya que los jueces de conciencia declararon, en forma clara y terminante y en relación con este delito, responsable al procesado por el ilícito de "robo", al contestar afirmativamente el cuestionario que al respecto se le propuso.

Parte naturalmenre el actor, del errado supuesto de que el acusado Murcia Gutiérrez se le llamó a juicio en la parte resolutiva del auto de proceder, no por el delito de robo, sino por el de hurto, lo cual no es exacto, según se dejó analizado al estudiar el último cargo formulado con base en la causal 4a., primeramente alegada.

Existiendo en este proceso perfecto acuerdo entre la sentencia y el veredicto, como el mismo actor lo reconoce, resulta improcedente y antitécnico alegar la causal tercera de casación, la que, en los juicios en que interviene el jurado, solamente es viable cuando exista discrepancia entre la sentencia y la decisión del juri.

Por lo tanto, aun en el caso de que realmente existiera desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia, por haberse condenado al procesado por un delito distinto al que fue llamado a juicio, lo indicado y técnico habria sido alegar la causal cuarta, lo que efectivamente hizo el actor al proponer primeramente con invocación de esta causal, aunque sin éxito, el mismo cargo que ahora vuelve a plantear con fundamento en la causal tercera.

Por lo tanto, no prospera tampoco la causal tercera mencionada.

Causal primera. La última causal propuesta en la demanda para impugnar el fallo acusado, es la contenida en el numeral 1o. del artículo 567 del C. de P. P. que expresa: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Para fundamentar esta causal y con el objeto de demostrar que los hechos procesales solamente establecen que el sindicado Murcia Gutiérrez cometió los delitos de homicidio de simple propósito y de hurto, y no los de asesinato y robo por los cuales fue condenado, aplicándosele las penas correspondientes con que el Código Penal sanciona estos delitos, el actor intenta plantear de nuevo un debate probatorio acerca de la verdadera interpretación, que en su concepto, debe dársele a la confesión del procesado, por estimar que la apreciación que de esta prueba se hizo en el auto de proceder es completamente errada.

Así por ejemplo y en relación con el delito de homicidio expresa que: "Al condenarse al procesado por asesinato, se cometió un flagrante error de derecho, consistente en haberle dado a la confesión del procesado un valor probatorio que no tiene, y en haberle negado el que sí tiene, y por esta razón haberle imputado la comisión de la circunstancia de asesinato que contienen los ordinales 2o., 3o. y 5o. del artículo 363, sin que ninguna de ellas hubiera sido plenamente probada".

En relación con el delito de robo, por el cual también fue condenado el procesado Murcia Gutiérrez, el actor, para fundamentar el cargo que hace con invocación de la causal primera, destaca como argumento principal lo siguiente: "Al condenarlo por robo, la sentencia impugnada, patentizó el error de derecho sobre la apreciación de la confesión de Murcia, rechazando su sentido de veracidad en favor de éste, para imprimirle uno de incriminación, y sin resolver en favor del mismo cualquier duda invencible que se hubiera presentado".

Todas las demás argumentaciones para fundamentar esta causal, como lo hizo al tratar de demostrar los dos primeros cargos que propuso con fundamento en la causal cuarta, giran sobre la misma cuestión relacionada con la prueba de confesión del procesado, cuya interpretación pretende hacerla prevalecer el actor, sobre la apreciación que de dicha prueba se hizo en el auto de proceder.

SE CONSIDERA;

Como se ha visto anteriormente, el recurrente pretende sustentar esta causal, con fundamento en una crítica probatoria que solamente sería procedente dentro del ámbito de la causal segunda, pero no dentro de las otras causales, incurriendo así en una falta de técnica, pues cada una de las causales de casación tiene sus motivos propios, no siendo posible acudir, con el pretexto de fundamentar la causal que se invoca a motivo que son exclusivos de una causal distinta. Por otra parte, si tratándose de un juicio en que intervino el jurado, no podía el recurrente acudir a la causal segunda de casación, como se observó anteriormente al referirse a los dos primeros cargos propuestos con invocación de la causal cuarta, con menor razón podía hacer valer los motivos propios de aquella causal con invocación de una distinta.

Existe, por lo tanto, para no aceptar la prosperidad de la causal primera, las mismas razones que anteriormente se expusieron para rechazar los dos primeros cargos formulados con invocación de la causal cuarta, en donde también el demandante pretendió plantear un debate o crítica probatoria acerca de la confesión del procesado, acudiendo así al recurso de fundamentarla con motivos impropios de esta causal.

Por esto, en relación con dicha causal, atinadamente observa el señor colaborador Fiscal que: "La causal primera no está alegada expresamente en el caso como subsidiaria; y a pesar de lo prolijamente como la maneja y comenta el recurrente, no ofrece argumentos nuevos o autónomos, -ni tampoco técnicos-, que encuadren cabalmente dentro de ella. Es, prácticamente, una recolección general del haz argumental de la demanda presentado con la pretensión de forjar acusaciones nuevas".

No prospera, en consecuencia, la causal 1a. invocada como último recurso para impugnar el fallo acusado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo penal, quien solicita en su vista que se deseche el recurso propuesto, hace un estudio minucioso y acertado de las pruebas que sirvieron al a quo para dictar el auto de proceder, que fue el fundamento del veredicto y la sentencia, deteniéndose especialmente en el análisis de las diferentes manifestaciones hechas por el procesado en sus indagatorias y comparándolo con otras pruebas como la diligencia del levantamiento del cadáver, lo dicho por la testigo Rosa Emilia Hernández y por el Agente de la Policía Ruiz Mora, llegando a la conclusión de que no existe error en la denominación jurídica de las infracciones, ni en relación con el delito de homicidio cometido por el procesado en la persona de Cuervo Naranjo, ni tampoco con respecto al delito contra la propiedad, los que fueron debidamente calificados en el auto de proceder, como un homicidio agravado y como un delito de robo, no existiendo, por lo tanto, ninguna demostración de que realmente se hubiera incurrido en la causal de nulidad prevista en el ordinal 8o. del artículo 198 del C. de P. P., que el actor alega para fundamentar la causal cuarta de casación.

A este respecto, el señor colaborador Fiscal concluye: "El impugnador gira, inútilmente, alrededor de un círculo vicioso montado sobre la censura a un exceso de valoración de la confesión del condenado por parte del Tribunal y orientado a sembrar confusión en lo que respecta a los ilícitos de hurto y de robo.

"La violación del art. 26 de la C. N. no se evidencia: al procesado se le dieron todo género de garantías para su defensa y su enjuiciamiento, procesamiento y condena cumplieron con la plenitud de las formas legales".

En relación con la causal tercera de casación alegada, observa juiciosamente el señor Agente del Ministerio Público que: "La segunda causal que alega el impugnador es la 3a. contenida en el art. 567 del C. de P. P. Es curioso que el mismo acusador de la sentencia reconoce que, técnicamente, esta causal no encuadra para formular cargos a la providencia cuya casación pretende y que estos cargos se resuelven mejor legalmente por la causal 4a. y dentro de su ámbito propio".

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, a que se ha hecho referencia, y por la cual se condenó a Jorge Eleázar Murcia Gutiérrez, a la pena principal de dieciseis años de presidio, como responsable de los delitos de homicidio agravado y robo.

Cópiese, notifíquese, devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. Pioquinto León L., Secretario

HOMICIDIO. EL EXAMEN DE LA PRUEBA OBRANTE EN EL PROCESO NO PUEDE EMPRENDERLO LA SALA CON APOYO EN LA CAUSAL CUARTA, SINO EN LA SEGUNDA. DISCREPANCIA EN LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE LOS FALLADORES DE SEGUNDA INSTANCIA Y LA DEFENSA. SENTENCIA. CAUSAL QUINTA DE CASACION.

Un examen de la prueba obrante en el proceso a fin de establecer hasta qué punto el sentenciador de segundo grado incurrió o nó en extremo y evidente error al apreciarla, no lo podría emprender la Sala sino con apoyo en la causal segunda de casación, la que, por otra parte, como lo ha expresado la Corte en innumerables oportunidades, no procede invocar en juicios ventilados con intervención del Jurado, no solo por la razón primordial de que los Jueces de conciencia son absolutamente libres para apreciar, según su íntima convicción, las pruebas del proceso, sino porque ese análisis probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, evento que la ley no ha consagrado como causal de casación y cuyo estudio corresponde por modo exclusivo a las instancias.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, veintiseis de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por ALFONSO ORTEGA SOLORZANO contra la sentencia de fecha treinta de octubre de mil novecientos sesenta y uno, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al confirmar la de primer grado, lo condenó a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio, perpetrado en la persona de Eduardo Guerrero Sepúlveda.

ANTECEDENTES

La noche del dieciocho de julio de mil novecientos cincuenta y nueve se hallaban en la cantina denominada "Cabaña del Tío Tom", en la ciudad de San Andrés (Isla), Eduardo Guerrero Sepúlveda y Alfonso Ortega Solòrzano, además de otras personas. En un momento dado se encontraron estos dos sujetos, entre quienes parece que existían antecedentes de enemistad. Al preguntarle Guerrero Sepúlveda a Ortega Solórzano, "con voz imperiosa", "qué era lo que le pasaba, qué era lo que queria", según versión del procesado, éste le lanzó un puñetazo a la cara, sobreviniendo una breve lucha, de instantáneo desenlace, en en la cual ortega asestò a Guerrero con arma corto-punzante (cuchillo), las heridas de que dá cuenta la diligencia de necropsia visible a folio 38 del cuaderno número uno. Una de ellas, la "perforante pleuropulmonar izquierda", fue de carácter mortal. (f. 43, cuaderno citado).

La investigación de los hechos fué adelantada por el Alcalde Mayor del Municipio de San Andrés, funcionario que decretó la detenciòn preventiva de Ortega Solórzano en auto del 24 de julio de mil novecientos cincuenta y nueve. (fs. 40 a 42, Cd. 1o). La Alcaldía continuó actuando en las diligencias sumarias hasta el 28 de agosto del año citado, fecha en que dispuso el envío del expedinete al reparto de los Jueces Superiores de Cartagena, habièndole correspondido el conocimiento del asunto al Juez Primero Superior. Ortega designó como apoderado al doctor Antenor Barboza Avendaño (f. 51), quien, reconocido como tal, tomó posesión de su cargo (fs. 52 f. y vto.). Clausurada la investigación por auto del 21 de octubre del mismo año (f. 53), el respectivo Agente del Ministerio Público, al emitir el co-

rrespondiente concepto, consideró que en el informativo se hallaban plenamente demostrados el cuerpo del delito y la responsabilidad penal del procesado, razones por las cuales pidió que contra éste se abriera causa criminal, con intervención del Jurado.

El señor apoderado de Ortega Solórzano aprovechó la referida oportunidad para solicitar, después de exponer las razones que estimó conducentes, un sobreseimiento temporal en favor de su poderdante, a fin de que, reabierta la investigación, pudieran suplirse las deficiencias probatorias por él anotadas. Y concluye así el apoderado: "Pero si acaso el señor Juez, y considerándolo como una remota posibilidad, considera que hay mérito para dictar auto de proceder, lo dicte pero introduciendo la modalidad de la riña imprevista provocada por el occiso de conformidad con lo que establece el artículo 384 del Código Penal". (fs. 58 a 63).

Por no compartir el anterior criterio el Juez del conocimiento, descartando la hipótesis de la riña imprevista y en pleno acuerdo con su colaborador fiscal, mediante auto del diez de diciembre de 1.959, llamó a responder en juicio, con intervención del Jurado, a Alfonso Ortega Solórzano, (a) Carrasquel, por el delito de homicidio de que trata el Código Penal en el Capítulo 1o., Título XV del Libro II, perpetrado en la persona de Eduardo Guerrero. (fs. 64 a 68).

El auto de proceder fué notificado personalmente al procesado y a su defensor, quien en el momento de la notificación interpuso contra aquél, el recurso de apelación. El Tribunal Superior de Cartagena, de acuerdo también con el respectivo Agente del Ministerio Público, lo confirmó en providencia del diez de marzo de mil novecientos sesenta. (fs. 76 a 80).

Devuelto el proceso al Juzgado de origen se abrió el juicio a prueba por el término legal, oportunidad que la defensa aprovechó para pedir la práctica de algunas. Se obtuvo así, mediante juez comisionado, una ampliación de la autopsia de Eduardo Guerrero y la declaración de Alfonso Herrera. Según información secretarial que obra al folio 93 vto., no pudieron ser localizados los señores Rodolfo Domínguez y Qintana Almeida, cuyos testimonios también se había ordenado recibir.

El trámite del juicio continuó normalmente hasta su culminación. En el decurso de la audiencia pública el Ministerio Público pidió al Jurado una respuesta afirmativa de la responsabilidad penal del procesado; el defensor, en cambio, sostuvo la tesis de que Ortega, en el caso de autos, había obrado en legítima defensa de su vida.

Al fribunal popular se le formuló la siguiente pregunta:

"El procesado ALFONSO ORTEGA SOLORZANO conocido de autos, es responsable penalmente de haber dado muerte al señor Eduardo Guerrero Sepúlveda, mediante el empleo de arma cortante (cuchillo) y con el propósito de matar de conformidad con el auto de proceder, hecho que tuvo lugar el día 18 de julio en las horas de la noche en San Andrés (Isla) de esta jurisdicción?".

El Jurado, unanimemente, respondió: "Sí es responsable".

En desarrollo de ese veredicto, mediante sentencia del quince de febrero de mil novecientos sesenta y uno el Juzgado condenó a Alfonso Ortega Solórzano a la pena principal de ocho (8) años de presidio, fallo que el Tribunal, de acuerdo con el representante del Ministerio Público confirmó, como ya se dijo, en el suyo de fecha 30 de octubre del mismo año.

La sentencia de segundo grado contiene un detenido examen de la prueba que obra en el proceso, para concluir resumiendo su criterio sobre el caso **sub-judice** en los siguientes términos:

"El análisis hecho por el Tribunal en la providencia cuyos principales apartes se han transcrito, evidencia por modo pleno que el veredicto del Jurado no es contrario a la realidad procesal, a la evidencia de los hechos.

"De consiguiente, en el proceso obran, legalmante producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella".

LA DEMANDA DE CASACION

En la demanda, que presentó un distinguido abogado, se acusa la sentencia del Tribunal con fundamento en la causal cuarta de casación.

La causal, en esencia, se sustenta a través de un fragmentario examen de los elementos de juicio que obran en el proceso, con el fin de demostrar que ellos insinúan la hipótesis de que el homicida actuó en legítima defensa, lo que no pudo demostrarse en las instancias debido a las deficiencias de la investigación. Sintetiza así el impugnador su pensamiento sobre el particular: "Sería supérfluo aducir más razones para acreditar que la ausencia de elementos de prueba que era forzoso producir en la etapa sumarial, impedía una clara percepción de lo ocurrido y por consiguiente construir sobre tan deleznable base una sentencia condenatoria, cuando, ni siquiera se podía calificar acertadamente el sumario". A lo cual, después de insistir con largueza en torno al tema central de la acusación, agrega que la sentencia recurrida no se ciñe a las pautas señaladas en el artículo 159 del C. de P. P.

Con apoyo en todo lo anterior solicita el demandante que se case la sentencia acusada, "por estar el fallo afectado de nulidad de carácter constitucional por haberse violado el derecho de defensa en primer término y por no haberse tenido en cuenta formalidades propias de la sentencia, que tienen una juiciosa razón de ser, por el señor Juez a-quo, lo que hacía que sobre ella, no pudiera producirse el Tribunal de Cartagena y menos confirmando una sentencia condenatoria apelada. En su lugar, debe decretarse la nulidad a partir del auto que declarò CERRADA LA INVESTIGACION, a fin de hacer un último esfuerzo de investigación en el término de veinte días de diligenciamiento por no haber preso y entonces sí, proceder a la calificación del sumario y dar principio a la etapa de la causa".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de acuerdo con el actor, considera que la investigación fué defectuosa, en el sentido de que al procesado no se le brindó la oportunidad de demostrar situaciones de hecho que hubieran podido serle favorables.

"En esta forma, -dice el Procurador- no se dió al sindicado la posibilidad amplia, completa, de poner al servicio de sus intereses defensivos los medios que legalmente le eran concedidos y se ubicó su situación frente a la justicia con un aminoramiento de demostración de situaciones que han podido serle favorables.

"Es Interesante anotar -agrega- que la norma constitucional en su art. 26 implica la dación de todas las garantías de defensa que permiten asegurar que una persona ha sido oída y vencida dentro de un juicio sometido al cumplimiento de las formalidades legales, y que si ello no acontece los intereses de las partes dentro del proceso penal sufren grave mella ya que, por un lado, la sociedad que está en la obligación de sancionar tiene asímismo la de evidenciar una verdad pero, permitiendo el libre juego de la actividad defensiva del procesado".

En cuanto al segundo motivo de impugnación, expresa el Señor colaborador fiscal:

"El otro aspecto por el cual propone la nulidad el distinguido recurrente se afinca especialmente sobre el art. 159 del C. de P. P., el cual, a su turno, tiene repercusión en la causal 5a. del art. 567 de la misma obra que dice:,..... 5o. Cuando en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados'. (Causal de Casación).

"No puede considerarse, propiamente, la alegación producida en la demanda, como incidente en el aspecto de nulidad supralegal. Su postulación, alegación y demostración han debido intentarse por intermedio de la causal quinta que anteriormente se comentó, y sometida a los requisitos y exigencias que su propia prosperidad exige. Hay, pues, una absoluta falta de técnica al tratar de hacer operar el art. 159 de la norma procesal de la manera como lo hace el demandante".

Y concluye la Procuraduría: "Teniendo este Despacho como suficientemente demostrada la causal 4a. propuesta, es el caso de solicitar a la H. Corte quese proceda de acuerdo con el ord. b) del art. 570 del C. de P. P.".

SE CONSIDERA:

Se advierte con suma claridad que se ha querido demostrar la causal cuarta de casación con fundamento en situaciones de hecho que insiden en la responsabilidad del procesado y que, por lo mismo, implicarían un exámen de la prueba obrante en el proceso, a fin d

establecer hasta qué punto el sentenciador de segundo grado incurrió o no en extremo y evidente error al apreciarla.

Tal examen no lo podría emprender la Sala sino con apoyo en la causal segunda de casación, la que, por otra parte, como lo ha expresado la Corte en innumerables oportunidades, no procede invocar en juicios ventilados con intervención del jurado, no sólo por la razón primordial de que los jueces de conciencia son absolutamente libres para apreciar, según su íntima convicción, las pruebas del proceso, sino porque ese análisis probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, evento que la ley no ha consagrado como causal de casación y cuyo estudio corresponde por modo exclusivo a las instancias.

"El juez de derecho -en los juicios por jurado- ha dicho también esta Sala repetidamente, sólo tiene la facultad para interpretar y desarrollar el veredicto de acuerdo con la calificación que el tribunal de conciencia dé a los hechos, acomoda su decisiòn a los tèrminos de la ley penal. Si el veredicto no es contrario a la evidencia de los hechos procesales, la misiòn del juez debe ser la de aplicar la ley escogiendo la pena correspondiente a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; sólo cuando la decisiòn del jurado no se atempera a la realidad procesal, puede ejercer la facultad y el derecho de declararlo contrario a la evidencia de los hechos y, por consiguiente, ordenar la convocatoria de nuevo jurado".

La sentencia acusada, al estudiar y valorar la prueba, dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

"Procede analizar ahora la indagatoria del sindicado. Este depone así: "..... y con agresiones casi para mi persona, entonces yo le tiré un puñetazo en la cara luego vino el cuerpo a cuerpo el señor Eduardo Guerrero me cogió por la garganta, fue cuando yo hice uso del arma y lo herí por dos veces con arma Blanca". (folio 25). En la ampliación de la indagatoria declara sustancialmente lo mismo y casi con idènticas palabras. (folio 29). No asevera, pues, el procesado que Eduardo Guerrero lo agrediera, sino que le interceptó el paso, preguntándole "con voz imperiosa" qué era lo qué le pasaba, qué era lo que quería fue entonces cuando el sindicado le lanzó un puñetazo a la cara. Fue, por tanto, el procesado quien inició la agresión propiamente dicha atacando a Guerrero, de quien el propio sindicado no dice que portara arma ni lo amenazara con ella. De donde se sigue que queda palmariamente descartada la posibilidad de que el procesado, al agredir a Guerrero, procediera en legítima defensa de su vida, o de que le diera muerte en riña imprevista, vale decir, en riña provocada por la víctima.....".

Encontró, pues, el Tribunal que el veredicto del jurado consultaba la realidad procesal, y por ello precisamente no hizo uso de la atribución que le confiere el artículo 554 del C. de P. P., sino que, por el contrario, confirmó la sentencia de primer grado.

Lo que se desprende de las páginas de este proceso, como con toda claridad se advierte a través del circunstanciado relato de la actuación, es una discrepancia, referente a la prueba de la responsabilidad, entre los falladores de instancia y la defensa, discrepancia asaz común, por lo demás, que no puede utilizarse, al amparo de la causal cuarta de casación, para estructurar sobre ella una nulidad constitucional.

Al procesado se le juzgó observando la plenitud de las formas propias del juicio. Y en todo momento estuvo asistido por apoderado o defensor, quienes desempeñaron su delicado encargo con plausible celo.

Resta decir que si bien el fallo acusado no se ajusta sacramentalmente a las pautas señaladas en el artículo 159 del C. de P. P., sí contiene las premisas fundamentales de una sentencia, de las cuales fluye, con lógica irreprochable, la decisión adoptada. Por lo demàs, como lo apunta el señor Procurador, se trata de un cargo propio de la causal quinta, no invocada por el recurrente, y cuyo resultado, en los casos en que se esgrime con èxito, es distinto al que se obtiene cuando prospera la cuarta.

En resumen, no se halla justificada la causal propuesta.

DECISION:

Por lo expueso, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal, oído el concepto de Minis-

terio Público y administrando justicia en nombre de República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Cartagena.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuelvase el proceso.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León. L., Secretario.

NULIDADES DE CARACTER CONSTITUCIONAL.

Es cierto que la Sala ha aceptado que aparte de las nulidades taxativamente enumeradas en los arts. 198 y 199 del C. de P.P., pueden existir otras que se han llamado sustanciales o constitucionales porque violan el art. 26 de la Carta. Pero estas últimas solamente se han admitido en casos excepcionales cuando la irregularidad u omisión en que se ha incurrido es tan grave que quebranta las bases mismas de la organización judicial o desconocen completamente las garantías que la Carta consagra para los ciudadanos que comparecen ante la justicia, o perjudican notablemente a otra de las personas que interviene en el proceso. Es decir, cuando la anomalía procesal decisivamente influye en el desenlace de la acción penal y causa un daño evidente a quien alega la nulidad.

Lo esencial e importante en relación con la garantía de la defensa formal que el art. 26 de la Carta le otorga a toda persona que tiene que comparecer ante la justicia penal es que ella real y efectivamente sea asistida en la causa por un abogado, bien sea elegido libremente por el propio acusado o nombrado como defensor de oficio por el Juez del conocimiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de 24 de febrero de 1.962, confirmó en todas sus partes la del 9 de abril del mismo año por medio de la cual el Juzgado 4o. Superior de dicha ciudad condenó a HERNANDO CASTRILLON SIERRA, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de ocho años de presidio, y a las accesorias correspondientes, según hechos ocurridos en la zona urbana de la misma ciudad de Medellín, el día 19 de mayo de 1.957 y en los cuales perdió la vida el señor Bernardo Restrepo Angel.

Contra el fallo del Tribunal el defensor del acusado oportunamente interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual se procede a decidir, toda vez que se encuentran agotados los trámites de rigor.

HECHOS Y ACTUACION

Para los efectos que habràn de tenerse en cuenta para el estudio de la causal invocada, es suficiente el resumen que de los hechos que dieron origen a este procesó, hace el Juez que calificó el mèrito del sumario y que el demandante acoge, los que quedaron relatados en la forma siguiente:

"El diez y nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, en el café denominado Bola Roja, sitio en la Avenida Primero de Mayo, entre carreras Palacé y Junín, de la nomenclatura de esta ciudad, se hallaban varios individuos libando licor desde la noche anterior, y vivando diversos partidos políticos. A eso de las cinco de la mañana, Hernando Castrillón y amigos, se disgustaron porque uno de los presentes profirió un viva a su partido, contrario al de aquéllos, e intentaban "lincharlo", habiéndoselos impedido un chofer que ocasionalmente pasaba por allí. Terció en la discusión Bernardo Restrepo Angel para respaldar a su colega, haciendo correr a Castrillón quien, cesada la persecución, regresó, revolver en mano, averiguando dónde estaba "ese hijueputa". Restrepo, que se había entrado al Restaurante "El Crillón", vecino del "Bola Roja", salió a hacerle frente,

no obstante las condiciones de inferioridad en que se encontraba, dado que no portaba arma alguna; trabados en lucha, Castrillón disparó su revólver por dos ocasiones contra Restrepo, y éste a su vez logró desarmarlo y a pesar de estar gravemente herido, lo accionó igualmente por dos veces, hiriéndolo en el labio y espalda respectivamente. Restrepo murió tres días después a consecuencia de la lesión que recibió en el abdómen, de naturaleza mortal, y Castrillón fue hospitalizado".

Conviene agregar al anterior relato, que el 24 del mismo mes de mayo falleció en el Hospital San Vicente de Paul, en Medellín, Bernardo Restrepo, por causa de la herida del hipogastrio, penetrante de la cabidad peritoneal y que de acuerdo con los peritos médicos perforó por tres ocasiones el mesenterio y por nueve el intestino delgado; para irse alojar finalmente el proyectil, en el fondo del saco de Douglas de donde lo extrajeron los peritos.

El Juzgado del conocimiento, al calificar el mérito del sumario, en providencia de 27 de enero de 1.959 sobreseyó definitivamente en favor de Castrillón Sierra por el cargo de homicidio.

El Tribunal Superior de Medellín, al revisar, por consulta, la anterior providencia, la revocó y en su lugar dispuso llamar a juicio, con intervención del jurado, al acusado Castrillón Sierra por el homicidio de propósito cometido en la persona de Bernardo Restrepo Angel.

Como el sindicado estaba disfrutando del beneficio de libertad provisional bajo fianza, beneficio que fue cancelado por el Tribunal, el Juzgado del conocimiento conminó al fiador para que presentara al procesado, pero como aquél no cumplió esta exigencia lo declaró incurso en la sanción de $ 200.oo moneda legal, que se había dado cómo garantía para disfrutar del beneficio de libertad.

El sindicado dirigió un memorial presentado personalmente ante un Inspector de Policía al Juez del conocimiento, manifestando que nombraba como su apoderado para que lo representara en la causa al abogado doctor J. Antonio Rico, solicitando que se reconociera a éste como tal.

El Juez 4o. Superior de Medellín, por auto del 16 de noviembre de 1.956 se negó a acceder a lo petición formulada por el procesado en dicho memorial.

Al acusado se le emplazó en la forma ordenada por la ley. Por auto de 5 de junio de de 1.961, el mismo juzgado declaró al procesado como ausente, designándole defensor de oficio al abogado doctor Jaime Girardo Serna, quien intervino como tal en la primera instancia, participando en la audiencia pública, en donde hizo la defensa del sindicado en una en forma amplia. En la segunda instancia asumió la defensa, también como defensor de oficio, el doctor Heli Mejía Gómez, quien presentó ante el Tribunal un alegato solicitando la declaratoria de nulidad del proceso, fundándose en que el miembro del jurado Alonso Vásquez Vásquez, había sido irregularmente reemplazado, habiendo sido sorteado el señor José Arango Vélez en su remplazo, quien intervino en la audiencia pública con los otros dos jurados designados en la primera diligencia del sorteo.

La mayoría del jurado contestó afirmativamente el cuestionario que se le propuso, de acuerdo con el auto de proceder, en relación con la muerte ocasionada al señor Bernardo Restrepo Angel, declarando, por lo tanto, al sindicado como responsable de homicidio.

En desarrollo del veredicto proferido por los jueces de conciencia el Juzgado 4o. Superior profirió lo sentencia de 9 de abril de 1.962, la que fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Medellín, por medio del fallo que ha sido impugnado de casación.

DEMANDA DE CASACION

La demanda para sustentar el recurso de casación fue presentada oportunamente por el abogado doctor Luis Eduardo Mejía Jiménez en ejercicio del poder que le otorgó el sindicado. El libelo reúne los requisitos formales exigidos por el artículo 531 del Código Judicial, y en él invoca únicamente la causal 4a. de casación, con fundamento en la cual se formulan dos cargos encaminados a demostrar que se ha quebrantado el artículo 26 de la Carta, incurriéndose así en el proceso en nulidades de carácter constitucional.

El primer cargo consiste en el hecho de que el juzgado le desconoció al reo el derecho de

nombrar su propio defensor, al no aceptar como tal al doctor J. Antonio Rico, para que lo representara en el juicio, y a quien el sindicado le confirió poder en memorial dirigido al juzgado, pero presentado personalmente ante otra autoridad. El segundo cargo lo fundamenta en el hecho de haber sido reemplazado irregularmente, en el cargo de jurado el Sr. Alonso Vásquez Vásquez, quien inicialmente resultò sorteado para desempeñar dicho cargo.

Primer cargo. Se enuncia en los siguientes tèrminos: "Violación de lo dispuesto en los arts. 432 y 433 del Código de Procedimiento Penal, en relación con lo prescrito en el art. 26 de la Constitución Nacional".

Con el propósito de fundamentar este primer cargo el demandante expresa lo siguiente:

"a). Del contexto del artículo 432 del C. de P. P., que bien puede relacionarse con sus concordantes para su mejor entendimiento, se desprende que la facultad reconocida al procesado para nombrar por sí mismo el llamado "defensor de confianza", es decir, el no impuesto, sino escogido libremente por el mismo procesado, se entiende o debe interpretar como un "derecho" inviolable suyo.

"Lo cual no obsta para que, si el procesado no puede o no quiere nombrar defensor, ejercitando tal "derecho", se lo nombre el órgano de justicia.

"b). Bien entendido, el texto del artículo 433 del C. de P. P. no deroga, no destruye ese principio general. Se limita a regular lo que debe hacerse cuando al procesado no se halla o localiza, bien sea que se le requiera para detenerlo, bien sea que se le haya reconocido el derecho a no ser puesto en detención.

"c). Se concilian el interès público de adelantar la causa hasta su terminación, sin que puedai nterferir el curso de la misma la ausencia del procesado, con el interés, llamémoslo personal, aunque bien se es más de eso, de que ningún proceso penal se adelanta sin defensor del acusado.

"d). Pero esta conciliación de intereses no puede conducir al desconocimiento del derecho del acusado a nombrar él su defensor, a hacer el nombramiento de confianza, con el pretexto de que ha esquivado o está esquivando la detención que, en su contra, haya sido decretada.

"d). Si el sentido de la frase "se le nombrará defensor de oficio", fuera tan absoluto como se pretende, también en los casos en que, por las circunstancias, no hay lugar a la detención del encausado, sería lógico predicar que, por el hecho de no presentarse o ausentarse o no dejarse localizar, el nombramiento que hiciera de defensor, no podría aceptarse, con todo y no estar esquivando un auto de detenciòn inexistente.

"e). En otros términos, la norma que se analiza, no expresa ni significa que el nombramiento de defensor de oficio, constituye una sanción contra el acusado, por el (sic) circunstancia, reputada pecaminosa o burlona o "sofisma", de no correr él mismo a colocarse en detención, de no allanarse a èsta.

"Expresa la norma, simplemente, lo que deba hacerse para que el proceso no se paralice y para que el derecho de defensa pueda obrar. Pero dejando a salvo la facultad del procesado para hacer él su nombramiento de confianza.

"f). Paralelamente a lo dicho, algo semejante puede comentarse, acerca de la perfecta "relevancia" jurídico procesal de la manifestación que haga el procesado de conocer los cargos y darse por notificado del auto de proceder.

"Porque (argumentando sucintamente), lo que interesa a la ley y reclaman la justicia y la equidad no es que un ciudadano comparezca a una oficina a oir leer la buena o mala literatura jurídica llamada "auto de proceder", sino que tenga conciencia, conocimiento racional de la calidad de los cargos que la justicia le hace, para que se defienda o ejercite su derecho de hacer nombramiento de confianza.

"Que, si se equivoca o yerra respecto al alcance o proyección de los cargos, para eso, precisamente, ha buscado persona de su confianza, que pueda y sepa defenderlo eficazmente".

El actor después de exponer otros argumentos de menor importancia, cita alguna jurisprudencia de la Corte que considera aplicable

al caso y concluye su argumentación en los siguientes tèrminos:

"j). El artículo 26 de la Constitución Nacional exige, entre otras cosas, que el juzgamiento por causa de delitos se cumpla observando la plenitud de formas propias del juicio.

"Y forma del juicio por homicidio o por cualquier otro delito, es, conforme a la doctrina jurídica, la que garantice adecuadamente el "derecho" del procesado a nombrar defensor de confianza. Es un derecho fundamental y básico tan irrecusable, que sobra, en mi concepto, abundar en argumentos y cita de doctrinas.

"Conclusión:

"El juicio aparece viciado fundamentalmente; y la actuación correlativa anulable. No ciertamente por ministerio de lo previsto en el capítulo sobre nulidades (arts. 198 y ss) del C. de P. P., sino en razón de haberse desconocido o violado una garantía más alta y trascendente: lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta".

SE CONSIDERA:

Es cierto que la Sala ha aceptado que aparte de las nulidades taxativamente numeradas en los arts. 198 y 199 del C. de P. P., pueden existir otras que se han llamado sustanciales o constitucionales porque violan el artículo 26 de la Carta. Pero estas últimas solamente se han admitido en casos excepcionales, cuando la irregularidad u omisión en que se ha incurrido es tan grave que quebranta las bases mismas de la organización judicial o desconocen completamente las garantías que la Carta consagra para los ciudadanos que comparecen ante la justicia, o perjudican notablemente a otra de las personas que interviene en el proceso. Es decir, cuando la anomalía procesal decisivamente influye en el desenlace de la acción penal y causa un daño evidente a quien alega la nulidad.

Lo esencial e importante en relación con la garantía de la defensa formal que el artículo 26 de la Carta le otorga a toda persona que tiene que comparecer ante la justicia penal es que ella real y efectivamente sea asistida en la causa por un abogado, bien sea elegido libremente por el propio acusado, o nombrado como defensor de oficio por el juez del conocimiento.

Aun cuando es cierto que el nombramiento de defensor que el sindicado Castrillón Sierra hizo en el doctor J. Antonio Rico fue rechazado por el juzgado, esto no significa que aquél hubiera carecido de la garantía del derecho de defensa en juicio, porque después de haberlo emplazado y declarado reo ausente, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 433 del C. de P. P., le designò como defensor de oficio al doctor Jaime Giraldo Serna, abogado que actuò en forma diligente en la audiencia pública, en donde sostuvo la veracidad de los testigos criticados por el señor fiscal, alegando que la muerte de Restrepo Angel se debió a un caso fortuito y que el procesado obró en ejercicio del derecho de legítima defensa de su vida, terminando por solicitar a los señores jueces de conciencia que reconocieran estas situaciones que excluían toda responsabilidad por parte de su defendido. Posteriormente este abogado fue reemplazado por el reconocido penalista doctor Helí Mejía Gómez, quien también fue nombrado como defensor de oficio por el Tribunal y actuó en la segunda instancia alegando en favor de la causa del procesado. El propio señor demandante califica a los dos abogados que intervinieron como defensores de oficio del procesado Castrillón, en las dos instancias del juicio, como "notables juristas", reconociendo también que actuaron en defensa del procesado con "laudable acuciosidad".

En estas condiciones no puede sostenerse seriamente que el proceso esté viciado de nulidad sustancial por "haberse desconocido o violado" la garantia del derecho de defensa contenido en el art. 26 de la Carta, por cuanto el sindicado Castrillón Sierra, real y efectivamente fue asistido en las instancias del juicio de modo conveniente por los dos distinguidos profesionales que actuaron como defensores de oficio. No se ve, por lo tanto, cuál fue el daño evidente que sufrió el procesado por el hecho de haberse rechazado el nombramiento que éste hizo de defensor, designando para tal cargo al doctor J. Antonio Rico. Aunque este abogado tambièn es un distinguido profesional, jurista de "notables y subidos quilates", segùn lo expresa el actor, esto no es suficiente para dar por establecido

que su actuación como defensor hubiera sido más eficaz en sus resultados que la lograda por los "notables juristas" que actuaron como defensores de oficio con la "laudable acuciosidad" que les reconoce el mismo demandante.

Puede ser discutible la legalidad de la providencia en que el juez de la causa no accedió a reconocer al doctor Rico como defensor del procesado, pero habiendo quedado esta providencia en firme, por no haber sido oportunamente impugnada en las instancias, no puede ahora en casación reabrirse un debate sobre esta cuestión que, por otra parte, a nada práctico conduciría, por cuanto como se ha visto, el procesado sí fue asistido en su defensa de un modo satisfactorio y adecuado quedando así en cierto modo subsanada la irregularidad en que pudo haberse incurrido al rechazarse el nombramiento de aquel profesional.

No prospera, por lo tanto, el primer cargo formulado con invocación de la causal 4a.

Segundo cargo. "Violación de lo dispuesto en los artículos 517 del C. de P. P. y 26 de la constitución".

Este cargo consiste, según el actor, en el hecho de haberse reemplazado al jurado doctor Alonso Vásquez Vásquez por el señor José Arango Vélez, sin que hubiera cumplido con el requisito establecido por el artículo 517 del C. de P. P., de dejar en el expediente la constancia de las diligencias necesarias que debieron haberse practicado para notificar a aquél su designación como jurado. En concepto del actor, no solamente no se dejó dicha constancia en el expediente, sino que hubo de parte del empleado encargado de practicarla máxima negligencia en buscar a dicho jurado, porque siendo persona muy conocida en Medellín, no era explicable que informara que no se lo había podido localizar, para poderle correr el traslado respectivo.

Con el objeto de demostar este cargo el actor argumenta lo siguiente:

"c). Bien entendido, de consiguiente, el texto que acaba de citarse, exige el cumplimiento de dos condiciones para que resulte procedente y válida la diligencia de reemplazo del jurado que no se encuentra: 1a., que se hayan verificado **todas** las actividades **necesarias** para localizar al jurado; 2a., que de tales actividades (diligencias), se deje "constancia en el expediente".

"b). ¿A qué efecto esto último? La norma resulta esencialmente finalista. A mi entender, para dos fines: para que el órgano de justicia pueda verificar, llegado el caso, la **exactitud** del informe secretarial y valorar y decidir en conformidad; también para que las partes cumplan su función de contralores al respecto. Y, como consecuencia, para que, conocida la inexactitud del informe o su inadecuada valoración, se procesa a sanear o reponer lo que resulte conducente.

"e). En el caso concreto que se comenta, dos cosas resaltan vivamente: de una parte, la **omisión** en hacerse constar, como debía hacerlo la Secretaría del Juzgado, "las diligencias **necesarias**"; de otra parte, que no existieron tales "diligencias", y se procedió negligentemente.

"f). Lo primero es manifiesto en los autos; y lo segundo lo demostró superabundantemente mi distinguido antecesor en la defensa, el doctor Mejía Gómez, con los certificados que allegó a los autos, del Secretario del Juzgado Quinto Superior de Medellín, fechado el 23 de julio de 1.962 y del Dr. Alonso Velásquez Velásquez (sic), del 24 de los mismos, a la sazón Juez Superior de Aduanas en Medellín.

"g). De tales certificados se desprende nítidamente que el Dr. Vásquez era y es persona conocidísima en Medellín; que habría sido fácil, no ya con suma ni con mediana diligencia, sino con la mínima exigible, dar con su paradero; y, en resumen, que se actuó con la máxima negligencia posible en cuestión tan delicada y trascendental.

"h). "No se diga -anoto ahora con palabras del Dr. Mejía Gómez-, que esto es cosa de poca monta, porque en los juicios por Jurado el procesado adquiere el derecho, con la ayuda del factor suerte, a que se le juzgue por el Jurado inicialmente designado, y si es cierto que la ley consagra la posibilidad de efecfuar sorteos parciales para reemplazar a los jurados a quienes no se encontrare no lo es menos que de esa facultad ha de hacerse uso con sumas moderación y prudencia, luego de agotar como la ley misma lo ordena

las diligencias necesarias enderezadas a la notificación de la designación al Jurado electo".

"i). Efectivamente, puede y debe reemplazarse al Jurado que no se encuentra; mas, ¿cómo puede hallarse la persona que no ha sido buscada?

"Si no hay busca, no hay hallazgo; y si no hay hallazgo por la no busca, la lógica manda que no se concluya no hallazgo, sino, simplemente, no busca.

"j). De todo lo anterior se desprende que fue irregular, improcedente, indebido, ilegal el reemplazo del doctor Alonso Velásquez Velásquez por el señor José Arango Vélez.

"k). No parecen necesarias extensas dilucidaciones, para demostrar o mostrar que los requisitos contemplados en la ley procesal (art. 527 y concordantes) para el reemplazo de los jueces de hecho, constituyen, por finalidad trascendente (sic), formas propias del juicio, cuyo cumplimiento es indispensable para la validez del mismo.

"Claro está que, dentro de la eventualidad propia de todos los procesos, unas formas van subsumiéndose en otras, y muchas irregularidades o causales de anulación van subsanándose.

"Mas no puede afirmase que ello hubiera ocurrido en el caso del proceso.

"Conclusión:

"La violación directa, o la interpretación defectuosa de lo prescrito en el artículo 517 del C. de P. P. implica, en el caso, incumplimiento de una forma propia del juicio con manifiesta proyección sobre lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Luego procede la anulación de la parte pertinente de lo actuado, como consecuencia de la demostración de que el juicio está viciado. Advierto que empleo la palabra anulación, con referencia a la etimología del término "casación" (baj. latín: casari, anular").

REPLICA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal al referirse a este cargo replica con razón lo siguiente:

El art. 517 del C. de P. P., establece: "si practicadas las diligencias necesarias para la notificación de la designación, de lo cual quedará constancia en el expediente, o se encontrare (sic) alguno de los jurados, el Juez ordenará un sorteo parcial para reemplazarlo". Si bien esta norma exige se deje constancia en el expediente de que fueron "practicadas las diligencias necesarias para la notificación de la designación" del jurado, no por ello debe interpretarse en el sentido de que es absolutamente obligatorio consignar con exactitud cronológica y fidelidad irrecusable todos los actos, gestiones y diligencias verificadas para lograr la notificacion del jurado.

"La ley no obliga a tanto; entre otras cosas porque debe presumirse la honradez, honorabilidad y acuciosidad de sus funcionarios, por lo cual basta y es suficiente la escueta afirmación de que se practicaron las diligencias tendientes a la localización del jurado para notificarlo de su designación o, como en el caso de autos, afirmar que no se ha podido ser localizado ni le han sabido dar razón de él, para que la justicia crea razonablemente cumplidos y llenados los presupuestos del art. 517 del C. de. P. P. Otra cosa es que se establezca con pruebas positivas y fehacientes que tales diligencias no se cumplieron en la realidad, lo cual, fuera de constituir irregularidades de forma que pueden derivar hacia sanciones de índole administrativa como consecuencia de la abulia o irresponsabilidad del empleado encargado de efectuarlas, no incide, en manera alguna, como factor determinante capaz de ser erigido en nulidad, ya que no significa una preterm ición de formalidad sustancial en el proceso que púeda afectar o a lo menos constreñir el derecho de defensa del reo.

"Demostrado en autos que la constancia se consignó (fl. 210 vto. C. P.), esta Procuraduría basada especialmente en el criterio de que aún el supuesto de que si tal omisión se hubiera presentado ella no constituiría elemento perturbador de la acción defensiva del procesado, estima que el cargo debe ser rechazado".

Se contesta:

La Sala comparte el concepto expresado al respecto en relación con este segundo cargo por el señor Agente del Ministerio Público, pues con-

sidera que la irregularidad anotada en él no puede tener el alcance que le pretende dar el distinguido abogado demandante de originar una nulidad constitucional que afecte el procedimiento, ya que ella no entraña el desconocimiento de las garantías fundamentales que la Carta le otorga al procesado.

En efecto:

El informe rendido al Juez del conocimiento, al parecer por el empleado citador, en relación con el Jurado doctor Alonso Vásquez Vàsquez, es el siguiente:

"Señor Juez: le informo que el jurado de nombre Alonso Vásquez no se ha podido localizar, pues se ignora la dirección para poder correr el traslado respectivo; además no me han sabido dar razón de él. Medellín enero 16/61".

Es cierto que en dicho informe, como puede apreciarse, no se detallaron las diligencias necesarias que debieron practicarse para notificar al doctor Vásquez su elección como miembro del jurado de conciencia, pero esta omisión o irregularidad no alcanza a dar origen a una nulidad, pues la omisión de este requisito no está erigida por la ley como causal de invalidación del procedimiento, ni menos puede constituír una nulidad de carácter sustancial, como lo pretende el actor, pues no parece que con élla se hubieran recortado las garantías constitucionales del proceso y que fuera la causa del resultado adverso que se trata de corregir.

Era natural que el Juez se atuviera al informe de su subalterno y considerara que èste había realizado las gestiones necesarias para buscar al Jurado doctor Vásquez, pero como según dicho informe, no fue encontrado para notificarle su elección, el Juzgado, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo citado, procedió a efectuar el sorteo parcial de nuevo Jurado que debía reemplazar al que no había sido encontrado. Pero si el empleado encargado de practicar las diligencias necesarias para hacer la notificación al doctor Vàsquez realmente obró con negligencia, como lo afirma el actor, la conducta de dicho empleado solamente podía dar origen a una sanción disciplinaria, pero de ningún modo determinar una nulidad de carácter constitucional, pues ella no significaba el quebrantamiento de una formalidad sustancial que afectara el derecho de defensa del procesado.

Por lo tanto, no puede sostenerse con fundamento que la irregularidad en que se incurrió por parte del empleado subalterno del Juzgado, en cuanto a las gestiones que debió practicar para notificar al Jurado doctor Vásquez su nombramiento, sea motivo suficiente para invalidar la mayor parte de lo actuado en este proceso, remedio extremo que no puede adoptarse sino en casos excepcionales en que se compruebe que la informalidad, omisión o deficiencia procesal fue de tal importancia que influyó decisivamente en el resultado de la acción penal en perjuicio del reo. Pero como no se trata de una irregularidad de esta naturaleza, sino de una simple informalidad sin trascendencia, ella no puede originar ninguna nulidad procesal.

El yerro en que se incurrió por parte del Juzgado al ordenar el reemplazo del Jurado que no había sido encontrado, denominándolo en el auto de 16 de enero de 1.962 (fl. 211) con el nombre de Alfonso Vásquez Vàsquez, en lugar de Alonso Vásquez Vásquez, error en que también se incurrió en la diligencia de sorteo, no tiene la significación que le pretende atribuir el actor, por cuanto claramente aparece que se trata de una simple errata o yerro mecanográfico con respecto al nombre del Jurado que se trataba de reemplazar. Lo importante era que no se incurriera en error en cuanto a la entidad y el nombre del Jurado que fue sorteado parcialmente, el que correspondió al nombre del señor Josè Arango Vèlez, quien intervino como miembro del jurado que decidió acerca de la responsabilidad del acusado, sin que se hubiera presentado ninguna dificultad ni objeción contra su persona o con respecto a su identidad. Errores de esta clase se cometen con frecuencia en los procesos penales sin que den lugar a invalidar la actuación, pues lo contrario equivaldría a darle al proceso penal un contenido completamente formalista y ritual contrario a su verdadera naturaleza y finalidad.

No prospera, por lo tanto, la causal 4a. invocada.

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 Procu-

rador Segundo Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia acusada a que se ha hecho mérito, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 24 de septiembre de 1.962.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO

Error de hecho. Presunción de responsabilidad por conducta no establecida en el proceso Causales 4a., 2a. y 1a. de casación penal.

1. En el caso sud judice no se está frente al caso de un tránsito de legislaciones, para los fines y efectos señalados en el inciso 2o. del art. 26 de la Carta, desarrollados en los arts. 3o. del C. P. y 5o. del C. de P. P. Simplemente ocurre que en los delitos contra la propiedad los procesos son rituados de acuerdo con las normas del Decreto 0014 de 1.955, pero la competencia para el fallo y la determinación de las sanciones son materia de los Códigos ordinarios.

Este simple argumento demuestra de manera evidente que es inane el cargo de nulidad constitucional, como lo es el de la nulidad legal por incompetencia de jurisdicción, también formulado por el impugnador con cita del ordinal 1o. del art. 198 del Código de Procedimiento Penal.

2. La acusación por error de hecho, es decir por haberle atribuìdo el fallador a algunos elementos de juicio un valor probatorio que no tienen, precisa examinarla descomponiendo los cargos enunciados por el demandante porque no es la misma la situación jurídica de ambos recurrentes en la causa. Cuando se acude a la causal segunda de casación, el demandante debe confrontar todas las piezas probatorias para saber en qué se apoya el fallo condenatorio, un examen parcial nada demuestra ni él sirve para que prospere el cargo cuando la sentencia estudia y examina cuidadosamente otros elementos válidos de convicción.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, seis de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

El Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Buga, por sentencia de diecisiete (17) de julio de mil novecientos sesenta y dos dictada en esta causa, dispuso, en lo principal, lo siguiente:

"PRIMERO. ABSOLVER a los sindicados: VICTOR MANUEL ARAGON PERAFAN, EDUARDO MUÑOZ RODRIGUEZ, CARLOS ARTURO TOVAR DELGADO y CRISTINA GARCIA CONTO, de condiciones civiles conocidas en sus indagatorias, por no encontrarlos responsables de los cargos formulados en estas dilgencias y de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO: CONDENAR como autores y responsables de el delito de "Robo" investigado en estas diligencias y que define y sanciona nuestro Código Penal, en su Libro 11, título XVI, capítulo II, artículo 402 y 404, a los sindicados: HENRY ALVAREZ BLANCO, hijo de Luis y Ana, de veintisiete años de edad en la época de la indagatoria, soltero técnico en telefonía y agricultura; ADOLFO GONZALEZ AMPUDIA y HERNANDO GONZALEZ PIZARRO, de condiciones civiles desconocidas a la pena principal de SEIS AÑOS PRESIDIO y al sindicado. ORLANDO GIRALDO GIRALDO, hijo de Jesús Antonio y Esther Julia, soltero, empleado particular de profesión, de veintisiete años en la época de su indagatória, a la pena principal de NUEVE AÑOS DE PRESIDIO y como accesorias (art. 34 C. P.) a cinco AÑOS DE RELEGACION en una colonia Penal.

"Además se condena a todos los sindicados citados en este numeral como responsables a las siguientes penas accesorias: Interdicción de los derechos y funciones públicas; pérdida de todo sueldo, pensión o jubilación de carácter oficial; pérdida de la patria potestad si la tuviera y publicación especial de esta sentencia".

El Tribunal Superior del mismo Distrito, al conocer por apelación del fallo de instancia, resolvió en el suyo de 29 de septiembre de 1.962 "REVOCAR la providencia apelada únicamente en cuanto hace relación con la absolución de Víctor Manuel Aragón Perafán, Eduardo Muñoz Rodríguez y Carlos Arturo Tovar Delgado".

En su lugar, CONDENA a Víctor Manuel Aragón Perafán y Eduardo Muñoz Rodríguez, de condiciones civiles y personales conocidas, a la pena principal de SEIS AÑOS DE PRESIDIO y a Carlos Arturo Tovar Delgado, también de condiciones personales conocidas, a la pena principal de SIETE AÑOS DE PRESIDIO. Además, se les condena a las siguientes penas accesorias: publicación especial de la sentencia; interdicción de derechos o funciones públicas, pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y la pérdida de la patria potestad".

Contra la decisión del ad-quem interpusieron recurso extraordinario de casación los procesados ORLANDO GIRALDO, HENRY ALVAREZ BLANCO, CARLOS A. TOVAR DELGADO y el defensor de VICTOR ARAGON PERAFAN. El recurso sólo ha sido sustentado ante la Corte, por medio de apoderado, en relación con Alvarez Blanco y Tovar Delgado.

HECHOS

Sobre éstos hace el Tribunal la siguiente relación:

"En la madrugada del día dieciocho de octubre del año próximo pasado, la señorita Teresa Paredes, propietaria de un almacén de mercancía en la población de El Cerrito, fué víctima de los amigos de lo ajeno, quienes saltaron la tapia de un solar adyacente y perforaron una de las paredes que daban al local, introduciéndose por ahí y sustrayendo una gran cantidad de cosas de valor que sumó poco menos de los diez mil pesos. A través de su recorrido, los salteadores dejaron un reguero de elementos que, seguramente en la prisa que tenían, no tuvieron tiempo de empacar.

"Conoció del desafuero el Inspector Primero de Policía de la localidad, quien diligentemente adelantó las primeras diligencias tendientes a descubrir los autores del atentado y localizar los efectos sustraídos, asesorado por dos agentes del Departamento Administrativo de Seguridad. Y el éxito fué completo. Pocos días después fueron capturados numerosos individuos a los que se comprobó haber tenido participación en alguna forma en el acaecimiento y se recuperó gran parte del botín. El instructor, a través de todo el plenario, desarrolló ingentes esfuerzos para ubicar la responsabilidad de cada uno de los sindicados, resultando de ello algunas pruebas con que todos trataron de sacarle el cuerpo a la justicia creando coartadas que, a la postre, quedaron virtualmente destruídas. Eduardo Muñoz Rodríguez, Carlos Arturo Tovar Delgado, Víctor Manuel Aragón Perafán, Orlando Giraldo Giraldo, Henry Alvarez Blanco, Cristina García Conto, Adolfo González Ampudia y Hernando González Pizarro, es la profusa nómina de incriminados, a los que los agentes del orden echaron mano por considerarlos a todos vinculados al suceso delictual, hecho del cual dan minunciosa cuenta en el detallado informe que corre a folios 18, 19 y 20 del expediente.

"He aquí cómo obró cada uno de los nombrados, según su propia declaración o conforme a otros testimonios:

"En primer lugar, Eduardo Muñoz Rodríguez es el propietario del vehículo dentro del cual se trasladó de determinado sitio a otro, parte de la mercancía robada. El niega este hecho diciendo que tal vehículo estuvo, primero estacionado al frente de su negocio de sastrería, en la ciudad de Palmira, y luego fué utilizado para viajar a su residencia situada en predios del Ingenio La Manuelita, en donde precisamente se le decomisó alguna cantidad de la citada mercancía. Con relación a la procedencia de ésta, explica que la compró a un vendedor ambulante conocido de vista solamente, a quien pagó con ciento ochenta pesos en efectivo y un cheque por trescientos pesos, que ulteriormente se supo fué cobrado por Adolfo Gonzáles Ampudia.

"Carlos Arturo Tovar Delgado tenía en su poder otro saldo de la mercancía robada a doña Teresa Paredes. Este suceso lo explica diciendo que, la noche posterior al robo, en momentos en que se encontraba con Cristina García, mujer de vida pública con quien había concertado una cita amorosa, se acercó un sujeto moreno y le pidió a élla el favor de que guardara una caja de cartón, contentiva de esos elementos, dándole a guisa de propina la suma de tres pesos; agrega que, por insinuación de la amiga, guardó él esa caja debajo de la cama. Este individuo es amigo de Orlando Giraldo, pues le tiene alquilada una pieza en su residencia, y sus antecedentes dejan mucho que desear, como quiera que acusa algunas sindicaciones por delitos contra la propiedad y lleva sobre sí el peso de una sentencia condenatoria que le fuera impuesta por el juez Municipal de Envigado (Antioquia) el 22 de junio de 1.960 por el delito de hurto. Tovar niega, desde luego, haber tenido participación alguna en el ilícito perseguido manifestando que cuando éste se cometió él se hallaba muy distante de ese lugar. Cristina García dice exactamente lo mismo que su concubino con relación al negro que le dió a guardar la consabida caja.

Víctor Manuel Aragón Perafán es el sujeto clave de esta investigación y el que dió cuenta de los individuos que habían efectuado el robo. Desde luego, él asegura no tener nada que ver con el delito, pues circunstancialmente anduvo en compañía de los antisociales y a causa de que èllos lo obligaron a punta de pistola, los llevó y los trajo en la camioneta que su hermano Alcibíades le había dado la noche de autos para que guardara luego de haber regresado de Roldanillo. He aquí el famoso cuento: Una vez que, como se dice, llegó de aquella población, se dirigió al lugar donde solía mantener el vehículo y al pasar por el parque obrero -en la cuidad de Palmira- se encontró con Adolfo González, Hernando González, Orlando Giraldo y Henry Alvarez, quienes le insinuaron que fuera a dar unas vueltas con ellos y a tomarse unos tragos. Aquel, ni corto ni perezoso, aceptó la invitación y ya entrados en copas, se dirigieron a la población de Cerrito, a altas horas de la noche, con el objeto de apurar un sancocho de gallina; ya en este lugar, y en determinado sitio, los pasajeros lo hicieron parar y él se quedò dentro del vehículo quedándose dormido sobre el timòn; al rato regresaron y lo despertaron haciéndolo ir hacia un lugar en donde unos individuos sacaban mercancía por encima de una tapia; nada le valieron sus protestas porque Adolfo González lo amenazó con un revólver, amenaza bajo la cual estuvo hasta que hubo dejado otra vez en Palmira a los indeseables compañeros. Nada dijo, emperó, Víctor Manuel Aragón una vez que quedó en libertad, sino que tranquilamente se fué para su casa y se recogió y al día siguiente se fué para su trabajo, como si nada hubiera ocurrido.

"Orlando Giraldo Giraldo, el inquilino de Tovar Delgado, niega tambièn, como era apenas natural, haber tenido algo que ver con el asalto. Dice que de la noche del diecisiete al dieciocho de octubre estuvo en casa de una hermana, primero, luego salió para el cinematògrafo y después terminó en casa de una prostituta, María Belén Londoño. Al día siguiente dizque viajó a Pereira para sacar una partida de bautismo y allá permaneció dos días; una vez en Palmira de nuevo y encontrándose en un restaurante, casualmente se encontró con Hernando González, en cuya compañía, por los lados del Circo de Toros a donde lo había citado, fuè capturado por la Policía sin que, como lo intentó, pudiera evadirse. Explica, así mismo, que la noche anterior a su viaje, hallàndose en el parque Obrero de Palmira, lo abordó Adolfo Gonzàlez que andaba con el Hernando antes nombrado, y le pidió el favor de llevarle a una sastrería -la de Eduardo Muñoz Rodríguez- una carta, cosa que hizo en bicicleta de aquel, que tuvo que guardar en su apartamento porque cuando regresò de cumplir el encargo no encontró a ese individuo, conocido suyo desde niño, pero no amigo íntimo.

"Henry Alvarez Blanco, otro de los sujetos expresamente señalados por Aragón Perafán como miembro de la gavilla de asaltantes que lo obligó a prestar su concurso involuntario en la consumación del delito, niega, como todos, pertinazmente, su autoria en ese evento, situándose, el día de autos, en el corregimiento de La Buitrera, contingencia que hace respaldar con algunos testimonios de personas que dizque lo vieron allà en aquella ocasión.

"Adolfo González Ampudia y Hernando Gonzàlez Pizarro fueron los únicos que lograron

escapar de las autoridades, no sabiéndose sobre su actuación en el desaguisado cosa distinta a lo expuesto por los demás que se han citado y comentado".

DEMANDA DE CASACION

El doctor Oscar E. Carvajal Navia, obrando en su calidad de apoderado de Alvarez Blanco y Tovar Delgado, formuló la demanda de casación en el proceso de que se trata, mediante escrito visible de folios 19 a 61 del cuaderno No. 5.

El libelo, ajustado a las prescripciones legales, luego de una suscinta relación de los hechos y de la reseña del curso sufrido por la investigación, se ocupa en capítulos separados de los motivos de impugnación contra el fallo recurrido, apoyados en las causales 4a., 2a. y 1a. del artículo 567 del Código de procedimiento Penal.

A través de la causal 4a. -ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad-, el demandante concreta dos cargos, a saber:

"1o.). En el juzgamiento de los procesados HENRY ALVAREZ BLANCO y CARLOS ARTURO TOVAR DELGADO se siguió el procedimiento más desfavorable a sus intereses defensivos que incide en el quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional que consagra a favor del procesado el derecho a ser juzgado conforme a la plenitud de las formas propias de cada juicio y observando en todo caso el procedimiento más favorable a sus intereses de defensa".

"2o.). La sentencia recurrida está afectada por una nulidad procedimental prevista en el ordinal 1o. del artículo 198 del C. de P. P".

A través de la causal 2a. son cuatro los motivos de impugnación:

1o.). Según el señor apoderado el Tribunal asignó en la sentencia un valor probatorio "a hechos sobre los cuales no puede fundarse una sentencia condenatoria, por faltarles el valor legal que la ley exige para estos casos".

2o.). "La sentencia recurrida le atribuyó un valor probatorio que no tiene a la "confesión" vertida por el imputado VICTOR ARAGON PERAFAN. El expediente prueba que esta "confesión" fué arrancada por los Agentes Secretos, ofreciéndole al parecer la retribución de su libertad. En tal virtud, dicha versión es sospechosa de credibilidad y no merece ser tenida en cuenta para dictar un fallo condenatorio".

3o). Se hace consistir el cargo, por lo que concretamente se refiere al procesado Alvarez Blanco, en que el Tribunal dedujo su responsabilidad del informe del " D. A. S." y de la imputación hecha en su contra por Aragón Perafán, atribuyéndole a estos elementos de juicio un valor probatorio que no tienen.

4o.). Por último, con invocación de la causal 2ª., se impugna la sentencia porque el Tribunal "le dió un valor probatorio que no tiene, al hecho de haberle sido escontradas algunas piezas de mercancía que tenía en su habitación del Hotel América la mujer CRISTINA GARCIA CONTO. Tal hecho fue tomado en cuenta por el H. Tribunal para responsabilizar al amante de ésta, CARLOS ARTURO TOVAR DELGADO, por el sólo hecho de tener éste en su contra una sentencia condenatoria por un delito contra la propiedad".

La causal 1ª. la invoca el demandante, según los razonamientos aducidos, como consecuencia de la 2ª., afirmando en su enunciado que es inválida la sentencia por cuanto "se tomaron unos preceptos que no tenían demostración objetiva en los autos", y se dejaron "de aplicar otros que sí tenían existencia procesal".

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Siguiendo el orden expuesto por el demandante la Sala procede a sintetizar los motivos de acusación contra el fallo recurrido.

Causal 4a.

El primer cargo lo hace consistir el señor apoderado simplemente en habérsele aplicado a los procesados las penas previstas para el robo en el Código Penal y nó las señaladas en el Decreto 0014, con lo cual se quebrantó una garantía de defensa por ser las sanciones aplicadas más desfavorables que las que contiene el estatuto sobre estado de especial peligrosidad.

Según el señor apoderado el Decreto 0014 "practicamente derogó las normas sustantivas

consagradas en el Código Penal en cuanto a los delitos de robo, hurto, estafa y otros se refiere, y consagró el procedimiento especialísimo que debería seguirse en estos casos".

Entiende el demandante que el citado Decreto modificó el Código Penal en cuanto a los delitos contra la propiedad, en especial por lo que toca a la aplicación de las penas y que, por lo mismo, lo que ha debido reprimirse es el estado de especial peligrosidad, sujeto solamente a medidas de seguridad.

Agrega la demanda:

"Al aplicar la pena de presidio de seis y siete años, a Henry Alvarez Blanco y Carlos Arturo Tovar Delgado, respectivamente, el Honorable Tribunal sentenciador incurrió en tiranía al aplicar la norma más desfavorable a los procesados con violación del precepto consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional que habla de la norma más favorable que deberá ser aplicada al sujeto pasivo de la acción penal, a fin de que su situación no sea definida en forma gravosa a sus intereses.

"En este proceso sobrevino la nulidad constitucional emanada de quebrantamiento del Art. 26 de la Constitución Nacional".

En orden a demostrar el anterior aserto se hace cita de la sentencia proferida por esta Sala el 15 de marzo de 1.961, en la que la Corte fijó su criterio sobre la preferencia de las normas penales permisivas o favorables (sustantivas y procesales), caso de tránsito de legislaciones, aspecto éste que no tiene atinencia alguna con relación al caso sud-judice

El segundo cargo, ya enunciado, lo contrae el acusador a la nulidad de que dá cuenta el ordinal 1o. del artículo 198 del C. de P. P.

Basado en lo que preceptúan los artículos 12 de la Ley 48 de 1.936 y 49 del Decreto 0014 de 1.955 sobre competencia para conocer de los procesos por los estados antisociales, arguye que la justicia ordinaria no era la competente para conocer del negocio, abonando para sustentar su tesis las mismas razones en que dice apoyar el primer cargo.

Causal 2a.

El primer cargo a través de esta causal lo hace consistir el demandante en haberle atribuído el Tribunal valor probatorio al informe rendido por los señores Agentes Secretos del Departamento Administrativo de Seguridad -Seccional del Valle- visible a folios 18 y siguientes del cuaderno principal, no obstante que el instructor "omitió hacer ratificar el informe ya mencionado por parte de los detectives que lo suscribían para que éste constituyera medio de prueba, legalmente producido, observando las formalidades legales para el caso", o sea, lo ordenado en el artículo 74 del Decreto 0014.

Se afirma en el libelo que el fallo recurrido "descansa sobre el informe" de la referencia y, finalmente, resume así el cargo:

"Impugno la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior que es motivo del presente recurso de casación, en razón de que el informe rendido por los Agentes Secretos no fue ratificado bajo la gravedad del juramento, tal como lo exige el artículo 74 del ya tantas veces citado Decreto 0014 de 1.955. Esta omisión tuvo proyecciones procesales sobre los artículos 1o. y 203 del C. de P. P. normas éstas que considero desconocidas por el Honorable Tribunal sentenciador, al atribuirle un valor probatorio que no tiene el informe mencionado, por ausencia de una de las formalidades esenciales exigidas por la ley de procedimiento penal".

El segundo cargo, consistente en que se atribuyó un valor probatorio a la confesión del imputado Victor Aragón Perafán, lo respalda y trata de demostrar el demandante con las consideraciones hechas en el fallo por el Juez de instancia, estimando que esa prueba es sospechosa, "por cuanto que ella fue violentamente provocada por los detectives y bajo el imperio de amenazas o de promesas".

Como de la injurada en mención resultan cargos contra el recurrente Alvarez, el demandante impugna ese medio probatorio con el propósito de dar por establecido que hubo violación del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, cuyos requisitos no se reunieron para proferir la sentencia condenatoria.

Para resumir este aspecto de la acusación, el señor apoderado dice:

"El cargo que le hago a la sentencia recurrida consiste en que la confesión rendida por Víctor Aragón Perafán no se acomoda a las leyes

reguladoras de la prueba en materia criminal, por cuanto que ella fue "acomodada" o preparada por los Agentes Secretos que intervinieron en el caso, por cuanto que al parecer le prometieron el beneficio de su libertad como retribución por los datos o informes sobre el delito cuestionado. Este procesado le lanzó serios cargos a los sindicados con la esperanza de obtener el beneficio de su libertad. No se puede derivar certeza de una confesión arrancada en esa forma, lo que implica que este medio de prueba no se ajusta a las exigencias del artículo 203 que exige que las pruebas estén legalmente producidas dentro del expediente para que sea posible una sentencia condenatoria".

El tercer cargo es en esencia la misma alegación de violación indirecta de la ley con fundamento en la valoración hecha del informe de los detectives y de la indagatoria de Aragón Perafán, pero ya referida la crítica de esos elementos de juicio a la condenación de Alvarez Blanco, lo que hace innecesario insistir sobre los planteamientos del demandante.

El cuarto y último cargo con apoyo en la causal segunda se relaciona con el procesado Tovar Delgado. Concretamente afirma el señor apoderado que el Tribunal le dió un valor probatorio que no tiene al hecho de que en la habitación de Cristina García Conto fueron hallados algunos de los efectos o mercancías sustraídos a la señorita Teresa Paredes.

Después de copiar la indagatoria de la García Conto y de poner de presente que Aragón Perafán "en dicha confesión no le lanza ningún cargo a Tovar, ni siquiera dice que lo acompañó en la noche de autos al Cerrito" y que "Carlos Arturo Tovar es completamente ajeno a los hechos delictuosos en razón de que contra él no existe ningún cargo valedero", hace estas consideraciones:

"Por lo anterior tenemos que CRISTINA GARCIA CONTO en la pieza procesal de su indagatoria que acabo de transcribir, se responsabiliza de que ella personalmente recibió la caja de cartón de manos de un sujeto de raza negra que se la dió a guardar y que le pagó la suma de tres pesos. Afirma la indagada que ella es la que tiene una pieza alquilada en el Hotel América de la ciudad de Palmira, donde hace más de un año que reside en dicho lugar. Esta afirmación de la sindicada tiene el carácter de indivisible al tenor de lo dispuesto en el artículo 255 del C. de P. P. y debió ser tomada en toda su integridad jurídica por el H. Tribunal de Buga, en el momento de analizar el acervo probatorio aportado a los autos. De acuerdo con la explicación dada por Cristina, la persona que le dió a guardar la caja de cartón en la que estaban unas prendas de vestir que posteriormente resultaron ser pertenecientes al fruto del delito investigado, se la entregó a ella personalmente por ser la persona que tiene alquilada la habitación número 9 del Hotel Amèrica de la ciudad de Palmira. Dicha mujer paga su arriendo por la habitación en mención, y si guardó la caja con las prendas que fueron producto del robo verificado a la señorita Teresa Paredes en la población del Cerrito, sobre ella debe recaer justamente su responsabilidad penal. Carlos Arturo Tovar Delgado nada tiene que ver con el hecho de que la mujer con quien tenía relaciones sexuales haya guardado el producto de un delito. No se le puede residenciar en juicio por este hecho, porque si en verdad pesa sobre él una sentencia condenatoria por un delito contra la propiedad, por este hecho no se le puede cargar toda la responsabilidad penal por el delito que otros cometieron. Tan equivocado criterio del H. Tribunal llevaría a cometer las más aberrantes injusticias, porque si yo tengo relaciones amorosas con una mujer, y ella tiene en su poder el producto de un delito, por el sòlo hecho de encontrarme en la habitación de dicha mujer y tener yo en mi contra el peso de una sentencia condenatoria, por ese solo hecho recae sobre mí todo el peso de la ley penal y se me condena a la larga pena corporal con todos los agravantes consignados en la norma sustantiva.

"El H. Tribunal le dió errónea interpretación al hecho de que Carlos Arturo Tovar Delgado hacía vida marital con una mujer a la cual le fueron encontradas en su habitación algunas prendas y cortes que le fueron sustraídas en la población del Cerrito a la señorita Teresa Paredes. Las citadas prendas le fueron halladas a Cristina Conto, y nò, a Tovar Delgado, como erróneamente lo interpretó el H. Tribunal sentenciador. Por el solo hecho de que el procesado frecuente la habitación de Cristina García, no se puede afirmar que èste sea responsable del delito de robo imputado en forma equivocada por el H. Tribunal.

"El delito de robo requiere para su existencia procesal la concurrencia del dolo específico, cosa que en lo atinente a Tovar Delgado, no está comprobado en los autos. Se le condenó por tal delito porque concurría a la habitación de la mujer con la cual hacía vida marital y la cual había recibido en calidad de depósito una caja la que contenía el producto de un delito, pero ella lo ignoraba. La guardó de buena fè y se la comunicó al hombre con quien hacia vida marital para que la guardara debajo de la cama. Dicha versión es necesario tenerla como verdadera cuando en contra de ella no existe prueba en contrario, luego dicha versión es necesario tomarla en toda su integridad jurídica, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 255 del C. de P. P. que fue la norma dejada de aplicar por el H. Tribunal Superior en el caso de Cristina García.

"....El Tribunal sentenciador le dió errónea interpretación a la presunción de responsabilidad penal establecida por el legislador en el artículo 221 del C. de P. P. por cuanto que allí se habla de que existe presunción de responsabilidad el hecho de encontrarse en poder de la persona sindicada la "cosa robada o hurtada", siempre que esa persona haya sido anteriormente condenada en sentencia irrevocable por un delito contra la propiedad. Es necesario tener presente que a Carlos Arturo Tovar no se le encontró la caja de cartón contentiva de las prendas sustraídas, sino que dicha caja estaba dentro de la pieza que ocupaba la mujer Cristina García. Por el solo hecho de que Tovar Delgado concurría a dicha habitación, no se le puede responsabilizar de los objetos que se puedan encontrar dentro de dicha habitación. La Honorable Corte tiene establecido que contra dicha presunción de culpabilidad son válidos todos los medios de prueba establecidos por la ley, ya que esta no es una presunción de derecho.

".....El Honorable Tribunal interpretó erroneamente el hecho de haber sido encontrada dentro de la habitación de Cristina García una caja de cartón que contenía unas prendas robadas y responsabilizó a Tovar Delgado por frecuentar dicha habitación teniendo sobre sus hombros el peso de una sentencia condenatoria por un delito contra la propiedad. Contra esta presunción de hecho, el H. Tribunal dejó de tener en cuenta la presunción de inocencia que ampara a todo sindicado, mientras no se demuestre lo contrario; dejó de valorar el hecho de que la caja de cartón encontrada dentro de las habitaciones de Cristina García la había dejado a guardar un sujeto de raza negra y que la guardadora de tal caja era Cristina, y nó Carlos Arturo Tovar Delgado. Si la habitación la pagaba Cristina García, por este solo hecho tal habitación constituía su domicilio privado, estando todos los objetos que estuvieran dentro de dicha habitación, bajo su esfera y custodia. Toda otra persona, así fuera su amante, era persona extraña a la habitación para los efectos de la guarda y custodia de las cosas que figuraran dentro de tal habitación. La caja de cartón fue encontrada precisamente debajo de la cama de Cristina García por los Agentes Secretos.

"Los hechos anteriormente relatados fueron los que el Honorable Tribunal Superior apreció erróneamente, atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen, especialmente el hecho de que Carlos Arturo Tovar Delgado frecuentara la habitación de Cristina García y haber sido hallada bajo la cama de esta mujer la caja de cartón con prendas robadas".

Causal 1a.

La violación de la ley penal sustantiva a que se retiere la demanda con invocación de la causal 1a. tiene sus fundamentos de hecho en los mismos motivos expuestos en relación con la causal 2a., por lo que aquélla es apenas consecuencia de ésta.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en su concepto de fondo, después de historiar los hechos materia del proceso, empieza por refutar los motivos de nulidad alegados por el impugnador, en términos y con razones que la Sala prohija en un todo para desechar el recurso de casación por este aspecto.

En efecto, el distinguido colaborador pone de presente con relación al primer cargo de nulidad supralegal "que en este proceso la aplicación del procedimiento especial y extraordinario establecido por el Decreto Legislativo número 0014 de 1.955, se debió, no propiamente a que se pretendiera prevenir con me-

didas de seguridad un estado de especial peligrosidad, sino más bien a sancionar un delito comùn de robo, asignado a la justicia ordinaria y nó a la especial creada por el mismo Decreto para su aplicación y funcionamiento, ilícito al cual daba lugar lo dispuesto en el artículo 81 del mismo estatuto, que a la letra dice:

"El procedimiento especial señalado en este Decreto se aplicará a los procesos por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria.

'El funcionario instructor deberá enviar el expediente al juez competente para el fallo, una vez vencido el término probatorio señalado en el articulo sesenta".

Lo anterior "hace ver, continúa diciendo la Procuraduría, que carece de razón el señor demandante al formular el cargo de que se habla".

La nulidad legal, referida a la incompetencia de jurisdicción de que dà cuenta el ordinal 1o. del articulo 198 del Còdigo de Procedimiento Penal, es para la Procuraduria un planteamiento que repite el anterior, pues el señor apoderado para alegar la incompetencia de la justicia ordinaria parte del supuesto de que el hecho juzgado constituye una contravención (estado de especial peligrosidad) y no un delito específico de robo.

Los cargos aducidos con invocación de la causal 2a. le merecen al Ministerio Pùblico estas consideraciones, encaminadas a rechazar tres de ellos y a aceptar el último, que sólo favorece al recurrente Tovar Delgado:

Dice en cuanto al primero:

"Es cierto que el informe de los detectives que capturaron a los procesados y que decomisaron los vehículos en los cuales se transportó la mercancia robada, y que recuperaron buena parte de ésta, informe que obra al folio 18 y siguiente del cuaderno número 12, no fue ratificado por quienes lo suscriben, estampando sus números y sus huellas digitales, de acuerdo con lo prescrito en los reglamentos (Decreto número 1227 de 1.950 ratificado por la parte final del inciso segundo del artículo 74 del Dect. Leg. número 0014 de 1.955, que cita el demandante).

"Más sin embargo, la ratificación no era necesaria ni es "esencial", ya que el informe en mención no se refiere a "estados de especial peligrosidad" de los procesados, sino a hechos como la captura, el decomiso de los vehiculos usados por ellos y la recuperación de una parte de la mercancía o del producto del robo, cosas éstas comprobadas por otros medios de prueba dentro del proceso.

"A más de lo anterior, que es incontrovertible, se repite que tal diligencia de ratificación juramentada no es "esencial", por las siguientes principales razones juramentados o nó los detectives, no pueden ser careados con los delincuentes. Juramentados o nó los detectives, no podrán ser identificados por sus nombres y apellidos. Unicamente el funcionario, bien por su cuenta o bien a solicitud de parte, puede, "dentro de los términos probatorios", obtener una ampliación de los informes detectivescos, pero, con todo, "se presume que el informe equivale a testimonio que ofrece serios motivos de credibilidad", según el final del dicho artículo 74 en que se funda y basa el señor demandante".

Respecto al segundo cargo conceptùa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que la afirmación hecha por el demandante sobre el valor probatorio de la injurada de Aragòn Perafán, carece de respaldo en los autos "por ser cierto que al rendir indagatoria el procesado Aragón Perafán (folio 27 Cud. 1o.) en forma muy clara repitió el recuento de "todo lo que habia pasado francamente sin rodeos de ninguna clase", pues consideraba que "no tenìa nada que ver con lo que había ocurrido", en virtud de la violencia y engaño de que alegó haber sido victima y en razón de que se había negado a recibir la más mínima parte del fruto de lo robado".

Anota también el señor representante del Ministerio Público que nada hay en los autos que saque versadera la alegación de que lo revelado por Aragón Perafàn, haya sido mediante el empleo por las autoridades de halagos, promesas o coacción con él.

En consecuencia el mérito de esa prueba continúa pesando sobre el recurrente Alvaro Blanco y ella fue debidamente apreciada por el sentenciador. No afecta al acusado Tovar

Delgado porque "no fué indicado como participante de lo ocurrido en El Cerrito.

El tercer cargo, no le merece a la procuraduría réplica de fondo porque, como es notorio lo argüido por el demandante es una repetición del cargo anterior.

El cuarto cargo, que favorece exclusivamente a Tovar Delgado, sí lo acepta la Procuraduría, con base en estas razones:

"No habiendo sido acusado Tovar Delgado de autor material del delito de robo cometido en los bienes de la señorita Teresa Paredes, y habiendo sido hallados, determinados o identificados los autores materiales de tal delito, es evidente que con relación a Tovar Delgado no puede jugar la presunción legal del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de considerarle y tenerle como "responsable del delito de robo", a pesar de las contradicciones que se comprueban entre el mismo Tovar y la mujer Amparo Patiño Rodas, pues, aún suponiendo que el dicho de ésta fuera digno de todo crèdito, bien pudo Tovar Delgado, aún sabiendo y conociendo el contenido de la caja y su procedencia (lo cual no está probado), haber tratado únicamente de ayudar a su coinquilino y amigo Giraldo Giraldo a esconder, traspasar, etc. la parte que a éste le correspondió como botín de lo robado.

"Es decir que aunque Tovar Delgado hubiera obrado de mala fé en tal actividad, nó es dable considerarle responsable del robo como uno de los autores del mismo, pues éstos, como ya se sabe, fueron determinados debidamente y entre ellos no figuró Tovar Delgado, como participante material ni como coautor intelectual.

"Por otra parte, la responsabilidad Penal de Tovar Delgado podrìa ser otra pero en cuanto a ella no le toca a la H. Corte ni analizarla ni determinarla o fijarla dentro del campo de este recurso de casación.

"Es cierto también que la personalidad de Tovar Delgado deja mucho que desear; pero también lo es que ciertas imputaciones que se le hacen, con respecto al tráfico de Marihuana y por que fue puesto en libertad por falta de pruebas, se refieren al tiempo en que era menor de edad penal (fl. 116, cuad. 1o.).

"Estando, pues, fundado este cuarto cargo, se impone la invalidación de la sentencia en cuanto dice referencia al procesado Tovar Delgado y en la forma solicitada por el demandante".

Causal primera

Consecuente el Ministerio Público con su criterio acepta que la causal primera de casación prospera en cuanto al acusado Tovar Delgado, visto que está demostrado el último cargo formulado por el demandante a través de la causal segunda. Opina el colaborador "que la actualización del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, por lo que atañe al procesado Tovar Delgado, es ilegal y antijurídica, siendo, pues, evidente que se incurrió en error al aplicarle al citado reo el artículo 404 del Código Penal".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1a.) Como antes se expresó, la impugnación hecha al fallo del Tribunal con apoyo en la causal cuarta, por los motivos expuestos en la demanda, carece de todo fundamento jurìdico y legal. El señor apoderado, erróneamente, supone en sus planteamientos que el delito de robo es una infracción que se sanciona no como delito propiamente dicho sino como estado de especial peligrosidad, conducta contravencional sometida a los preceptos del decreto 0014, de 1.955 cuya pena son, en concepto del demandante, más favorables que las comunes previstas en el C. P..

En el caso sub-judice no se está frente al caso de un tránsito de legislaciones, para los fines y efectos señalados en el inciso 2º. del artículo 26 de la Carta, desarrollados en los artículos 3º. del C. P. y 5º. del C. de P. P. Simplemente ocurre que en los delitos contra la propiedad los procesos son rituados de acuerdo con las normas del Decreto 0014, pero la competencia para el fallo y la determinación de las sanciones son materias de los Códigos ordinarios.

Este simple argumento demuestra de manera evidente que es inane el cargo de nulidad constitucional, como lo es el de la nulidad legal por incompetencia de jurisdicción, también formulado por el impugnador, con cita del ordinal 1º. del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal.

2a). La acusación por error de hecho, es decir por haberle atribuído el fallador a algunos elementos de juicio un valor probatorio que no tienen, precisa examinarla descomponiendo los cargos enunciados por el demandante, porque no es la misma la situación jurídica de ambos recurrentes en la causa.

En efecto:

a). Al referirse la acusación al mérito prestado por el Tribunal al informe de los detectives que capturaron a los sindicados y decomisaron los vehículos empleados para el transporte de las mercancías robadas, el demandante pretende que esta prueba sirvió de modo principalísimo para la condenación de los partícipes del delito, y quiere restarle fuerza pretextando que es inválida por falta de ratificación. Este procedimiento es irregular cuando se acude a la causal 2a. de Casación, pues el demandante debe confrontar todas las piezas probatorias para saber en qué se apoya el fallo condenatorio, un examen parcial nada demuestra, ni él sirve para que prospere el cargo cuando la sentencia estudia y examina cuidadosamente otros elementos válidos de convicción.

De otra parte, la falta de ratificación del informe, requisito previsto en las investigaciones de los estados antisociales, no es óbice para que el Juez o Tribunal aprecie en su justo valor ese medio probatorio.

b). En lo tocante al cargo relacionado con la valoración hecha de la injurada de Aragón Perafán, cabe observar que las afirmaciones del demandante no encuentran respaldo en el proceso, puesto que constancia alguna hay de que su confesión cualificada se hubiera obtenido con el empleo de recursos vedados por la ley.

Si el Tribunal desechó las explicaciones del indagado tendientes a sincerar su conducta por haber obrado bajo intimidación de los ejecutores del ilícito, aceptó, en cambio, como verídica la versión suministrada sobre los hechos y las personas que intervinieron en su comisión, para lo cual el fallador tenía el racional arbitrio que la ley le confiere en materia de apreciación de la prueba, debidamente estimada en la sentencia en relación con los demás elementos de juicio que obran en los autos.

Conviene insistir en que el acusador al tratar de este cargo incurre en el mismo error cometido respecto del anterior, pretendiendo demeritar aisladamente las pruebas y absteniéndose de una crítica completa de los fundamentos probatorios tenidos en cuenta por el ad quem, sistema que no se compadece con la técnica de la causal segunda de casación, que exige poner en evidencia ante la Corte el ostensible y notorio error de hecho en la decisión de segundo grado.

c). Nada hay que considerar en el planteamiento contenido en el tercer cargo formulado con apoyo en la causal segunda porque allí lo que se hace es repetir que se le dió un valor probatorio indebido al informe de los Agentes del Departamento Admistrativo de Seguridad y a la "imputación lanzada por Víctor Aragón Perafán" en contra del acusado Alvarez Blanco, aspectos éstos que ya se analizaron.

d). El último cargo, acogido por el Ministerio Público, que se concreta a la situación jurídica del procesado Carlos A. Tovar Delgado, contiene realmente una acusación de recibo contra el fallo recurrido, dado que en éste, por error de hecho, se hizo obrar en perjuicio del citado Tovar la presunción establecida en el art. 221 del C. de P. P..

Tovar Delgado no aparece de autos comprometido en la comisión del delito y Aragón Perafán no lo incluye; entre los autores. Para el Tribunal deducir su responsabilidad en este grado simplemente tuvo en cuenta que en la habitación de Cristina García Conto, amante del acusado, fueron halladas algunas de las mercancías robadas, infiriendo de ahí que ese hallazgo se entendía en poder del procesado, sin base probatoria para ello, a efecto de dar aplicación a la presunción del artículo 221 antes citado, por pesar en contra de Tovar una sentencia anterior condenatoria por delito contra la propiedad.

Las explicaciones dadas por la García y por Tovar Delgado sobre las mercancías de que se dió razón y acerca de la manera como ellas llegaron a la habitación de Cristina García, no han sido desvirtuadas y en todo caso en el expediente no hay prueba de que hubieran sido

encontradas en poder del acusado. Esta equivoca situación procesal no autoriza recurrir a la presunción de responsabilidad de que trata el citado artículo 221.

Se deduce de lo anterior que el Tribunal atribuyó un valor probatorio a hechos que no lo tienen, en lo tocante a lo ocurrido con los efectos encontrados en la habitación de la García. Que por este error indebidamente hizo obrar una presunción legal de responsabilidad, lo que determinó el fallo condenatorio por una conducta no establecida en el proceso.

Como sólo se debate respecto de Tovar Delgadc laimputación por el delito de robo, no compete a la Corte pronunciarse sobre el supuesto cargo de encubrimiento que pudiera deducirse en su contra.

3a). La causal primera, de acuerdo por lo atrás considerado prospera en relación con el cuarto cargo formulado a través de la causal segunda y en lo que respecta al recurrente Carlos Arturo Tovar Delgado, a quien indebidamente se le aplicó, como coautor, el artículo 404 del C. P.

4a). Como los recurrentes ORLANDO GIRALDO y VICTOR ARAGON PERAFAN, no presentaron las demandas de casación, procede respecto de ellos dar aplicación al artículo 565 de Código de Procedimiento Penal. En cuanto a ALVAREZ BLANCO se desechará el recurso.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casaciòn Penal-, de acuerdo con el Ministerio Pùblico, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1o. INVALIDAR la sentencia recurrida en cuanto se refiere al procesado CARLOS A. TOVAR DELGADO, a quien se absuelve del cargo de robo que se le había deducido;

2o. SE DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el mismo fallo, en relación con el acusado HENRY ALVAREZ BLANCO;

3o. Se declara DESIERTO el recurso de casación interpuesto en la misma causa por los procesados ORLANDO GIRALDO y VICTOR ARAGON PERAFAN, a quienes se condena a costas, y

4o. ORDENASE la libertad de CARLOS ARTURO TOVAR DELGADO, quien se halla recluído en la Penitenciaría Nacional de Palmira. Líbrese la correspondiente orden de libertad, con las advertencias de rigor.

Cópiese, notifíquese y devuelvase al Tribunal de origen. Publiquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta. - Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Pioquinto León L., Srio.

IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE CRITERIO DE LOS JUECES DE CONCIENCIA. VIOLACION DEL ART. 493 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 493 del C. de P. P., no podrán ser jurados en determinada causa los que hubieren formado parte de otro jurado en que se haya debatido el mismo proceso. El legislador al establecer este impedimento ha querido garantizar la completa imparcialidad e independencia de criterio de los jueces de conciencia, cosa que no se satisface plenamente cuando éstos después de haber proferido un primer veredicto se los llama a intervenir nuevamente en el mismo proceso, pues es natural que el juicio u opiniòn que primeramente se han formado constituye un verdadero preconcepto que seguramente influiría para pronunciar la segunda decisión.

Al violarse la prohibición contenida en el art. 493 del C. de P. P., se desconoce una de las garantías con que se pretende amparar la completa libertad de criterio de los Jueces que deben decidir en definitiva acerca de la responsabilidad del acusado, lo que entraña un quebrantamiento de una de las formas propias del juicio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, marzo seis de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia del 5 de diciembre de 1.962 condenò, al confirmar el fallo de primera instancia, a los reos ANTONIO y PEDRO ALVARADO HERNANDEZ a la pena de veinte años de presidio, más las accesorias de rigor, como responsables del delito de homicidio agravado en la persona de Miguel Antonio Llanos, cometido en la madrugada del domingo 4 de agosto 1.957, en el barrio de tolerancia del municipio del Líbano.

Contra la expresa sentencia interpuso recurso de casación el único procesado detenido, Antonio Alvarado Hernández.

Concedido y admitido el recurso se presentó oportunamente la demanda sustentatoria de él, por medio de abogado titulado e inscrito en la Corte.

ANTECEDENTES.

Los hechos que motivaron el proceso los resume el ad-quem de acuerdo como se hizo en el auto de proceder en los términos siguientes:

"En las primeras horas de la noche del sábado tres de agosto de 1.957, el señor Manuel Antonio Llanos estuvo ingiriendo licor en en barrio de tolerancia de la ciudad del Líbano, en la cantina denominada la "Cueva", en compañía de Antonio Alvarado, Benjamín Alba, un ciudadano de apellido Molina y Humberto Gaviria Parra; y ya como a eso de la una a las dos de la mañana, llegó solo a la cantina el "Caney" y se sentó en una mesa, a donde llegaron dos personas con sombrero y ruana, una de ellas con peinilla, quienes le exigieron hacer servir cerveza para ellos, lo cual hizo ordenar Llanos, pero por haberse suscitado una discrepancia, al parecer de carácter político, los recién llegados sacaron por la fuerza a su gratuito anfitrión y en la vuelta de la esquina siguiente lo dejaron víctima de 27 puñaladas causadas con arma cortante y pesada, así: nueve en la cabeza y en diferentes direcciones, nueve en la mano izquierda, ocho en la mano derecha, y una al nivel del hombro izquierdo; dando lugar a su conducción al Hospital San Rafael de la ciudad, en

donde dejó de existir en las horas de la mañana del domingo cuatro de agosto".

Iniciada la investigación por el Alcalde Municipal del Líbano, a virtud de denuncio formulado por un hermano de la víctima y practicadas numerosas pruebas y la ampliación ordenada por el Juez del conocimiento, el Juzgado 6o. Superior de Ibagué, por auto del 13 de noviembre de 1.958 resolvió abrir causa criminal con intervención del jurados contra los sindicados Alvarado Hernández como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Miguel Antonio Llanos.

El Tribunal Superior en providencia de 24 de septiembre de 1.959 confirmó el auto de enjuiciamento proferido por el Juzgado 6o. Superior de Ibagué.

Ejecutoriado el auto de proceder se verificó el sorteo total de jurados, entre los que figuró el señor Omar Herrera Beltrán, a quien se notificó su elección, firmando la respectiva diligencia con el nombre de Omar Beltrán.

Las otras notificaciones personales se hicieron con el nombre de Josè Omar Beltrán H. u Omar Beltrán.

La audiencia se verificó, después de algunos aplazamientos el día 27 de noviembre de 1.961, y en ella intervinieron como jurados Omar Beltrán H., Camilo Raful y Neftalí Acosta.

El veredicto proferido por los jueces de conciencia fue declarado contraevidente por el Juez del conocimiento en providencia del 30 de noviembre de 1.961, pero el tribunal Superior de Ibaguè al revisarlo, en virtud de consulta, declaró la nulidad de lo actuado desde la elaboración de los cuestionarios y dispuso corregir las fallas por él anotadas.

La nueva audiencia pública se celebró el 5 de abril de 1.962 y en ella intervinieron los mismos jurados que actuaron en la primera, entre los cuales figura el señor Omar Beltrán H.

Con fundamento en este segundo veredicto se dictó por el Juzgado 6o. Superior de Ibagué el fallo condenatorio de primera instancia, el que fue confirmado por el Tribunal Superior de dicha ciudad en el fallo de segunda instancia que ha sido objeto de la impugnaciòn.

DEMANDA DE CASACION

La demanda con que se sustentó el recurso reune los requisitos formales exigidos por la ley en este caso, pues en ella el actor invoca la personería con que actúa, haciendo un breve resumen de los hechos y de la actuación procesal, especialmente lo relativo al sorteo total de jurados en la que resultó designado el señor Omar Herrera Beltrán y las notificaciones que a èl le hicieron con el de Omar Beltrán H.

En la demanda se invoca como única causal la 4a. establecida en el artículo 567 del C. de P. P., por estimar que la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haber sido proferida dentro de un proceso viciado de nulidad.

Con fundamento en esta causal el actor formula dos cargos que desarrolla en los términos siguientes:

"Ha sido constante y reiterada la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en la cual se decreta la nulidad de aquellos procesos en que se han violado las formas procesales y por consiguiente, se ha vulnerado el artículo 26 de la Constitución Nacional. Y en este proceso, Honorables Magistrados se presenta un caso tan claro de violación de esas normas procesales que francamente no tengo la menor duda de que esa Honorable Corporación declarará la nulidad de todo lo actuado a partir de la fecha en que se señaló la audiencia y se citò y notificó para concurrir a ella al señor Omar Beltrán Herrera.

"En efecto: Aparece del acta de sorteo de jurado visible al folio 198 que los jurados sorteados fueron los señores OMAR HERRERA BELTRAN, CARLOS GUTIERREZ GONGORA y MENDOZA MORALES CESAR, habiendo sido suplidos estos dos últimos por los señores CAMILO RAFUL y NEFTALI ACOSTA. En parte alguna aparece sorteado como Juez de conciencia en este proceso el señor OMAR BELTRAN HERRERA, que es persona completamente distinta del señor OMAR HERRERA BELTRAN, ya que de los autos no aparece constancia alguna al respecto es decir sobre la identidad de los dos sujetos.

"En esas condiciones Honorables Magistrados de la Corte es para mí un hecho claro y evidente que la presencia del señor OMAR BELTRAN HERRERA en la audiencia pública

y su veredicto como Juez constituye una violación de la ley fundamental por que dicho señor nunca tuvo el carácter de Juez de conciencia ni podía participar como tal en el Juzgamiento de los procesados Antonio Alvarado Hernández y Pedro Alvarado Hernández. Ha usurpado funciones y ha tomado decisiones jurisdiccionales por así decirlo.

"De conformidad con el artículo 198 del Código de Procedimienfo Penal constituye causal de nulidad el no haberse notificado en debida forma el auto en que se señala día y hora la (sic) celebración del juicio. Y es evidente Honorables Magistrados, que en el presente proceso el auto que señalò para la audiencia pública el día 5 de abril de 1.962 y que aparece visible al folio 253 vuelto no fue notificado legalmente puesto que el acta de notificación visible al folio 254 dice lo siguiente: "NOTIFICACION A LOS MIEMBROS DEL JURADO. Hoy veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y dos, notifico personalmente el auto que precede, por el cual se señala nuevamente fecha para la celebración de la Audiencia en la causa contra ANTONIO ALVARADO Y OTRO, a los señores Miembros del Jurado: OMAR BELTRAN H., CAMILO RAFUL y NEFTALI ACOSTA, y los cité para que concurran al acto, advirtiéndoles que la no asistencia, serà sancionada, impuestos firman". Siguen las firmas de los mencionados señores. Y como del acta de sorteo de jurados no aparece sorteado el señor OMAR BELTRAN HERRERA sino el señor OMAR HERRERA BELTRAN entonces esa providecia se ha notificado a una persona totalmente distinta de la que debía notificarse y citarse para comparecer al juicio.

"Pero hay algo más: De conformidad con el artículo 199 numeral 5o. es también causal de nulidad el haberse incurrido en equivocaciones en el sorteo de los jurados de tal suerte que no pueda saberse quienes fueron en realidad los escogidos. En el presente caso se sorteó al señor OMAR HERRERA BELTRAN y ha actuado el señor OMAR BELTRAN HERRERA seguramente porque se ha creído que él fue el sorteado. Ha habido una grave confusión que coloca este proceso en la situación prevista con el numeral citado. A primera vista oparece sorteado un jurado y se suscribe respecto de él un nombre y luego se le da carácter y se deja actuar a otro en la creencia de que éste fue el sorteado.

"Por todos los aspectos que se analice la situación planteada se llega inevitablemente a la conclusión de que el proceso esta viciado de nulidad.

"Otro aspecto que quisiera presentar a la consideración de esa Honorable Corte es el siguiente: Anulada la audiencia celebrada el día 27 de noviembre de 1.961 en virtud de lo ordenado por el Tribunal, es mi opinión que ha debido verificarse nuevo sorteo de jurado, tal como se hace cuando se declara contraevidente el veredicto del jurado de conformidad con el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal. Esta opinión proviene del hecho de que los jurados son verdaderos jueces y cuando se anulan decisiones de fondo por irregularidades procesales sin cambiarse la situación de hecho, esas decisiones de fondo pasan a ser un concepto u opiniòn sobre el asunto materia del proceso es decir un prejuzgamiento judicial. Los jueces colocados en tales circunstancias están impedidos para volver a tomar determinaciones de fondo para volver a realizar el juzgamiento porque ya se conoce su opinión, ya se conoce su concepto y entonces el nuevo juicio que se celebre no pasa de ser sino una farsa procesal.

"Es por eso por lo que la ley ha ordenado que se convoque nuevo jurado cuando la decisión no se ajusta a la evidencia procesal. Para que el nuevo juicio sea algo efectivo y verdadero y no un mero formalismo.

"Como tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior y que es materia de este recurso de casación fueron proferidas después de la nulidad a que he hecho referencia en este cargo es lógico que son violatorios de la ley procedimental y por lo tanto debe invalidarse la del Honorable Tribunal Superior y decretarse la nulidad de toda lo actuado a partir del momento procesal anteriormente anotado para que mi defendido Antonio Alvarado Hernández sea juzgado de conformidad con las formas propias del juicio".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en su vista fiscal conceptúa que debe invalidarse la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, declarando nulo lo actuado en el proceso a partir del auto de fecha 20

de marzo de 1.962, por medio del cual el Juzgado 6o. Superior de Ibagué, al ordenar que fuera obedecido lo dispuesto por el Tribunal Superior de la misma ciudad, señaló fecha para la celebración de la nueva audiencia y dispuso hacer las citaciones del caso a los mismos ciudadanos que como miembros del primer jurado sorteado desempeñaron por primera vez tal cargo, estimando por lo tanto, que ha debido sortearse nuevo jurado de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 537 y 493 del Código de Procedimiento Penal, y que al no haberse realizado esto, el vicio o quebrantamiento de forma que se denuncia "es absolutamente manifiesto y acarrea sin duda la invalidación de la actuación cumplida por el jurado, que por dos veces obró como tal en la causa y profirió uno y otro veredicto".

En consecuencia, el señor colaborador Fiscal estima que es ineludible la convocatoria de un nuevo jurado para dar aplicación a los arts. 493, 537 y 554 del C. de P. P. que la Procuraduría estima quebrantados.

El señor Agente del Ministerio Público pasa por alto lo que se relaciona con la irregularidad en que se incurrió en relación con el nombre del jurado Omar Herrera Beltrán, quien fue la persona sorteada, habiendo sido citado e intervenido en la audiencia Omar Beltrán Herrera, irregularidad que en concepto del actor constituye una nulidad de carácter constitucional y legal, pues afirma que se trata de dos personas distintas y que el que intervino en la audiencia, o sea el señor Omar Beltrán Herrera usurpó jurisdicción.

SE CONSIDERA

Es cierto que el acta del sorteo total de jurados figura como correspondiente a la ficha número 28 el nombre de Omar Herrera Beltrán, Almacén Rosal (fl. 198) y que en la primera notificación que se le hizo para poner en su conocimiento su elección (fl. 202) figura también con el mismo nombre aunque el jurado aparece firmando Omar Beltrán. Las demás notificaciones personales que se le hicieron de las providencias en que se señaló día y hora para la audiencia pública aparecen hechas a José Omar Beltrán H. u Omar Beltrán H., pero esto no quiere decir, como lo afirma el actor, que se trate de dos personas distintas y que se haya incurrido en la nulidad prevista en el numeral 5o. del art. 199 del C. de P. P., dando lugar a una confusión que no permita saberse la persona que realmente se escogió. Fácilmente se observa que lo que ocurrió fue una equivocación gramatical o yerro mecanográfico, muy fácil también de que en él se incurriera porque aparecen los mismos apellidos y el mismo nombre, aunque colocados aquellos en posición diferente. Debe suponerse que el jurado a quien se le notificó e intervino en las audiencias con el nombre de Omar Beltrán H. y que firmó las diligencias de notificación, únicamente con el nombre de Omar Herrera, es la misma persona que en el acta del sorteo total de jurados aparece con el nombre de Omar Herrera Beltrán, pues en dicha acta se da un dato para su identificación y localización, o sea el Almacén Rosal, es decir, que se trataba de una persona conocida en la población de Ibagué, y que seguramente fue fácil encontrar y notificar. Además, si el señor Omar Beltrán H., quien firmó la primera notificación que se le hizo con el nombre de Omar Herrera Beltrán, no hizo ningún reclamo al respecto era porque no había lugar a confusión, que se trataba de su persona y no de otra distinta. Lo que es dable suponer es que, al escribir en el acta de sorteo el nombre de Omar Herrera Beltrán se incurrió en una errata en el orden en que se pusieron los apellidos.

En este caso tiene perfecta aplicación lo que en relación con el error en que se pueda haber incurrido con respecto a la designación de un jurado, ha dicho la Sala cuando expresa:

"La equivocación de que habla la ley en el ord. 5o. del art. 199 del C. de P. P., no es el simple error gramatical o mecanográfico, que con frecuencia se comete en el acta de sorteo, sino el hecho de no poder determinar, precisar y fijar en un momento dado el nombre de la persona que debe intervenir como jurado; es decir, que por la naturaleza del mismo acto equivocado, la mente humana en la formación del respectivo juicio se halla en duda para determinar la persona verdaderamente elegida; en otros términos, que la equivocación de lugar a que se tome un nombre en vez de otro o que el mismo acto inicial de lugar a interpretar la elección en dos sentidos diferentes en tal forma que se llegue a la conclusión de dos juicios distintos. En

estos casos, la nulidad debe declararse, pero no puede reconocerse, cuando se trata de una equivocación aparente en la forma y no sustancial".

En relación a la objeción formulada en la última parte de la demanda, en la que se plantea otro cargo consistente en que habiéndose declarado la nulidad de la audiencia celebrada el 27 de noviembre de 1.961, y por lo tanto, el veredicto en ella proferido, como consecuencia de lo resuelto por el Tribunal, ha debido sortearse un nuevo jurado, dándole aplicación a lo dispuesto en el art. 517 del C. de P. P., se observa que, aunque realmente no hubo una declaratoria de contraevidencia, que es el caso previsto en el artículo citado, no obstante, como el primer veredicto quedó afectado de nulidad, los mismos jueces de hecho que lo profirieron no podían participar, como lo hicieron, en la nueva audiencia que se celebró y en la que se profirió el segundo veredicto que sirvió de fundamento a la sentencia acusada por las razones siguientes:

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 493 del C. de P. P., no podrán ser jurados en determinada causa los que hubieren formado parte de otro jurado en que se halla debatido el mismo proceso. El legislador al establecer este impedimento, ha querido garantizar la completa imparcialidad e independencia de criterio de los jueces de conciencia, cosa que no se satisface plenamente cuando éstos después de haber proferido un primer veredicto se los llama a intervenir nuevamente en el mismo proceso, pues es natural que el juicio u opinión que primeramente se han formado constituye un verdadero preconcepto que seguramente influiría para pronunciar la segunda decisión.

En consecuencia, al violarse la prohibición contenida en el art. 493 del C. de P. P., se desconoce una de las garantías con que se pretende amparar la completa libertad de criterio de los Jueces que deben decidir en definitiva acerca de la responsabilidad del acusado, lo que entraña un quebrantamiento de una de las formas propias del juicio.

Prospera, por lo tanto, este motivo de casación y en consecuencia, habrá de invalidarse la actuación desde el momento en que se dispuso citar a los mismos Jueces de hecho que habían pronunciado el primer veredicto para que concurrieran al acto de la audiencia en que se dictó la decisión que sirvió de fundamento al fallo acusado, cuando ha debido de procederse al sorteo de un nuevo jurado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué de fecha 5 de diciembre de 1.962 a que se ha hecho mérito, y dispone devolver el proceso al Juez del conocimiento, por conducto del Tribunal de origen para que se reponga el procedimiento a partir del auto de 20 de marzo de 1.962, por medio del cual dispuso correr traslado a los miembros del jurado para que intervinieran en la audiencia en que se profirió el último veredicto.

Cópiese, notifíquese, devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. Samuel Barrientos Restrepo. Julio Roncallo Acosta. Humberto Barrera Domínguez. Gustavo Rendón Gaviria. Primitivo Vergara Crespo. Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS PLANTEADA ENTRE JUZGADOS SUPERIORES. EL CONTRATO DE SEGURO NO ES ELEMENTO DEL CUERPO DEL DELITO QUE DEFINE EL ARTICULO 417 DEL CODIGO PENAL. IGUALMENTE, NO ES MENESTER, PARA QUE ESTA INFRACCION QUEDE CONSUMADA, QUE EL PROVECHO ILICITO BUSCADO POR EL AGENTE SEA OBTENIDO.

Para que la infracción penal que define el art. 417 del Código Penal quede consumada, no se requiere que el precio del seguro o cualquiera otro provecho ilícito se obtengan, pues basta la intención (dolo específico) de buscar esa utilidad ilegítima. Cumplida la destrucción, ocultación o deterioro de los objetos asegurados, el delito se consuma siempre que la conducta del agente esté orientada por ese animus lucrandi.

También es verdad que en el supuesto de esta infracción punible, el contrato de seguro no forma parte del cuerpo del delito. Es, apenas, una condición antecedente para que el reato pueda acometerse, como también es necesario, para que ocurra el delito de abuso de confianza, la previa entrega al agente de la cosa mueble por un título no traslaticio de dominio.

Pero en este negocio se ha hecho una calificación provisional de estafa imperfecta de los hechos que se averiguan, la cual debe ser tomada en cuenta por la Sala para dirimir la colisión de competencias.

En estas condiciones y mientras la investigación no lleve a una conclusión diferente, es obvio que el conocimiento de este negocio le corresponde a los Jueces Superiores de Bogotá, pues el reato de estafa imperfecta se habría cometido en lugares distintos y resulta pertinente el precepto contenido en el art. 57 del C. de P. P. que dice: "Si el lugar donde se cometió el delito fuere desconocido, o si se tratare de un delito cometido en el extranjero, o en lugares distintos, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncio, o en que primero se inicie la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, marzo once de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Para resolver la colisión de competencias planteada entre el Juzgado 1o. Superior de Bogotá y el Juzgado 1o. Superior de Pasto, para conocer del proceso seguido por falsedad y estafa contra el señor CARLOS VELASCO GUERRERO y otros, la Sala toma en cuenta lo siguiente:

a). Se trata de la imputación de estafa y falsedad que se hace a los procesados, en relación con el cobro que fue adelantado a la "Aseguradora Gran Colombiana de Crédito S. A." de la póliza automática de transporte No. T. R. 208, de 12 de enero de 1.962, que amparaba una planta para asfalto y otros elementos y que, se dice, se perdió en un accidente de tránsito sucedido en la noche del 4 al 5 de febrero de 1.963, en la carretera que va de Pasto a Ipiales.

b). El Juzgado 1o. Superior de Bogotá, en providencia de 12 de noviembre de 1.963, anota lo que pasa a transcribirse:

"Examinado concienzudamente el expediente, encuentra el Juzgado que en realidad de verdad son totalmente valederos los fundamentos que invoca el mencionado profesional, como que el real o ficticio accidente de la volqueta se in-

dica como ocurrido en jurisdicción de Pasto y se señala que allí, además de la pérdida de la maquinaria pesada, pereció la persona que conducía el vehículo; es decir que, dentro de la pluralidad de hechos investigados, debe contemplarse también en este negocio la posibilidad de un "homicidio" en accidente de tránsito, bien sea para aceptarlo, o bien para descartarlo, de lo cual ha de encargarse la propia investigación.

"Por otra parte, de acuerdo con las previsiones del art. 240 del Código Penal..... "para que se incurra en este ilícito....." basta la intención que se tenga de causar perjuicio a tercero.

"En el caso presente, según se desprende del auto de detención preventiva y del proceso en general, esta intenciòn se tuvo y se exteriorizó primeramente por Velasco Guerrero y sus compañeros de sindicación en el Distrito Judicial de Pasto, y, por ende, es allí donde tuvo cumplimiento tal delito.

"Igual cosa debe argumentase en lo que atañe al delito de estafa, de que habla el auto de detención, ya que habiéndose quedado éste en la etapa de la frustración, los actos encaminados a consumarlo se cumplieron en la capital de Nariño, desde donde Velasco dirigió a la "Compañia Grancolombiana" las respectivas cartas comunicándole la ocurrencia del accidente y demandándole el pago del seguro de la maquinaria".

c). De otra parte, el Juzgado 1o. Superior de Pasto arguye:

"Esta bien claro que en este negocio la competencia se rige por lo dispuesto en el art. 55 del citado Código.... (el de Procedimiento Penal)...., el cual estatuye que "es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el juez del territorio en que se cometió la infracción". Se investiga en este proceso un posible delito de estafa a una compañía aseguradora domiciliada en Bogotá, por consiguiente es en ese lugar donde se habría llevado a cabo la infracción que la ley tipifica como estafa frustrada. Todo lo realizado en otros lugares del país, como lo hecho en Pasto y Popayán, no serían sino los "artificios o engaños" tendientes a obtener un provecho ilícito con perjuicio de la compañía. El fin último era obtener el pago de un seguro, y ese pago se verificaría ineluctablemente en Bogotá porque allí es donde la compañía tiene el asiento de sus negocios; por consiguiente, si el delito se consumaba es Bogotá, ese es el Distrito Judicial o el territorio en que asimismo se habria cometido la infracción de la estafa frustrada..... Es en Bogotá en donde se hubiera realizado el perjuicio económico a la compañia si el delito se hubiera consumado; en este caso, según la investigación, no llegó a consumarse, pero ante la ley se tipifica el hecho de una estafa frustrada, y el lugar en que se cometiò esta infracción a la ley es por lógica consecuencia el mismo Bogotá.

"El camino recorrido por el sindicado o el iter criminis habría principiado y acabado en Bogotá, por consiguiente es ese el territorio donde se cometiò la infracción. Allí, según aparece de las constancias procesales, Carlos Velasco firmó una solicitud para póliza automática el 11 de diciembre de 1.962, y al día siguiente firmó la póliza automática de Seguros de Transporte No. T. R. 208, segùn consta al f. 8 y 9 del cuaderno 1o. de este sumario. La Conpañia Colombiana de Crédito que expidió dicha póliza es una sociedad anónima domiciliada en Bogotá, y por lo tanto en dicha ciudad tiene el asiento de todos sus negocios. La mencionada Compañía también le entregó al asegurado el 2 de enero de 1.963, el certificado de seguros No. 3457, cuya copia figura al f. 14. Posteriormente, según se deduce de estas constancias procesales, el 4 de febrero de 1.963 se habría simulado un siniestro en el kilòmetro 40 de la carretera que de esta ciudad conduce a Ipiales, y se habrían llevado a cabo una larga serie de falsedades en documentos públicos y privados y falsos testimonios, en esta ciudad, en Popayán y, en mayor número -esas falsedades documentarias- en Bogotá, con el fin de allegar los papeles necesarios para cobrar los seguros contratados por la Compañía Grancolombiana de Crèdito y con la Compañía de Seguros Colombia, también domiciliada en Bogotá. Allí en Bogotá iba a tener culminación el iter criminis, con la obtención del pago de los seguros. Y como la frustación sigue la misma tònica o norma de la infracción consumada, este Despacho no ve problema en este caso, acerca de la determinaciòn del juez que debe conocer de este sumario, que no puede ser otro que el de Bogotá.

"La simulación del siniestro, las falsedades, los falsos testimonios, vendrían a ser solamente los "artificios o engaños" de que habla la ley penal, los medios para obtener el provecho ilicito, por lo tanto los lugares intermedios donde se haya llevado a cabo o se hayan creado esos ardides o estratagemas no pueden dar lugar jamás a que se dirima la competencia para los jueces de esos lugares. El delito de estafa se consuma en el lugar donde se realiza el perjuicio económico, donde la víctima del reato hace entrega de su bien patrimonial. Si la Compañía Grancolombiana de Crédito, cuyo domicilio es Bogotà, tenía que entregar el dinero correspondiente al valor del seguro en Bogotá, bien sea personalmente al asegurado, o remitiéndole el cheque o por medio de giro, es incuestionable, no se presta a discusiòn, que la competencia para conocer de este caso corresponde a los jueces de Bogotá.

"En referencia al argumento de que a los jueces de Nariño corresponde el conocimiento de este asunto por la naturaleza del hecho, es decir, por tratarse de un homicidio y de una infracción contenida en el Título "Del Abuso de Confianza y otras Defraudaciones", este Despacho estima, en cuanto a lo primero, que aún en el caso de comprobarse que el siniestro fue efectivo, real, y que en él murió un individuo, este hecho no sería nunca un homicidio, como lo denomina el señor apoderado, sino que sería simplemente una muerte accidental, un caso fortuito, sin relievancia jurídica, sin que tipifique un homicidio, a no ser que se comprobara que había habido manos criminales en el siniestro y en la muerte de ese individuo. Y en relación con lo segundo, este Despacho cree que en caso de configurarse la infracción prevista en el art. 417 del C. P., también la competencia sería para los jueces de Bogotá, porque en ese supuesto ocurriría lo mismo que en el posible delito de estafa: que el sindicado habria obtenido el provecho ilícito en Bogotá, donde a su vez la Compañía aseguradora habría sufrido el perjuicio patrimonial correspondiente a ese provecho".

d). El doctor Roberto Ordóñez Peralta, apoderado de la parte civil en este proceso, en escrito dirigido al Juzgado 3o. Superior de Pasto, (f. 40 y ss del Cd. 3o.), dice:

"Bien sabe Ud. que, generalmente, la conducta humana (acción u omisión), como su resultado, son coetáneos, o que el resultado de tiempo entre aquella y éste es insignificante. Sin embargo, en ciertos casos, como el presente, la causa y el efecto -vale decir- la conducta humana y su resultado, no coinciden en lo referente al tiempo y al lugar del delito.

"Sobre este particular se han expresado -precisamente- diversos criterios, existiendo ordenamientos legales opuestos entre las distintas legislaciones penales de Europa, como de los países Indoamericanos.

"Conocidas son -por ejemplo- las denominadas: "Teoría de la actividad", que toma en cuenta el tiempo y el lugar en donde ésta se desarrolla o se manifiesta por el agente criminoso. Igualmente tenemos, la "teoría del resultado", en donde sus sostenedores afirman que el delito se comete en el lugar y en el tiempo en donde se produce el resultado de la acción. También es conocida la "teoría del resultado intermedio", para la cual es decisivo el tiempo y el lugar en que se expresa la parte esencial de la actividad delictiva, es decir, en donde comienza el resultado de la acción criminógena. Tampoco es menos importante la llamada "teoría de conjunto" o de la "ubicuidad", cual considera que el delito se comete tanto en donde se expresa total o parcialmente la actividad delictuosa, como en donde se produce el resultado de la misma.

"Ante la diversidad de conceptos, tesis y apreciaciones, en torno al tema que nos ocupa, así como frente a las distintas legislaciones universales, que han acogido en sus estatutos a una u otra, nuestro legislador colombiano, obrando con un criterio más práctico, más realista, más pragmático, y en miras de resolver, con mayor eficacia, conflictos de esta naturaleza, estatuyó en su art. 57 del C. de P. P. la llamada "jurisdicción preventiva", que es -precisamente- aquella que corresponde a dos o más jueces, pero que, ejercida por uno cualquiera de ellos, queda perdida para los demás. De ahí que ésta (la jurisdicción preventiva) se contraiga a tres casos que la misma norma contempla, siendo el último de éstos: "cuando se trate de un delito cometido en lugares distintos" o sea al hecho que es materia del presente debate.

"Acaso, no sobra agregar, que la disposición legal referida (art. 57 del C. de P. P.) le otor-

ga el conocimiento al juez competente por la naturaleza del hecho del lugar (no en razón del territorio, ni de la persona) "en que primero se formule el denuncio", "o en que primero se inicie la instrucción", "y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado.....".

e). El doctor Agustín Gómez Prada, apoderado sustituto del señor Carlos Velasco Guerrero, anota lo siguiente:

"Como se ve y se repite, no se discute sobre la competencia por razón de la naturaleza del asunto, sino por razón del lugar, pues al paso que un juzgado considera que el delito se consumó en el lugar en que el valor del seguro debía ser pagado, el otro juzgado considera que el delito se consumó en el lugar en que se realizaron los hechos de destrucción de la cosa asegurada y hasta un posible homicidio. "Es juez competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso -dice el artículo 55 del C. de P. P. - el juez del territorio en que se cometió la infracción". Cabe no olvidar tampoco que "los delitos conexos -aquí falsedad, homicidio y estafa u otra defraudación de las comprendidas en el abuso de confianza- se investigarán y fallarán en el mismo proceso", según el artículo 54 del mismo Código.

"Pues bien, el hecho encajaría dentro de lo previsto en el art. 174 del código argentino, o sea, de quien incendiare o destruyere una cosa asegurada para procurarse provecho ilegal en perjuicio del asegurador. Y comenta Soler, al respecto, que la ley "atiende a la pura destrucción de la cosa"; que "es un caso de ardid especialmente definido y calificado y, además, alcanzado por la ley penal en un momento anterior al que ordinariamente se fija como consumatorio de la estafa"; que "basta un hecho que importe simular ostensiblemente las condiciones generatrices de la acción contra el asegurador" y que el momento consumativo es el del incendio o la destrucción, sin que sea admisible la tesis de que "el comienzo de la ejecución tiene lugar cuando se intenta cobrar el seguro". (Derecho penal argentino, tomo IV, p. 377 y ss). En dicho código el cobro de un seguro destruyendo la cosa asegurada está considerado como estafa.

"En el código italiano está entre los delitos contra el patrimonio mediante fraude y consiste en destruir, perder, deteriorar u ocultar cosas propias con el fin de cobrar el valor de un seguro contra accidentes.

"En esta hipótesis la "consumación se realiza apenas se destruye, pierde o deteriora la cosa" y en el caso de que un herido asegurado agrave las consecuencias de lesiones producidas en accidente, la consumación se realiza "apenas el agente se causa la lesión o agrava las consecuencias de ella". Y es circunstancia agravante que el culpable consiga su intento de cobrar el seguro (Giusseppe Maggiore, Derecho penal, vol. V, página 145).

"En nuestra ley encajaría dentro de las "otras defraudaciones", comprendidas en el abuso de confianza, ubicación inexacta, como otras cuantas allí..... "aparecen....." incluídas (usura, quiebra, violación de la posesión) ya que nada tiene que ver una infracción de esta naturaleza con algo parecido a un abuso de confianza, pues más bien es una estafa sui generis. Es la especie del art. 417 del Código, que sanciona al que destruya, oculte o deteriore objetos asegurados de su propiedad.

"Pérez dice que este "es un delito formal o de mero propósito. No es necesario, para su configuración, que en realidad se presente la consecuencia antijurídica, que es en este caso, la obtención del precio del seguro o cualquier otro provecho" (Luis Carlos Pérez, Derecho Penal Colombiano, VIII, p. 439).

"Y más ampliamente comenta Arenas: "La consumación se produce cuando el agente ejecuta cualquiera de los hechos puntualizados, siempre que obre así con el fin de obtener para sí o para un tercero el precio de un seguro y otro provecho ilícito. No se necesita, para que la infracción se perfeccione jurídicamente, que el provecho ilícito se obtenga, ni que la suma asegurada se pague, total o parcialmente. El delito es formal: se consuma con la destrucción, ocultación o deterioro de los objetos asegurados, o con la causación de otros daños estudiados, siempre que estos hechos estén acompañados del propósito indicado, aunque no se alcance, ni sufra perjuicio el asegurador". (Antonio Vicente Arenas, Delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la propiedad, p. 324).

"Por estas breves consideraciones, estimo que el Juzgado competente para conocer es el Juzgado Superior de Pasto, en cuyo territorio

se realizaron los supuestos hechos fraudulentos para cobrar indebidamente un seguro, como lo sostuvo la compañía aseguradora".

f). CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Es cierto que para la infracción penal que define el artículo 417 del Código Penal quede consumada, no se requiere que el precio del seguro o cualquiera otro provecho ilícito se obtengan, pues basta la intención (dolo específico) de buscar esa utilidad ilegítima. Cumplida la destrucción, ocultación o deterioro de los objetos asegurados, el delito se consuma, siempre que la conducta del agente esté orientada por ese animus lucrandi.

También es verdad que en el supuesto de esta infracción punible, el contrato de seguro no forma parte del cuerpo del delito. Es, apenas, una condición antecedente para que el reato pueda cometerse, como también es necesario, para que ocurra el delito de abuso de confianza, la previa entrega al agente de la cosa mueble por un título no traslaticio de dominio.

Pero en este negocio se ha hecho una calificación provisional de estafa imperfecta de los hechos que se averiguan, la cual debe ser tomada en cuenta por la Sala para dirimir la colisión de competencias de que se ha hecho mención.

En estas codiciones y mientras la investigación no lleve a una conclusión diferente, es obvio que el conocimiento de este negocio le corresponde a los Jueces Superiores de Bogotá, pues el reato de estafa imperfecta se habría cometido en lugares distintos y resulta pertinente el precepto contenido en el artículo 57 del C. de P. P., que dice: "Si el lugar en que se cometió el delito fuere desconocido, o si se tratare de un delito cometido en el extranjero, o en lugares distintos, prevendrá en el conocimiento el juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule el denuncio, o en que primero se inicie la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al inculpado".

En el presente caso, el denuncio fue formulado en Bogotá y en esta misma ciudad se inició la averiguación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema -SALA PENAL-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias planteada entre los Juzgados Primero Superior de Bogotá y Primero Superior de Pasto, en el sentido de DECLARAR que el conocimiento de este proceso corresponde al primero de los jueces mencionados, a quien se enviará el expediente.

Infórmese de lo resuelto al Juzgado primero Superior de Pasto.

Cópiese y notifíquese. Publiquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres.- Samuel Barrientos Restrepo.- Julio Roncallo Acosta.- Humberto Barrera Domínguez.- Gustavo Rendón Gaviria.- Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Srio.

SENTENCIA VIOLATORIA DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO POR CERCENAR FUNDAMENTALMENTE EL DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO.

Consecuencias del fallo de inexequibilidad. Pruebas en la segunda instancia en procesos tramitados de conformidad con el Decreto 012 de 1.959. Su importancia como medio de defensa del procesado.

1. Importa observar que los hechos delictuosos a que se contrae el proceso ocurrieron el catorce de septiembre de mil novecientos sesenta; que los fallos de primera y segunda instancia fueron proferidos el 10 de febrero el y 6 de julio de 19.61 respectivamente, y que la Corte profirió la sentencia a que alude el demandante el 24 del mismo mes y año que acaban de citarse, la cual fue publicada en el "Diario Oficial" No. 30.582.

Se dice lo anterior para recordar que esta Sala en presencia de presupuestos cronológicamente semejantes, ha mantenido en decisiones adoptadas por mayoría de votos el criterio de la Corte Plena, conforme al cual las consecuencias del fallo de inexequibilidad "no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él ni borran en lo pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor". (Fallo de 5 de agosto de 1.955; G. J., Tomo LXXX, 226).

2. No debe olvidarse que el proceso de que se trata se tramitó conforme a las normas excepcionales del Decreto No. 12 de 4 de junio de 1.959, y que ese procedimiento extraordinario no preveía el auto de proceder. Por tanto, en la práctica, el pliego de cargos que se le formulaba al procesado se hallaba contenido en el fallo de primer grado. En fuerza de tales circunstancias, es evidente que la facultad de solicitar pruebas en la segunda instancia constituía para el procesado su mejor y más importante medio de defensa. Por ello se expresó lo siguiente en sentencia de 30 de noviembre de 1.962: "En repetidas oportunidades esta Sala de la Corte ha considerado que cuando, como en el presente caso, el apoderado o defensor no cumplió en forma alguna el trascendente deber de ejercitar la defensa de su patrocinado, se estructura una nulidad de carácter supra-legal. Así ocurrió, por ejemplo, en los casos a que se contraen los fallos de 27 de abril de 1.961, 5 de mayo y 18 de septiembre de 1.962. Se dijo entonces sobre el particular, entre otras cosas, 'que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquéllas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los Jueces hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no solo de la ley procedimental, sino también de la Constitución Nacional".

Ciertamente, en jurisprudencia citada por el señor Procurador la Corte ha dicho que "la nulidad del art. 198, numeral 4o., incide directamente en la actuación de la primera instancia del juicio, no en la segunda, pues es en la primera etapa del proceso donde es imperiosa la exigencia de la notificación personal para que el interesado pueda aducir los elementos de prueba tendientes a desvirtuar los cargos que se le hicieron en el auto de llamamiento a juicio". Como es fácil advertirlo, la doctrina anterior presupone la existencia de un proceso regido por las nor-

mas del procedimiento ordinario. Por eso en ella se agrega: "Pero cuando el procesado tiene conocimiento no solo del auto de proceder sino que ha intervenido en el curso de la causa allegando pruebas pertinentes a su defensa, la falta de notificación, en la segunda instancia, del auto por el cual se ordena poner en conocimiento de las partes el negocio para que manifiesten si tienen pruebas que aducir, no es motivo de nulidad...".

Las situaciones a que la jurisprudencia recordada se refiere y la que aquí se contempla son diferentes, porque en el presente caso -se repite- no hubo auto de proceder, y, por tanto, el procesado sólo podía allegar pruebas "pertinentes a su defensa" en la segunda instancia, que fue precisamente en donde no tuvo oportunidad de allegarlas. Así las cosas, es obvio que la jurisprudencia citada por la Procuraduría robustece el criterio expuesto en el presente fallo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, doce de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Mediante sentencia del seis de julio de mil novecientos sesenta y uno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó la de primera instancia, dictada por el Juzgado 216 de Intrucción el diez de febrero del citado año, en la cual, previo el trámite especial señalado en el Decreto Legislativo número 0012 de 1.959, se condenó a SANTOS GONGORA BUSTOS a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio.

Contra el fallo de segunda instancia el procesado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación. Adelantado el trámite propio del asunto, por auto del cinco de julio de 1.962 la Corte hubo de declarar la nulidad de la actuación surtida ante ella, y dispuso devolver el proceso al Tribunal de origen, a fin de que el referido recurso se concediera en legal forma, vale decir, mediante providencia suscrita por todos los magistrados que integran la respectiva Sala de Decisión. Subsanado el vicio procedimental aludido y repuesta la actuación, compete a la Corte decidir.

HECHOS

Constituye versión aceptada en las instancias que Santos Góngora Bustos, de tránsito en Armero la noche del 14 de septiembre de 1.960, aprovechó su paso por esa población para visitar a Sofía Palma de Rayo, mujer separada de su legítimo esposo, con quien aquél había vivido en concubinato. Como la mencionada mujer no accediera a recibir de buen agrado la visita de su antiguo amante, éste le disparó con la pistola que portaba, haciendo blanco en la nariz y causándole la muerte.

DEMANDA DE CASACION

Ceñida a las prescripciones legales sobre la materia, la demanda impugna el fallo recurrido con fundamento en la causal cuarta de casación. Los siguientes pasos del libelo permiten descubrir los dos cargos en que la acusación se funda:

Primer Cargo: "...el Juez de Instrucción Criminal, dependiente del Ministerio de Justicia, no era competente para fallar el mèrito del proceso que se adelantaba por homicidio contra mi patrocinado Santos Gòngora en el Distrito Judicial de Ibagué. De consiguiente, carecía también de facultad para declarar cerrada la investigación, según lo dispone el art. 421 del C. de P. P. Toda la actuación posterior a esta providencia es nula por la eficacia difusiva que toda nulidad conlleva. Entonces, el H. Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué estaba obligado de oficio, a declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del cierre de la investigación, y ordenar que se repusiera el proceso desde aquel acto. No lo hizo así. Violó, por tanto, los arts. 200 y 201 del C. de P. P. De consiguiente, la sentencia proferida en este juicio es rescindible por ustedes, ya que se dictò violando las disposiciones de procedimiento citadas.

El Juez 216 de Instrucción Criminal no era competente para fallar y por tanto, para declarar cerrada la investigación. En efecto, el Juez 216 era funcionario de la rama ejecutiva. Fallar el mérito del proceso que por el delito de homicidio se adelantaba contra Santos Góngora Bustos es una actividad evidentemente judicial, adscrita por consiguiente a la rama

jurisdiccional del poder pùblico, según lo dispone el Art. 55 de la Constitución Nacional en concordancia con el 58 siguiente. La rama jurisdiccional la componen la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que ha establecido la ley. Los jueces competentes para conocer del delito de homicidio pertenecientes a la rama jurisdiccional son los Jueces Superiores de Distrito judicial, de que trata el Art. 45 de la ley 94 de 1.938 (C. de P. P.). A la luz de las anteriores disposiciones, era el Juez Superior del Distrito Judicial de Ibagué y no el 216 de Instrucción Criminal, el Juez competente para juzgar a Santos Góngora Bustos por los hechos que se le imputaban en este proceso. De consiguiente, al fallar el proceso el Juez de Instrucción Criminal ya mencionado, su actuación quedó afectada de nulidad desde el auto que declaró cerrada la investigación. La falta de competencia de jurisdicción en el fallador está prevista como causal de nulidad en el Art. 198 del C. de P. P. y en el Art. 22 del Decreto 0012 de 1.959. El Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué, como Juez de segunda instancia, debió declarar la nulidad, ordenar la reposición de lo actuado, absteniéndose de dictar la sentencia impugnada.....".

"El Decreto 0012 de 1.959 en su art. 1o. que confirió competencia a los jueces de Instrucción Criminal, dependientes del Ministerio de Justicia, es inconstitucional, por razón de haber otorgado esta competencia a quienes la Constitución prohibe. Así lo declaró la Honorable Corte Suprema de Justicia con fuerza de verdad legal **erga omnes** en sentencia de 24 de julio de 1.961. Si el decreto en cuestión es inconstitucional no tenía fuerza vinculante para la rama jurisdiccional del poder pùblico en el momento de ejercer su función, porque la Constitución manda en el Art. 215 que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales..... Es verdad que por vía de acción corresponde privativamente a la Corte Suprema de Justicia el control constitucional de las leyes, pero también es verdad que por vía de excepción, corresponde a los jueces aplicar de preferencia las normas constitucionales cuando éstas son incompatibles con las de las leyes. No lo hizo así el Juez de segunda instancia en el proceso contra Santos Góngora, y por ello, he ocurrido ante ustedes a demandar la sentencia por la causal invocada".

Segundo Cargo: "Finalmente, la sentencia impugnada es violatoria de la Ley de procedimiento, por cuanto el auto que declaró cerrada la investigación no quedó ejecutoriado como puede observarse en el expediente. Además, no se notificó personalmente al defensor el auto que señaló término a los interesados para que manifiesten si tienen hechos que probar en el juicio, y de consiguiente se violó el art. 171 del C. de P. P., lo cual constituye causal de nulidad, de acuerdo con el numeral 4o. del art. 198 del C. de P. P.. No se declaró la nulidad por el Juez de segunda instancia. Luego violó los arts. 200 y 201 del C. de P. P.....".

Importa advertir que el actor, antes de plantear y sustentar los motivos de impugnación que informan el contenido de los apartes transcritos, concretó la finalidad que con ellos persigue, pidiendo "que se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual el Juzgado doscientos dieciseis (216) de Instrucción Criminal declaró cerrada la investigación y corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos (o sea desde el folio 93 del expediente), se devuelva por conducto del H. Tribunal Superior de Ibagué al señor Juez Superior del Distrito Judicial de Ibagué para que se reponga todo lo actuado".

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal ha examinado la acusación en el detenido estudio que aparece de folios 46 a 64 de este cuaderno. Ese examen lo lleva a concluir que ninguna de las dos tachas en que aquélla se funda puede prosperar, razón por la cual, de manera consecuente, solicita a la Corte que no case la sentencia objeto del recurso.

Dada la decision que en el presente fallo habrá de adoptarse, resulta de suma conveniencia conocer literalmente las razones en que el distinguido coloborador apoya su rèplica al segundo de los cargos formulados por el actor:

"Nuevamente se trata de una nulidad que, como la anterior, no constituyó tema de las

instancias, pues allí no se alegó, es decir, sobre ella no tuvo ocasión de pronunciarse el fallador.

"De otro lado, acontese que al relacionar lo atrás copiado con lo que el señor demandante explica en el punto 3o. del capítulo de los "Hechos y actuación procesal", se encuentra que al folio 93 del cuaderno principal obra el auto por medio del cual, con fecha 24 de enero de 1.961, se declarö cerrada la investigación y se dispuso el traslado de rigor a las partes para alegar, auto que en esa misma fecha se notificó al sindicado, a su apoderado, al Ministerio Público y al apoderado de la parte civil.

"Ahora bien, el hecho de que de esa providencia se hubiera pedido reposición, la cual fue denegada, unido a la circunstancia de que el auto respectivo fue notificado únicamente a los interesados en la reposición, vale decir, al procesado y su apoderado, no implica en absoluto la menor nulidad, como tampoco constituye irregularidad, con tanto mayor razón cuanto que el Ministerio Público y la defensa presentaron oportunamente sus alegatos con motivo del traslado corrido.

"En la segunda instancia, por medio del auto visible al folio 121 ibídem, se dió cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 540 y 541 del Código de Procedimiento Penal. En la misma fecha en la cual fue pronunciado, 9 de marzo de 1.961, fue notificado el procesado, no así su defensor, "por no residir en esta ciudad, pues tiene instalada su oficina de abogado en la ciudad de Armero" (fl. 121 vto. id.), pero sí hubo una notificación por estado el 14 del mismo mes de marzo. Devuelto de la Fiscalía respectiva, el 22 de marzo citado quedó a disposición de las partes el proceso, en traslado de 10 días "para pedir pruebas" (fl. 123, id.). El mismo día 22, el Dr. Gustavo Lozano Gutiérrez presentò el poder del procesado que obra en al folio 124 ibídem, escrito que dió lugar a que la Secretaría dejara la siguiente constancia:

"Marzo 22 de 1.961. Presentado hoy por el Dr. Gustavo Lozano Gutiérrez se agrega a la causa respectiva, la cual se halla para correr traslado a las partes, para que soliciten apertura a pruebas".

Actuación equivocada fue ésta, pues el memorial ha debido ser pasado inmediatamente al señor Magistrado sustanciador para efectos del reconocimiento del caso, efectuado lo cual, ha debido notificarse el proveído del 9 de marzo al defensor y correrse el traslado ya mencionado.

"Así, pues, que lo que ocurrió fue que el 8 de abril de 1.961 venció el tèrmino del traslado anotado y los interesados "guardaron silencio", como se atesta al folio 123 ibídem, habiéndose pasado el negocio al Despacho del señor Magistrado sustanciador, el 10 del mismo mes (fl. 124 vto.) para reconocimento del defensor (fl. 125 ibídem) y su posesión, sin que este apoderado actuara en forma alguna en defensa de su patrocinado, pues bien hubiera podido observar a la Secretaría del H. Tribunal el error que ésta cometía al correr un traslado sin haber sido reconocido como defensor, o bien, una vez efectuado este reconocimiento, alegar lo pertinente para obtener la reposición del traslado, lo cual no solamente no hizo sino que también fuera de su posesión, nada, pero absolutamente nada efectuó en el desempeño de su cargo, hasta el punto de que quien introdujo el recurso de casación fue el mismo procesado.

Pero, con todo, la alegación del señor apoderado demandante en casación, carece de valor si se tiene en cuenta la siguiente determinación de la H. Corte:

'La nulidad del art. 198, numeral 4o., incide directamente en la actuación de la primera instancia del juicio, no en la segunda, pues es en la primera etapa del proceso en donde es imperiosa la exigencia de la notificación personal para que el interesado pueda aducir los elementos de prueba tendientes a desvirtuar los cargos que se le hicieron en el auto de llamamiento a juicio. Pero cuando el procesado tiene conocimiento no sólo del auto de proceder sino que ha intervenido en el curso de la causa allegando pruebas pertinentes a su defensa, la falta de notificación, en la segunda instancia, del auto por el cual se ordena poner en conocimiento de las partes el negocio para que manifiesten si tienen pruebas que aducir no es motivo de nulidad, porque en el art. 541 del C. de P. P., el legislador suprimió implícitamente esta causal de nulidad, o sea la última parte del art. 444 que es la que la consagra cuando dice: "para que manifiesten si tiene o no pruebas què pedir".

(Auto, 19 agosto 1.947, LXIII, 788. Sentencia, 22 noviembre 1.947, LXIII, 841).

"Conforme a lo anterior, no puede aceptarse este último cargo hecho a la sentencia".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Si el segundo de los motivos de impugnación atrás reseñados no estuviese llamado a prosperar, sería pertinente un examen a fondo del primero. Sin embargo, con respecto a èste importa observar que los hechos delictuosos a que se contrae el proceso ocurrieron el catorce de septiembre de mil novecientos sesenta; que los fallos de primera y segunda instancia fueron proferidos el 10 de febrero y el 6 de julio de 1.961, respectivamente, y que la Corte profirió la sentencia a que alude el demandante el 24 del mismo mes y año que acaban de citarse, la cual fue publicada en el "Diario Oficial" número 30.582.

Se dice lo anterior para recordar que esta Sala, en presencia de presupuestos cronológicamente semejantes, ha mantenido en decisiones adoptadas por mayoría de votos el criterio de la Corte Plena, confome al cual las consecuencias del fallo de inexequibilidad "no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él ni borran en lo pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor". (Fallo de 5 de agosto de 1.955; C. J., Tomo LXXX, 226).

En cuánto al segundo de los cargos formulados por el actor a la sentencia recurrida, es preciso aceptar que la actuación procesal en la segunda instancia se desarrolló en la forma que tan circunstanciadamente y con toda propiedad describe el señor Procurador. Y de esa actuación se desprende con suma claridad que al procesado se le cercenó por modo fundamental el derecho de defensa, porque no tuvo la oportunidad de probar.

En efecto, no debe olvidarse que el proceso de que se trata se tramitó confome a las normas excepcionales del Decreto número 12 de 4 de julio de 1.959, y que ese procedimiento extraordinario no preveía el auto de proceder. Por tanto, en la práctica, el pliego de cargos que se le formulaba al procesado se hallaba contenido en el fallo de primer grado. En fuerza de tales circunstancias, es evidente que la facultad de solicitar pruebas en la segunda instancia constituía para el procesado su mejor y más importante medio de defensa. Por ello se expresó lo siguiente en sentencia del 30 de noviembre de 1.962.

"En repetidas oportunidades esta Sala de la Corte ha considerado que cuando, como en el presente caso, el apoderado o defensor no cumplió en forma alguna el trascendente deber de ejercitar la defensa de su patrocinado, se estructura una nulidad de carácter Supra-legal. Asi ocurrió, por ejemplo, en los casos a que se contraen los fallos de 27 de abril de 1.961, 5 de mayo y 18 de septiembre de 1.962. Se dijo entonces sobre el particular, entre otras cosas, "que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de èste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los jueces hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no sólo de la ley procedimental, sino también de la Constitución Nacional".

Ciertamente, en jurisprudencia citada por el señor Procurador la Corte ha dicho que "La nulidad del art. 198, numeral 4o., incide directamente en la actuación de la primera instancia del juicio, no en la segunda, pues es en la primera etapa del proceso donde es imperiosa la exigencia de la notificación personal para que el interesado pueda aducir los elementos de prueba tendientes a desvirtuar los cargos que se le hicieron en el auto de llamamiento a juicio". Como es fácil advertirlo, la doctrina anterior presupone la existencia de un proceso regido por las normas del procedimiento ordinario. Por eso en ella se agrega: "Pero cuando el procesado tiene conocimiento no sólo del auto de proceder sino que ha intervenido en el curso de la causa allegando pruebas pertinentes a su defensa, la falta de notificación, en la segunda instancia, del auto por el cual se ordena poner en conocimiento de las partes el negocio para que manifiesten si tienen pruebas que aducir no es motivo de nulidad.....".

Las situaciones a que las jurisprudencia recordada se refiere y la que aquí se contem-

pla son diferentes, porque en el presente caso -se repite- no hubo auto de proceder, y, por tanto, el procesado sólo podía allegar pruebas "pertinentes a su defensa" en la segunda instancia, que fuè precisamente en donde no tuvo oportunidad de allegarlas. Asi las cosas, es obvio que la jurisprudencia citada por la Procuraduría robustece el criterio expuesto en el presente fallo.

Lo dicho es suficiente para concluir que prospera el cargo estudiado, y que, en consecuencia, la Corte habrá de proceder en armonía con lo que indica el artículo 570 del C. de P. P. en su letra b).

Finalmente importa observar que no estando ya en vigencia el Decreto 0012 de 1.959, la actuación en el proceso se regirá conforme a las normas del procedimiento ordinario. Pero como dentro de este procedimiento son presupuestos bàsicos la calificación de fondo por la instancia y el plenàrio, caso de vocaciòn a juicio, en garantía del derecho de defensa debe retrotraerse la actuación al momento de la clausura de la etapa investigativa.

DECISION:

En razón de lo expuesto, La Corte Suprema, -Sala de Casación Penal- oido el concepto del señor Procurador Primero Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA el fallo recurrido y ORDENA devolver el proceso a los Jueces Superiores del Distrito Judicial de Ibagué (Reparto), por conducto del Tribunal de drigen, para que se reponga el procedimiento, aplicando el que actualmente rige, a partir del auto mediante el cual se declaró cerrada la investigación y dispuso poner el proceso a disposición de las partes, por el término de tres días, para que presentaran sus alegatos. (f. 93 del Cuaderno No. 1).

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. - Samuel Barrientos Restrepo. - Julio Roncallo Acosta.- Humberto Barrera Domínguez. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo.- Pioquinto León L., Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. De acuerdo con el ordinal d) del art. 21 de la ley 1a. de 1.945 está exento del servicio militar el hijo único de padres incapacitados para trabajar o que pasen de sesenta años, siempre que éstos carezcan de renta, pensiòn o medios de subsistencia, y cuando el hijo vela por ellos.

2. Están exentos de responsabilidad penal por el delito de "Deserción", aquellos individuos que han sido incorporados ilegalmente a las Fuerzas Militares.

3. El hecho presentado, como motivo de revisión, debe considerarse como nuevo, ya que no se conoció, y por lo mismo, no fue estudiado dentro del proceso penal adelantado. Y ésto, desde luego, porque el sindicado estuvo ausente del juicio que contra él se siguió.

Es, por tanto, admisible el recurso de revisión impetrado, y por ello se ordenará que el caso vuelva a ser considerado por una autoridad distinta a la que lo falló (art. 574 del C. de P. P.).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION PENAL. Bogotá, marzo dieciséis de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior Militar, en sentencia de 3 de julio de 1.963, condenó, por el delito de "Deserción", al soldado ALFONSO MERINO ERAZO, a la pena de siete meses de arresto y a la separación, por el mismo tiempo, de las Fuerzas Militares, confirmando así, con reformas, el fallo dictado por el Comando del Batallón de Infantería No. 14 "Ricaurte" de Bucaramanga, el 3 de marzo del año pasado.

El señor Fiscal Tercero del Tribunal Militar interpuso contra los mencionados fallos el recurso extraordinario de revisión, con base en la causal 5a. de las señaladas en el artículo 571 del C. de P. P., o sea, por haber aparecido, después de la condenación, "hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Al recurso se dió el trámite legal y es el momento de decidir.

HECHOS:

El soldado ALFONSO MERINO ERAZO, en uso de una licencia, salió el 12 de enero del año de 1.963 de la Unidad Militar, en donde prestaba servicios, esto es del Batallón de Infantería No. 14 "Ricaurte", con sede en Bucaramanga. La licencia vencía el 24 del mismo mes y año.

MERINO ERAZO no se presentó al Batallón el día del vencimiento de la licencia, por lo cual, después de emplazado, se le declaró reo ausente, y se siguió contra él proceso por el delito de deserción, el que terminó con las sentencias mencionadas antes.

LA DEMANDA.

El señor Fiscal Tercero del Tribunal Militar, con base en la causal 5a. de revisión, -artículo 571 del C. de P. P.-, presentó demanda el 21 de agosto de 1.963.

Alega el funcionario que está demostrado actualmente un hecho nuevo, que no fue conocido en el proceso por deserción seguido a Merino Erazo, consistente en lo siguiente:

El soldado desertor fue incorporado ilegalmente a las Fuerzas Militares, de acuerdo con

el aparte d) del artículo 21 de la Ley 1a. de 1.945, ya que se trataba de hijo único de padres mayores de sesenta (60) años, carentes de renta e incapaces ya de subvenir sus necesidades. Si ello es así, como se ha demostrado con declaraciones extrajuicio, debidamente ratificadas, Merino Erazo está exento de responsabilidad, por mandato del artículo 162 del Código Penal Militar.

CONCEPTO DEL SEÑOR PROCURADOR

El señor Jefe de Negocios Penales de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, en concepto de 9 de diciembre de 1.963, acoge íntegramente la tesis del señor Fiscal Tercero y solicita, en consecuencia, que se ordene la revisión del proceso de que se trata.

Se considera:

1o. La calidad militar del procesado está demostrada con los documentos visibles a fls. 6, 7 y 8 del cuaderno principal.

2o. Se ha invocado, con motivo de revisión, la causal 5a. del artículo 571 del C. de P. P., y para su demostración, se han traído las declaraciones de Alfredo Ceballos Manrique, Rodrigo Hernández Hurtado y Luis Carlos Villa Caldas, con las cuales se viene a demostrar que Alfonso Merino Erazo, hijo de Epaminondas Merino N. y de Carmela Erazo de M., fue incorporado a las Fuerzas Militares el 1o. de octubre de 1.962 y permaneció en ellas hasta que obtuvo la licencia para salir el 12 de enero de 1.963; que el joven Merino E. es efectivamente hijo único del matrimonio mencionado; que sus padres son mayores de sesenta años, carecen de toda renta y, por su edad, están incapacitados para atender a sus necesidades, por lo cual requieren del trabajo de su hijo para subsistir.

3o. De acuerdo con el ordinal d) del artículo 21 de la Ley 1a. de 1.945 está exento del servicio militar el hijo único de padres incapacitados para trabajar o que pasen de sesenta años, siempre que èstos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, y cuando el hijo vela por éllos.

4o. Están exentos de responsabilidad penal por el delito de "Deserción", aquellos individuos que han sido incorporados ilegalmente a las Fuerzas Militares.

5o. Estando Alfonso Merino Erazo colocado dentro de las previsiones anteriores, está él exento de responsabilidad penal, por la deserción que se le imputó.

6o. El hecho presentado, como motivo de revisión, debe considerarse como nuevo, ya que no se conoció, y por lo mismo, no fue estudiado dentro del proceso penal adelantado a Merino. Y esto, desde luego, porque el sindicado estuvo ausente del juicio que contra él se siguió.

7o. Es, por tanto, admisible el recurso de revisión impetrado, y por ello se ordenará que el caso vuelva a ser considerado con una autoridad distinta a la que lo falló (art. 574 del C. de P. P.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema -Sala Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Jefe de Negocios Penales de la Procuraduría Delegada de las FF. MM., ORDENA LA REVISIÓN del proceso por "Deserción", adelantado contra el señor ALFONSO MERINO ERAZO, en el Batallón de Infantería No. 14 "Ricaurte", de Bucaramanga, y que terminó con las sentencias condenatorias de que se ha hablado anteriormente.

Remítase el expediente al Batallón de Infantería No. 13 "García Rovira", de Pamplona, para que lleve a cabo la revisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Publíquese en la Gaceta Judicial.

Simón Montero Torres. Samuel Barrientos Restrepo. Julio Roncallo Acosta. Humberto Barrera Domínguez. Gustavo Rendón Gaviria. Primitivo Vergara Crespo. Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

Títulos y extractos, Dr. LUIS IGNACIO SEGURA A. Relator de la Corte.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PENSION DE JUBILACION A FAVOR DE LOS EMPLEADOS OFICIALES.

Régimen legal de esta prestación social. El sueldo básico para liquidarla es el que se haya devengado en el último año de servicios, que bien puede ser posterior al vigésimo. 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, solamente cuando dicha Caja o Institución esté obligada a cubrir alguna cuota de dicha pensión. Naturaleza jurídica del Banco Popular.

Como se desprende del texto del ordinal b) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1.945, la pensión vitalicia de jubilación surge a favor del empleado u obrero oficial cuando éste haya llegado o llegue a la edad de cincuenta (50) años, después de veinte (20) años de servicio contínuo o discontínuo. Sólo entonces puede reclamarla y es obvio que para gozar de dicha prestación se requiere la desvinculación del servicio.

El artículo 29 de la Ley 6a. de 1.945 y el 12 del Decreto 1600 del mismo año, permiten acumular el tiempo servido en destintas entidades oficiales.

En cuanto al salario básico para liquidar la pensión es el que en promedio se haya devengado en el último año de servicio, como lo dispone el artículo 3o. de la Ley 65 de 1.946.

Ni el artìculo 21 de la Ley 72 de 1.947 ni su Decreto Reglamentario (2921 de 1.948) constituyen una excepción a la regla ya señalada, segùn el cual para tener derecho a exigir el pago de la pensión de jubilación es necesario haber servido durante un lapso no inferior a 20 años y tener cumplidos 50 de edad.

Por otra parte, si bien el Banco Popular no es propiamente una entidad de derecho público, sí es una institución en que tiene parte principal el Estado, por lo cual el tiempo servido y el sueldo devengado en dicho Banco pueden tomarse en cuenta para efectos de la pensión de jubilación.

En estos aspectos el Tribunal fallador entendió correctamente los preceptos legales menciodados. Mas sostiene también el fallador que, no obrando, respecto de trabajadores oficiales, la congelación del salario devengado en el vigésimo año de servicio, cuando éste se ha prestado a distintas entidades, es la última a la cual se estuvo vinculado, la obligada a pagar tada la pensión, con derecho a repetir contra las otras, por la totalidad, en proporción al tiempo servido en cada una, sin que haya lugar a confusión entre el concepto jurídico de deber la pensión y la noción del pago de la misma. O en otros términos: que puede darse el caso de una entidad obligada a pagar por las otras aunque ella misma no sea deudora de cuota alguna de la prestación.

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 últtmo año de servicios, que bien puede ser posterior el vigésimo. Pero de ello no cabe inferir que la entidad de la cual se recibió ese último sueldo sea la obligarla a pagar el monto total de una pensión que en parte alguna adeuda al interesado.

Las disposiciones reglamentarias de la ley 72 de 1.947 (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 contribuír al pago de la pensión, la carga de dictar la resolución de reconocimiento, someterla luégo a la aprobación de las entidades que sí adeudan cuotas, anticipar una suma de dinero destinada a cubrir el monto de la prestación 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 (Artículo 21 de la ley 72 de 1.947; Artículos, 1o., 4o., 5o., 6o. y 9o. del Decreto 2921 de 1.948; Artículo 17 de la ley 6a. de 1.945; Artículo 3o. de la ley 65 de 1.946; Artículo 1o. de la ley 24 de 1.947 y Artículo 12 del Decreto 1600 de 1.945) 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, sólo 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 de 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.

Prospera, de consiguiente, la impugnaciòn en lo relativo a la interpretación errónea de las normas que prescriben cuál es la entidad o la Caja de Previsión Social obligada a cubrir la totalidad de la pensión de jubilación en el caso de acumulación de servicios prestados en distintas dependencias oficiales, contínua o discontínuamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá D. E. treinta de enero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Alberto Bravo).

RAFAEL TANGARIFE C., por conducto de apoderado, demandó al Banco Popular, para que, mediante la tramitación propia del juicio ordinario laboral y con intervención del Personero Municipal de Medellín, del Gerente de las Empresas Públicas Municipales de la misma ciudad y del Gobernador de Antioquia, a quienes designa también como partes, se hicieran las siguientes declaraciones:

Primero. Que el Banco Popular, por intermedio de la sucursal de Medellín, está en la obligación de pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 807.80, suma equivalente a las dos terceras partes del sueldo promedio devengado durante el último año de su vinculacion al Banco, pensión que se haría exigible desde la fecha de su retiro de esa entidad y una vez que reuniera los requisitos de tiempo de servicio y edad necesarios para gozar de tal prestación;

Segundo. Que el Banco Popular debe pagarle la totalidad de la pensión, pero conservando el derecho de repetir contra el departamento de Antioquia, el municipio de Medellín y las Empresas Públicas del mismo Municipio, en proporción al tiempo servido a esas entidades, asignándoles la cuota correspondiente;

Tercero. Que para la liquidación de la jubilación se incluya el sueldo promedio, las primas, bonificaciones, subsidios y demás elementos integrantes del salario, y

Cuarto. Que el beneficiario de la pensiòn no tiene que reintegrar la cesantía que recibió del Banco Popular, por constituir ésta un excedente del tiempo de servicio en relación con los 20 años requeridos para la jubilación, ni las sumas que por el mismo concepto de cesantia hubiere recibido de las otras entidades mencionadas, por cuanto su legislación especial dispone la compatibilidad de las dos prestaciones.

La demanda relata los hechos así:

"a). El señor Rafael Tangarife C. laboró por más de veinte (20) años al Depto. de Antioquia, Municipio de Medellín, Empresas Públi-

cas Municipales y Banco Popular, Sucursal de Medellín, entidades de derecho público cuyos servicios son acumulables para efecto de la jubilación, conforme lo disponen las leyes 6a. de 1.945 (art. 29) y la 72 de 1.947 (art. 21).

"b). Igualmente, mi representado tiene una edad superior a los cincuenta años, requisito que agregado al relacionado en el hecho anterior y al retiro definitivo del servicio, le dan derecho a una pensión mensual y vitalicia de jubilación, equivalente a las dos terceras partes del sueldo promedio devengado en el último año de servicio, de conformidad con lo dispuesto en las leyes 6a. de 1.945 (art. 17); y 65 de 1.946 (art. 3o.).

"c). El Banco Popular, constituye una entidad oficial cuyos empleados tienen derecho a acumular el tiempo servido al de las otras entidades de derecho público a las cuales trabajó para efectos de la jubilación, en observancia de lo dispuesto por el Decreto No. 2921 de 1.948 reglamentario de la ley 72 de 1.947.

"d). Mi representado, directamente y en dos ocasiones solicitó del Banco Popular dictara la resolución pronunciándose al respecto de la jubilación pedida, acompañando las pruebas requeridas para tal efecto, pero en ambas ocasiones, se dió respuesta negativa a su solicitud en oficios que se acompañan a la presente demanda, en donde se niega el carácter oficial del Banco Popular, oficios que dan por terminada la vía gubernativa, debido a que la tesis sostenida por los abogados del Banco, trae como consecuencia lógica la de no ser posible producir resolución, pues el carácter de institución privada en que la clasifican hace imposible la producción de ésta.

"e). El origen, financiación y organización del Banco Popular, nacen de la ley, y la cual hace de él una institución oficial, lo cual trae como consecuencia que sus servidores sean empleados públicos, tesis que es incontrovertible en nuestro derecho positivo. Al respecto de la institución Bancaria en referencia consúltense las siguientes disposiciones: Decreto Nacional 2143 de 1.950; Ley 7a. de 1.951; Decreto Nacional No. 1337 de 1.952 y Decreto Ley 3027 de 1.953".

Funda su derecho en las leyes 6a. de 1.945, 65 de 1.946, 72 de 1.947 y 7a. de 1.953 y en los Decretos 2143 de 1.950, 1337 de 1.952, 3027 de 1.953 y 2921 de 1.948.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el segundo del Círculo Judicial del Trabajo de Medellín, ordenó el traslado de la demanda al Gerente del Banco Popular, Casa Principal de Bogotá, y también al Personero de Medellín, al Gerente de las Empresas Públicas de la misma ciudad y al Gobernador de Antioquia, para que coadyuvaran en la defensa.

El Banco Popular se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda. Dijo, en su defensa, que es una Sociedad Anónima de carácter privado, de la cual son accionistas, además de los particulares, la Nación y algunos Departamentos y Municipios; y que, por tanto, no está obligado a pagar a sus trabajadores pensión de jubilación, acumulando el tiempo servido por ellos a entidades de derecho público. Pero que en el supuesto de que el Banco fuera un establecimiento público, la demanda ha debido dirigirse contra la entidad oficial donde el actor cumplió los 20 años de servicio, conforme a lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 72 de 1.947. Propuso la excepción de inepta demanda y las demás que surgieran de las razones expuestas en su defensa.

El señor Gobernador del departamento también se opuso a las pretensiones de la demanda y dijo ignorar los hechos sustentatorios de la acción.

El señor Personero Municipal de Medellín manifestó respecto a algunos hechos, que se atenía a lo que se probara, y en cuanto a los otros, que no le constaban. Sostuvo que si el Banco tuviese el carácter de entidad oficial, competería el conocimiento del negocio a los Tribunales Administrativos, mediante juicio ordinario en acción de plena jurisdicción, de acuerdo con el decreto 1722 de 1.956. Propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción.

El representante de las Empresas Públicas de Medellín, aparte de observar que los hechos debían probarse por el demandante, anotó deficiencias en la orientación del juicio y, en consecuencia, propuso la excepción de inepta demanda.

La decisión de primera instancia dispuso, en su parte resolutiva, lo siguiente:

"1o. Reconocer a favor del señor Rafael Tangarife C., identificado con la C. C. No. 552.351 de Medellin, el derecho a percibir del Banco Popular una pensión vitalicia de jubilación por la suma de OCHOCIENTOS SEIS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS ($806.40) mensuales, equivalente a las dos terceras partes del último sueldo mensual promedio de $ 1.211.12.

"La pensión decretada se distribuirá asi entre las entidades concurrentes al pago, en proporciòn al tiempo servido a cada una de ellas:

"Al Departamento de Antioquia por cinco mil quinientos cuatro (5.504) días trabajados, SEISCIENTOS OCHO PESOS ($608.oo).

"Al Municipio de Medellín, por mil ciento cuarenta y cuatro (1.144) días trabajados, CIENTO VEINTISEIS PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($ 126.37).

"Y al establecimiento Autónomo de las E. E. P. P. M. M. de Medellín, por seiscientos cincuenta y dos (652), días trabajados, SETENTA Y DOS PESOS CON TRES CENTAVOS ($ 72.03).

"2o. La pensión de jubilación reconocida tendrá su vigencia con retroactividad al dia 1o. de octubre de 1.960, siguiente fecha en que el jubilado cumplió la edad requerida, y ya que para entonces reunía el requisito de tiempo servido y se hallaba desvinculado del servicio oficial. El señor Rafael Tangarife deberá acreditar ante la entidad obligada al pago de la jubilación aquí decretada, que con posterioridad a ella, no se ha vuelto a vincular a entidad oficial alguna, mediante declaración jurada ante Juez competente.

"3o. La totalidad de la pensión la cubrirá el Banco Popular, quedando con derecho a repetir lo pagado contra las otras entidades copartícipes en el pago.

"4o. El pago de la pensión será incompatible con cualquier renta o sueldo proveniente del Tesoro Público hasta el monto establecido en el art, 1o. literal c) del Decreto 1713 de 1.960 y al art. 6o. de la Resolución 2096 de la Contraloria General de la República del mismo año de 1.960.

"5o. No se declaran establecidas la excepciones propuestas por las partes opositoras.

"6o. Se ordena consultar la presente providencia con el H. Tribunal Superior, -Sala Laboral-, en caso de no ser apelada.

"7o. Sin costas".

Contra el fallo anterior apelaron todas las entidades demandadas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Laboral-, al resolver la alzada, confirmó la sentencia del a quo.

Recurrió en casación el apoderado del Banco Popular. Va a decidirse este recurso extraordinario, previo el estudio de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Pretende el recurrente que esta Sala case la sentencia de segundo grado y que, como Tribunal de instancia, revoque la proferida por el Juzgado Segundo del Círculo Judicial del Trabajo de Medellín, y, en su lugar, absuelva al Banco de los cargos que le fueron formulados en el libelo con que se inició el juicio.

MOTIVO DE CASACION.

Invocando la causal primera del artículo 87 del C. P. T., formula tres cargos.

Primer cargo.

Acusa por violación de los artículos 21 de la Ley 72 de 1.947 y 1º. del Decreto 2921 de 1.948, en armonia con los artículos 17 y 29 de la Ley 6a. de 1.945, 3º. de la Ley 65 de 1.946, 1º. de la Ley 24 de 1.947 y 12 del Decreto 1.600 de 1.945, por interpretación errónea de las citadas normas. En el desarrollo del cargo cita, además, los artículos 1º., 4º., 5º., 6º. y 9º. del Decreto 2921 de 1.948, reglamentario de la ley 72 de 1.947.

El recurrente ataca las siguientes conclusiones que de los preceptos mencionados extrajo el fallador:

a). Cuando el artículo 21 de la Ley 72 de 1.947 habla de **al tiempo de cumplir su servicio**, se está refiriendo a la desvinculación definitiva del servicio oficial, sea que ella ocurra al cumplir los 20 años, o tiempo después.

b). Es la última entidad para la cual se sirvió, la obligada a cubrir toda la pensión, con derecho a repetir contra las otras, también por la totalidad, en proporción al tiempo servido para cada una, aunque aquella no deba pagar cuota alguna a su cargo.

Los argumentos que contra las referidas conclusiones expone la acusación pueden sintetizarse así:

1). La Ley 72 de 1.947 y su Decreto reglamentario, se refieren exclusivamente a empleados nacionales, departamentales o municipales;

2). La Ley 72 de 1.947, cuando dice "al tiempo de cumplir su servicio", se refiere a los 20 primeros años que debe servir el empleado para tener derecho a la pensión de jubilación cuando cumpla la edad.

3). El artículo 29 de la Ley 6a. de 1.945, el 1o. de la Ley 24 de 1.947 y el 12 del Decreto 1.600 de 1.945, contemplan dos fenómenos distintos: el de acumulación de tiempo servido a entidades oficiales para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, y el de pago de esa pensión, una vez acumulado el tiempo de servicio. La acumulación se relaciona solamente con el derecho a la pensión. El otro fenómeno atañe a la unidad de pago de la misma.

4). La Caja de Previsión donde se cumplieron los primeros 20 años de servicio, es la que, por el fenómeno de la unidad de pago, debe cancelar mensualmente la integridad de la pensión, repitiendo contra las demás entidades las sumas correspondientes a las otras cuotas que paga por cuenta de ellas.

5). La acumulación del tiempo servido a distintas entidades no se ha establecido simplemente para que el interesado pueda escoger la persona que deba hacer el pago total, aunque ésta no tenga obligación de concurrir con cuota alguna.

Acerca de este último punto añade las siguientes observaciones:

"Es por esto que el art. 1o. del Decreto reglamentario de la Ley, expresa que "si es el caso" podrá el empleado pedir su pensión a la Caja a la cual esté afiliado al tiempo de retirarse del servicio oficial. Lo antes dicho tiene su fundamento en las mismas disposiciones del mencionado Decreto de una meridiana claridad. Es así, como el paràgrafo del art. 4o. al referirse al proyecto de resolución que debe dictar la Caja pagadora dice: "De esta providencia se pasará copia auténtica A LAS DEMAS ENTIDADES OBLIGADAS, a fin de que cada una expida la providencia que reconozca y ordene el pago de la cuota que le corresponda". Y, el artículo 5o., al establecer el derecho para el beneficiario de interponer recursos contra la Resolución de la Caja a la cual solicitó el reconocimiento de la pención expresa "que esos recursos y acciones legales se pueden interponer, dentro de los tèrminos señalados para ello", "**en cuanto se refiere a la obligación a cargo de ella**"; y el art. 6o. establece el mismo derecho en relación con las Resoluciones "**que dicten las Entidades obligadas al pago de una parte de la pensión**". Finalmente, el artículo 9o. al desarrollar y reglamentar la última parte del 21 de la ley 72, dice: "La Caja a la cual corresponda el pago de una pensión formada por cuotas de diversas entidades, **repetirá contra las DEMAS entidades, odligadas**, (subrayo) formulando las respectivas cuentas de cobro....".

"Sintetizando lo antes dicho, puede decirse, sin lugar a duda, que solamente puede el empleado obtener que sea la Caja o institución de Previsión a que haya estado afiliado al momento de retirarse del servicio oficial la que pague la totalidad de la pensión cuando ésta, a su vez, deba pagar alguna cuota o parte de la respectiva prestación siendo esta la interpretación correcta del artículo 21 de la ley 72 de 1.947 y del artículo 1o. del Decreto reglamentario 2921 de 1.948.

"Si así no fuera, y el Decreto hubiera impuesto a una Entidad no obligada al pago de parte alguna de la pensión, la obligación de pagar su totalidad, no tendría explicación alguna lo preceptuado en los artículos transcritos del mismo, por una parte, y por otra, tampoco existiría explicación para la frase condicional de la última parte del artículo 1o. cuando dice "o a la que hayan estado afiliados en el momento de retirarse del servicio oficial, SI ES EL CASO. (Subrayo)".

"De otra parte, tal interpretación correcta de la ley no sufre modificación alguna con el

hecho de que el artículo 3o. de la Ley 65 de 1.946 establezca que la pensión para empleados nacionales sea equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, ya que sería indispensable la existencia de una norma legal que obligara a la última Entidad donde se prestaron servicios a asumir y pagar la diferencia en que por virtud del salario devengado en el último año se aumenta la pensión que otras entidades deben pagar en virtud del fenómeno de acumulación del tiempo servido en ellas. La consideración hecha por el Tribunal en el sentido de que en el caso concreto, en nada se afecta el interés económico del Banco demandado, no puede servir de base para una interpretación errónea de la Ley".

Se estudia el cargo:

Las disposiciones que el recurrente estima violadas por interpretación errónea, dicen así:

Ley 72 de 1.947, artículo 21. "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. PARAGRAFO. La Caja que reciba la solicitud la pondrá en conocimiento de las entidades interesadas, las cuales podrán objetarla con fundamento legal".

Decreto 2921 de 1.948, artículo 1o. "Los empleados nacionales, departamentales o municipales que tengan derecho a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación elevarán la solicitud a la Caja o Institución de Previsión Social, a la cual estén afiliados al tiempo de cumplir su servicio o a la que hayan estado afiliados en el momento de retirarse del servicio oficial si es el caso".

Ibídem, artículo 4o. "Conocido el concepto de las demás entidades y devuelto por éstas el proyecto de resolución, ésta será elaborada de acuerdo con lo que ellas hubieren manifestado. Si ocurriere el caso de que guardaren silencio, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior.

Parágrafo. "De esta providencia se pasará copia autenticada a las demás entidades obligadas, a fin de que cada una expida la providencia que reconozca, y ordene el pago de la cuota que le corresponda.

Ibídem, artículo 5o. "El beneficiario podrá ejercer los recursos y las acciones legales, dentro del término señalado para ello, contra la resolución de la Caja a la cual solicitó el reconocimiento de la pensión en cuanto se refiere a la obligación a cargo de ella, o en cuanto se aparta delo que las demás entidades hayan aceptado como cuota o parte de la pensión que éstas deban pagar.

Ibíbem, artículo 6o. "El beneficio podrá igualmente intentar los recursos y ejercer las acciones legales contra las resoluciones que dicten las entidades obligadas al pago de una parte de la pensión, si no se conforma con la decisión tomada en ellas.

Ibídem, artículo 9o. "La Caja a la cual corresponda el pago de una pensión formada por cuota de diversas entidades, repetirá contra las demás entidades obligadas, formulando las respectivas cuentas de cobro, acompañadas dichas cuentas de la comprobación de haber efectuado los pagos, las que deberán ser canceladas a su presentación".

Ley 6a. de 1.945, artículo 17. "Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones. b). Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo, o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos ($30.oo) ni exceder de doscientos pesos ($200.oo) en cada mes.

"La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación, en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión".

Ley 65 de 1.946, artículo 3º. "La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) art. 17 de la Ley 6a. de 1.945, será equivalente a las dos terceras partes del

promedio de los salarios devengados en el último año de servicio".

Ley 24 de 1.947, artículo 1º. sustitutivo del 29 de la Ley 6a. de 1.945. "Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados de cada una de aquellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial. PARAGRAFO PRIMERO. "Cuando el favorecido con la pensión de jubilación haya servido diez (10) 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 reconocerlos, en los términos del artículo 3º. del Decreto número 2567 de 1.946" (agosto 31).

Decreto 160, de 1.945 artículo 12. "Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a la Nación en dependencias de diversos Ministerios, Departamentos Administrativos o Entidades Oficiales o semioficiales, serán acumulables para el cómputo de auxilio de cesantía o de la pensión de jubilación. Los prestados a varias entidades de derecho público, solamente lo serán para el efecto de la jubilación, en los términos del artículo 29 de la Ley 6a. de 1.945".

Como se desprende del texto del ordinal b) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1.945, la pensión vitalicia de jubilación surge a favor del empleado u obrero oficial cuando éste haya llegado o llegue a la edad de cincuenta (50) años, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo. Solo entonces puede reclamarla y es obvio que para gozar de dicha prestación se requiere la desvinculación del servicio. El artículo 29 de la Ley 6a. de 1.945 y el 12 del Decreto 1600 del mismo año, permiten acumular el tiempo servido en distintas entidades oficiales.

En cuanto al salario básico para liquidar la pensión es el que en promedio se haya devengado en el último año de servicio, como lo dispone el artículo 3o. de la ley 65 de 1.946.

Ni el artículo 21 de la ley 72 de 1.947 ni su decreto reglamentario constituyen una excepción a la regla ya señalada, según la cual para tener derecho a exigir el pago de la pensión de jubilación es necesario haber servido durante un lapso no inferior a 20 años y tener cumplidos 50 de edad.

Por otra parte, si bien el Banco Popular no es propiamente una entidad de derecho público, sí es una institución en que tiene parte principal el Estado, por lo cual el tiempo servido y el sueldo devengado en dicho Banco pueden tenerse en cuenta para efectos de la pensión de jubilación.

En estos aspectos el Tribual fallador entendió correctamente los preceptos legales mencionados, como aparece de lo que se transcribe a continuación:

"De acuerdo con las leyes 6a. de 1.945, art. 17, y 65, de 1.946, art. 3o., los trabajadores oficiales tienen derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación, cuando cumplan los siguientes requisitos: veinte años de servicio oficial, continuo o discontinuo y cincuenta años de edad. La pensión es equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. Por su parte, el art. 1o. de la ley 24 de 1.947, que modificó el art. 29 de la ley 6a. de 1.945, autorizó para que los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularan para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación, debiendo distribuirse el monto de la pensión correspondiente en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de aquellas.

"El señor Tangarife, invocando estas disposiciones, pretende que se sumen los lapsos servidos a las diferentes entidades mencionadas, para completar los veinte años de servicio, que exige la ley para tener derecho a la prestación

"De la relación que se ha hecho, puede deducirse que el señor Tangarife sobradamente reune el requisito del tiempo servido, pues entre el 3 de noviembre de 1.933 y el 16 de no-

viembre de 1.959, no estuvo desvinculado un sòlo día, como que al dejar el servicio de cada una de esas entidades pasaba a trabajar a la siguiente, en el orden que antes se indicó, sin solución de continuidad en el tiempo.

"Los veinte años de servicio los reunió el señor Tangarife, mientras estuvo vinculado al Departamento de Antioquia, entre el 3 de noviembre de 1.933 y el 30 de noviembre de 1.949, durante 5.504 días; luego al Municipio de Medellín, entre el 1o. de diciembre de 1.949 y el 4 de febrero de 1.953, durante 1.144 días, y finalmente a las Empresas Públicas de Medellín, entre el 5 de febrero de 1.953 y el 15 de enero de 1.956, aunque de esta relación laboral no hay que tomar sino los primeros 652 días de servicio, para totalizar los 7.300 días de vinculación, que integran los veinte años exigidos por la ley.

"También está demostrado en los autos, según la copia de la partida eclesiástica de bautizo, que obra a folio 33, debidamente identificada, que el señor Tangarife, nació el 30 de septiembre de 1.910, es decir, que cumplió el otro requisito exigido por la ley, los cincuenta años de edad, el 30 de septiembre de 1.960.

"La sala comparte la conclusión del fallador de primera instancia de que el Banco Popular, en razón de las disposiciones vigentes, es una entidad oficial, de manera que quien haya trabajado a su servicio, puede beneficiarse de lo dispuesto en los arts. 1o. de la ley 24 de 1.947 y 21 de la ley 72 del mismo año.

"Pero al contrario de lo que sostiene el Juzgado, la ley 151 de 1.959 debe apreciarse para definir el caso del señor Tangarife, en cuanto a la calidad de institución oficial del Banco Popular, puesto que debiendo reunir el demandante los requisitos de tiempo servido y edad, para tener derecho a la pensión de jubilación, el último, el de la edad, vino a completarlo después de haber entrado en vigencia aquella ley, por lo cual no se le dà al tenerla en cuenta ninguna aplicación retroactiva.

De acuerdo con lo consagrado por dicha ley en sus arts. 1o. y 4o., las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada, cuyo patrimonio o capital aportado directa o indirectamente por el Estado, pertenezca a la Nación, los Departamentos o los Municipios, dedicados en este caso, a la regulación y fomento de la economía Nacional, tienen el carácter de entidades oficiales, y son parte de la administración pública cualquiera que sea su forma de administración y aunque no estén bajo la dependencia inmediata y directa de los gobernantes.

"El Banco Popular es una institución en la cual la Nación, de un capital pagado de $ 43.085.630.oo, tiene un aporte de 32.673.210.oo y los Departamentos y los Municipios de $ 7.957.530.oo. As íresulta de la certificación obrante en autos, a folios 113, emanada de la Superintendencia Bancaria, de lo cual se puede deducir que se trata de una empresa oficial según la ley mencionada.

"El mismo origen del Banco está señalando su condición oficial, pues fue creado, y orgazado por la ley, -Decreto 2143 de 1.950, ley 7a. de 1.951-, con el propósito de conceder un crèdito barato a empresas pequeñas, que le permitía al Estado cumplir una de sus funciones, en el fomento de la economía. Se trata de un organismo de servicio oficial, con personería jurídica y patrimonio propio, creado con capital del Estado, en desarrollo de los principios de la descentralización por servicios.

"En conclusión, los servicios prestados al Banco Popular, como institución oficial que es, bien pueden ser tenidos en cuenta, para unirlos a los prestados a otras entidades oficiales, con el fin de completar el requerido para la pensión de jubilación, según el art. 1o. de la ley 24 de 1.947".

Mas sostiene también el fallador que, no obrando, respecto de trabajadores oficiales, la congelación del salario devengado en el vigésimo año de servicio, cuando éste se ha prestado a distintas entidades, es la última a la cual se estuvo vinculado, la obligada a pagar toda la pensión, con derecho a repetir contra las otras, por la totalidad, en proporción al tiempo servido en cada una, sin que haya lugar a confusión entre el concepto jurídico de deber la pensión y la noción del pago de la misma. O en otros términos, que puede darse el caso de una entidad obligada a pagar por las otras aunque ella misma no sea deudora de cuota alguna de la prestación.

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 ese 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 1.947 (artículo 21), al hablar de "las demàs 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 tambièn estar obligada a concurrir al pago de algunas de esas cuotas.

Y es que no sería justo ni lógico imponer a una entidad que no tiene obligaciòn 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 prestación 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 Previsiòn 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 de 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.

Prospera, de consiguiente, la impugnación en lo relativo a la interpretación errónea de las normas que prescriben cual es la entidad o la Caja de Previsión Social obligada a cubrir la totalidad de la pensión de jubilación en el caso de acumulación de servicios prestados en distintas dependencias oficiales, continua o discontinuamente.

Como los cargos restantes persiguen la misma finalidad del que se ha examinado, a través de distintas modalidades de infracción de la Ley, no es necesario estudiarlos.

Para resolver en instancia, además de las consideraciones atrás expuestas, se tiene en cuenta lo siguiente:

El demandante señor Tangarife prestó sus servicios al Departamento de Antioquia, en las Rentas Departamentales y en la Contraloría del mismo departamento, respectivamente, desde el 3 de noviembre de 1.933 hasta el treinta de noviembre de 1.949 y desde el 10 de julio de 1.957 hasta el 12 de octubre de 1.958; al Municipio de Medellìn, como Revisor de la Contraloría Municipal, desde el 1o. de diciembre de 1.949 hasta el 4 de febrero de 1.953, y, posteriormente, desde el 16 de enero de 1.956 hasta el 9 de julio de 1.957; a las Empresas Públicas de Medellín, desde el 5 de febrero de 1.953 hasta el 15 de enero de 1.956, en el cargo de Auditor de la Central de Río Grande; y, por último, al Banco Popular, Sucursal de Medellín, desde el 3 de octubre de 1.958 hasta el 16 de noviembre de 1.959.

El señor Tangarife completó los 20 años de servicio cuando desempeñaba el cargo de Auditor de la Central de Río Grande bajo la dependencia de las Empresas Públicas de Medellín. Cumplió 50 años de edad el 30 de septiembre de 1.960, y el sueldo que devengó en el último año de servicio, siendo empleado del Banco Popular, Sucursal de Medellín, fue, en promedio de $1.211.12 mensuales. Tiene, pues, derecho, conforme al artículo 3o. de la Ley 65 de 1.946, a una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes de esa suma, o sea $806.40 mensuales, que deben pagarle las Empresas Públicas de Medellín, en proporción al número de días laborados en cada una de las entidades obligadas durante los primeros 20 años de servicio, así:

Departamento de Antioquia.....$608.oo

Municipio de Medellín..... $126.37

Empresas Pùblicas de Medellín.....$72.03

El monto total de la pensión, esto es, la suma de $806.40, deberá ser cubierta mensualmente al interesado por las Empresas Públicas de Medellín o por la respectiva Caja de Previsión Social, con derecho a repetir lo pagado contra las otras entidades copartícipes en el pago.

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, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, y, en su lugar, reformando los numerales primero y tercero de la de primer grado, reconoce a favor del señor RAFAEL TANGARIFE C., poseedor de la cèdula de ciudadanía No. 552.351 de Medellín, el derecho a percibir una pensión mensual vitalicia de jubilación por la suma de OCHOCIENTOS SEIS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS ($806.40) MONEDA LEGAL, equivalente a las dos terceras partes del promedio de los sueldos que el demandante devengó en el último año de servicio, promedio que alcanzó a la cantidad de $1.211.12 mensuales.

El monto total de la pensiòn lo cubrirá la entidad demominada Empresas Públicas de Medellín o su Caja de previsión Social quedando con derecho de repetir lo pagado contra el Dapartamento de Antioquia y el Municipio de Medellín en la correspondiente proporción. No la casa en lo demás.

Sin Costas.

Públiquese, Notifíquese, Cópiese, Insértese en la "Gaceta Judicial" y Devuelvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Luis Alberto Bravo. José Gregorio Díaz Granados, Conjuez. José Joaquín Rodríguez. Antonio del Castillo, Conjuez.

SALARIO FIJO Y SALARIO VARIABLE. RETRIBUCION DEL DESCANSO DOMINICAL Y FESTIVO. SALARIO A COMISION Y SALARIO A DESTAJO.

1. El salario por unidad de tiempo es tipo de asignación fija. El salario que define el artículo 133 del Código del Trabajo se concreta a los que llevan el nombre de sueldo y jornal únicamente. Sueldo y salario variable son categorías jurídicas diferentes. 2. Para efecto de la remuneración de los descansos legales la ley laboral hace distinciones. El salario a base de sueldo incluye la remuneración de los descansos dominicales y festivos. Cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda correspondiente a los referidos descansos. 3. Comparación entre el salario a comisión y el salario a destajo.

1. La diferencia de criterio entre el acusador y el fallo del Tribunal radica en el diverso significado que atribuyen a la palabra sueldo. Sostiene la sentencia que la dicción conviene, según la definición legal, a la retribución por unidad de tiempo o salario fijo, en tanto que para el acusador la norma definidora (art. 133 del C. S. T.) es genérica, por lo que comprende cualquier estipulación sobre salario, aunque éste sea variable. La única exigencia del precepto, a su entender, para que el salario reciba la denominación de sueldo, es que se estipule por períodos mayores de un día no la de que la asignación sea fija. Le sirve el argumento para sostener que como el salario pactado por los contratantes lo fue por períodos mayores de un día, no cabe duda de que debe recibir la denominación de sueldo.

La Sala observa:

Es verdad que la norma legal que define el sueldo no dice que por tal deba entenderse la asignación fija. Sin embargo, ese adjetivo lo usa el legislador en oposición al salario variable en el artículo 141 del Código. Allí expresa que no es fijo en el trabajo a destajo o por unidad de obra o por tarea, modalidades de salario variable. Luego si en todos los tipos de esta modalidad salarial no es fija la retribución, no es un desacierto decir que en la especie de la remuneración por unidad de tiempo, sí tiene el carácter de fijeza que le da el sentenciador.

Al indicar el Tribunal el sentido del artículo 141, utiliza el argumento a contrario sensu, conocida regla de interpretación ideada por la jurisprudencia, según la cual "quien dice de uno niega de los otros" o "la inclusión de uno importa la exclusión de otro". Si de las dos especies de salario que la ley establece no es fijo el pactado por obra, o a destajo o por tarea por comisión, etc. Sí lo es el convenido por unidad de tiempo, conforme al criterio de interpretación expuesto.

En doctrina la tesis del Tribunal tiene respaldo suficiente.

En efecto, dice el tratadista Mario de la Cueva: "Tradicionalmente se ha distinguido entre salario por unidad de tiempo y salario por unidad de obra, conocido este último también con el nombre de salario a destajo. La diferencia fundamental que se señala consiste en que, en el primero se calcula el salario atendiendo al tiempo, jornada diaria de trabajo, semana o mes, independientemente del resultado que se obtenga, en tanto que en el segundo se toma en cuenta, de manera principal, el resultado del trabajo. En el salario por unidad de tiempo la medida es siempre la misma; en el salario por unidad de obra, por el contrario, se presentan algunas modalidades, pues es natural que la medida sea distinta según los diferentes objetos a que se aplique la actividad del trabajador.....".

(Derecho Mejicano del Trabajo, Tomo I, página 670).

El expositor Ludovico Barassi, expone: "El trabajo por tiempo es el tomado en consideración de sí mismo, independientemente de su resultado. . ." "Así, los empleados pagados por mes y los obreros pagados por semana o por quincena, son trabajadores por tiempo. Su actividad se toma en consideración, no en cuanto se logra un determinado resultado sino en cuanto corresponde al esfuerzo muscular o intelectual que se pueda poner en función por el trabajador en un tiempo dado y al rendimiento medio que se deriva del esfuerzo. La consecuencia es que el criterio esencial es el del tiempo; el tiempo es la medida de la cantidad de energía producida. La retribución se ajusta por ello al tiempo de trabajo".

En el destajo acontece lo contrario.....". "Aquí el criterio indirecto de medida del trabajo es el dado por el resultado, en el que se encuentra la medida de la cantidad de trabajo que es normalmente necesaria para conseguirlo". Su consecuencia -anota- es que por su razón de ser, el destajo es una forma de retribución a incentivo destinada a incrementar la producción.

"El trabajador, puede por consiguiente, prestar servicios por tiempo o a destajo según las exigencias de la organización de la empresa. Es posible el paso del obrero del destajo al salario fijo", siempre que no se produzca disminución en la asignación. (Tratado de Derecho del Trabajo, páginas 196, 109 y 123).

Según lo expuesto, es correcta la tesis del Tribunal al sostener que el salario por unidad de tiempo es tipo de asignación fija.

Conviene anotar que el salario fijo no deja de serlo en el supuesto de que durante la ejecución del contrato reciba aumentos por disposición del patrono o acuerdo de las partes, o por obra de elementos marginales, como el valor del trabajo suplementario, primas, bonificaciones, etc. Nada de eso altera el principio de que la medida de la retribución es siempre la unidad de tiempo.

El salario que define el artículo 133 del Código del Trabajo se concreta a los que llevan el nombre de jornal y sueldo únicamente. No se trata, pues, de una definición genérica, como lo entiende el recurrente. La de tal clase es materia de otro precepto legal, contenido en el artículo 127.

A vista del artículo 28 del Código Civil, "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso de las mismas palabras; pero cuanto el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

Si las palabras "jornal" y "sueldo" comprenden no sólo el salario estipulado por días o por períodos mayores, respectivamante, como lo dispone la ley, esto es, por unidad de tiempo, sino que abarcan también el salario variable, en cualquiera de sus modalidades (por obra o a destajo y por tarea, por comisión, participación de utilidades, etc.), como lo asevera el recurrente, rabasarían lo que con ellas quiso definir el legislador, sistema de interpretación que contraría el criterio fijado por la norma citada del Código Civil.

No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario (art. 132 del C. S. T.). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del artículo 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del artículo 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominacón de "sueldo" o "jornal", deba respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en

cuanto procuran la protección del asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino que realmente les corresponde.

2. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el artículo 132 del CST, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 43.

Ahora bien: el artículo 172 del CST establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical renumerado, con una duración mínima de 24 horas; el artículo 177 ibídem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (artículo 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por periodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1o.). En esta modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2o.).

El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantìa. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalides. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del artículo 174-2, lo haya sustraído por ese solo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

No es exacto, como lo asevera el acusador, que el artículo 176 del Código "sólo se aplica a los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramennte se deduce de lo dispuesto en el artículo 133, en relación con el 134, inciso 1o., del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

El nombrado artículo 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de dos descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su si-

tuación si se le somete al régimen del empleado a sueldo, por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador.

La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

Por último en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del artículo 21 del CST, el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador.

3. Por vía de doctrina debe rectificar la Sala el concepto del Tribunal en el sentido de que el salario a comisión es tipo de remuneración a destajo. Las dos formas son modalidades del salario variable, pero el destajo se aplica a la producciòn de artículos o a la confección de obras, en tanto que la comisión opera en la venta o distribución de mercancías. Elemento común a las dos especies es el de que la retribución se subordina al resultado de la actividad del trabajador, con la diferencia de que en el destajo la valuación del trabajo se hace con referencia al valor prefijado a cada pieza, por ejemplo, en tanto que en la comisión se hace la valuación del resultado que obtiene el patrón por las ventas realizadas por el asalariado, sea que ellas le reporten utilidades o no le procuren beneficios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. treinta de enero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magisrado Ponente: Dr. Josè Joaquín Rodríguez).

Fabio Duque promovió juicio ordinario contra la sociedad anónima denominada "Sears Roebuck", domiciliada en Medellín, representada por su Gerente, para que por sentencia fuera condenada al pago de lo siguiente: reajuste de salarios, de la cesantía y primas de servicio, valor de descansos remunerados en domingos y días festivos, y perjuicios compensatorios por ruptura ilegal del contrato de trabajo.

Dijo su apoderado en los hechos de la demanda, que Duque trabajó para Sears Roebuck del 29 de septiembre de 1.958 al 13 de septiembre de 1.959; que prestò los servicios de conformidad con contrato escrito, en el cual se estipuló un salario de $330,oo mensuales contra el cinco por ciento del valor de las ventas que efectuara el trabajador, de suerte que la asignación real era el porcentaje, porque en caso de que no realizara ninguna venta el patrono le hacía anticipos hasta el máximo del salario fijo, que luego le deducía al liquidar la comisión. La cesantía le fue liquidada con base en promedio de $1.324.50 mensuales. Durante parte de la vigencia del contrato el patrono no le reconoció, a título de salario, sino el 3% de las ventas, a pesar de que el acto jurìdico le daba derecho al 5%. Duque fue despedido sin justa causa durante la vigencia del vínculo laboral. Mientras éste rigió, no le fueron pagados los descansos dominicales y en otros días de fiestas, pues sólo recibió el valor del porcentaje por el trabajo ejecutado en los días hábiles, por lo que el correspondiente a la cesàntía y primas de servicios es mayor del que le fue reconocido.

En derecho se fundan las pretensiones en los arts. 22, 23, 64, 57, 4o., 174 a 176, 177, 249 y 306 del CST.

La respuesta a la demanda acepta la vinculación laboral, consignada por escrito, y el sueldo pactado, advirtiendo que en él quedaba incluído el valor de dominicales y festivos. Negó los demás hechos. En cuanto a las súplicas expresa que no son pertinentes las normas legales en que se fundan.

Decidió el litigio en primera instancia el guzgado 4o. del trabajo de Medellín, mediante sentencia del 8 de febrero de 1.960. Acoge ella las súplicas de la demanda, a excepción de la que reclama el pago de descansos en domingos y festivos.

El recurso de apelación que ambas partes interpusieron contra la decisión de primer grado, fue decidido en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín por sentencia del 14 de marzo de 1.960. La providencia

confirma y reforma la del Juzgado a quo, y la revoca en cuanto absuelve a la sociedad del pago del descanso en dominicales y festivos, en su lugar accede a tal petición, y, en consecuencia, condena a la sociedad a pagar al actor, por tal concepto, la suma de $ 2.627.oo.

Los fallos de instancia no contienen condena en costas.

La parte demandada interpuso el recurso de casación contra el fallo de segundo grado, que le fue concedido. Aquí fue sometido al trámite de rigor, y como se halla debidamente preparado, la Sala pasa a decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION

Aspira a que la Corte case parcialmente el fallo del ad-quem en cuanto condena a la compañía al pago de la remuneración por domingos y festivos legales, y en su lugar confirme el del Juzgado a quo, que la absolvió de la petición al respecto.

Invoca la causal primera de casación; con base en ella formula dos cargos, que se examinan a continuación.

Primer Cargo.

Violación de los arts. 133, en relación con los arts. 22, numeral 2o., 57-4o., 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del C. S. T., por errónea interpretación.

En su demostración, arguye el recurrente:

Sostiene el Tribunal que solo se puede hablar de jornales y sueldos cuando son el resultado del transcurso del tiempo, y en tal caso se convierten en salario fijo o salario horario. Esa tesis no interpreta debidamente el espíritu de la ley laboral y se opone a lo estatuído en el art. 133, según el cual las partes tienen libertad para pactar la remuneración como sueldo o jornal. La estipulación sobre el salario puede tener en cuenta un determinado período de tiempo y combinarse con otras modalidades sin que ello desvirtúe la intención de tomar como base para el cálculo y liquidación del salario una unidad de tiempo. A la indicada modalidad mixta no se le puede negar el carácter de su sueldo para atribuírlo únicamente al salario fijo, convenido por unidad de tiempo. El artículo 133 contiene una definición genérica dentro de la cual debe quedar incluída cualquier estipulación de salario. Si el legislador hubiera querido que el precepto solo se aplicara a salarios fijos, convenidos por unidad de tiempo, así lo habría declarado. No existiendo norma especial que lo exprese, ha debido el Tribunal tomar la definición como aparece en la disposición y atenerse a su sentido obvio para decidir la cuestión planteada, porque no cabe hacer distinciones ni interpretaciones distintas de una norma tan simple y clara en su contenido, menos cuando se encuentra reforzada por otras sobre la misma materia, como las de los arts. 132, 127 y 22 numeral 2o. del Código. Tal cadena de reglas referentes al salario está lógicamente organizada en la ley del trabajo y su sentido es tan fácil de entender y aplicar, que resulta arbitrario tratar de encontrar en ella otro espíritu y hacer deducciones con base en elementos ajenos a su tenor literal. De manera que si de acuerdo con el Código la comisión sobre ventas es salario; si el salario pactado por períodos mayores de un día se llama sueldo, y si en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado, no se vé el motivo por el cual se defina una situación englobada en tales normas, en forma que las desvirtúe.

También resulta errónea la conclusión a que llega el Tribunal respecto a la remuneración del descanso en domingos y días festivos, pues pone a operar el art. 176 en forma inconexa, con independencia de las demás que cita el cargo, ya que el precepto solo se aplica en los casos de salarios variables estipulados por días.

Segundo Cargo:

Lo presenta el recurrente en subsidio del anterior y acusa como violados los mismos preceptos legales que éste cita, por aplicación indebida, a causa de errores de hecho evidentes al apreciar equivocadamente unas pruebas y desestimar otras.

1). Pruebas mal apreciadas.

Cita únicamente el contrato de trabajo (f. 3).

Dice el acusador que conforme a su cláusula segunda, para remunerar los servicios de Duque como vendedor, las partes convinieron

un sueldo de $ 330.oo al mes, "contra el cinco por ciento".

Expone a continuación: no se puede negar que patrono y trabajador estaban en libertad para convenir tal salario, como lo autoriza el art. 132 del Código; no hay duda de que la remuneración pactada es salario, ya que la comisión sobre ventas tiene ese carácter según el art. 127; el art. 22-2o. llama salario cualquier forma de remuneracion, y el 133 denomina jornal el salario estipulado por días y sueldo el pactado por periodos mayores. Por tanto, el problema queda definido teniendo en cuenta el convenio de las partes y la ley. Si Duque tenía asignada una remuneración mensual, la empresa no estaba obligada a pagarle por separado el valor del descanso en domingos y feriados, ya que conforme al art. 174-2, en todo sueldo se entiende comprendido el pago por tal concepto.

II. Pruebas no apreciadas.

a). La confesión del actor en posiciones; b). La liquidación de prestaciones sociales (f. 4); c). El informe del Instituto de Seguros Sociales (f.20); d). La demanda inicial (f.5).

El recurrente da a conocer el contenido de las pruebas, y luego agrega:

Si el ad quem hubiera apreciado en su verdadero valor las pruebas relacionadas, habría llegado a la conclusión de que entre las partes se convino un salario mensual correspondiente al 5o/o de las ventas que realizara el actor, garantizado con un sueldo básico para los meses en que no hubiera ventas; que el salario se estipuló voluntariamente, sin lesionar el mínimo legal; que el patrono cumplió su obligación de pagar a Duque la remuneración dentro de los periodos convenidos, en la cual quedó incluída la correspondiente a dominicales y festivos.

En casación gira el debate alrededor de la cuestión relacionada con la súplica sobre pago del descanso en domingos y festivos, acogida por el fallo del ad quem. Acerca de ella el Tribunal hace estas consideraciones:

"En oportunidad anterior, la Sala, en caso similar, expresó que, conforme al art. 132 del C. S. T., patrono y trabajador están en completa libertad, respetando el salario mínimo, de estipular el salario en cualquiera de las siguientes modalidades: por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., lo que implica, a no dudarlo, que una cosa bien distinta es el salario por unidad de tiempo y otra el estipulado a destajo en cualquiera de sus especies.

"Y por lo mismo, cuando el art. 133 ibídem denomina jornal el 'estipulado por dias' y sueldo 'el estipulado por periodos mayores', no hay duda alguna que se refiere al salario estipulado por unidad de tiempo o salario fijo o salario horario como también lo denomina la doctrina.

"Y es claro que sea así, pues solo la remuneración pactada en relación con el tiempo de trabajo puede estipularse por días o por periodos mayores, lo que no es posible cuando ella se conviene en relación con el resultado del esfuerzo del trabajador, como sucede en el salario a destajo por unidad de obra o por tarea, como lo llama indistintamente la ley y lo denomina igualmente la doctrina.

"En el primero el salario es fijo y conocido ciertamente por un solo transcurso del tiempo, presupuesta, desde luego, la prestación del servicio, y en el segundo, a pesar de que los días corran, no es determinable el salario por ese sólo factor, pues, por pacto, resulta cuantitativamente en proporción con el resultado obtenido por el trabajo, sin consideración al tiempo.

"Es, pues, incontrovertible, que solo puede hablarse de jornales y de sueldos, dados los términos del art. 133 citado, y la interpretación vista, frente a salarios señalados por unidad de tiempo. Mal puede entonces llamarse sueldo el salario determinado a destajo o por unidad de obra, etc., cuando en su determinación no juega papel el tiempo sino el resultado del trabajo mismo.

"Igual inteligencia surge de la interpretación del art. 141 de la citada obra. Lo transcribe la sentencia, y agrega: De dicha norma resulta, por exclusión, de modo irrefragable, según la ley, "que salario fijo" es el señalado o estipulado por unidad de tiempo y que los demás son variables y, por otra parte, que cuando de estos últimos se trata, el pago del descanso dominical debe hacerse sobre el salario realmente devengado o el pactado como básí-

co en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales. Parte, pues, la norma citada del supuesto de que no se trata de jornales ni de sueldos cuando se habla de salarios a destajo, por la razón ya vista de que en ellos su cuantía no se determina por unidad de tiempo alguna, que es lo que los clasifica en tales categorías, según lo expresado por el art. 133 ya comentado.

"Por tanto, la disposición del segundo inciso del art. 174 del C.S.T., que entiende comprendido el pago de los descansos obligatorios en el pago de los sueldos, resulta inaplicable a aquéllos casos en que el salario es estipulado a destajo y no por unidad de tiempo, por las razones ya vistas.

"Y en presencia de las conclusiones anteriores, no puede interpretarse, como se ha hecho en la respuesta al libelo, que el pago de los domingos y festivos quedaba incluído en el 'sueldo mensual', que a base de comisión recibía el demandante.

"Además, el art. 176 ibídem, enseña que "cuando no se trata de salario fijo (es decir de salario no determinable por unidad de tiempo) como en los casos de remuneración por tarea, a destajo, o por unidad de obra, el salario computable, para los 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".

"Como en el caso que ocupa la atención de la Sala el salario convenido por los contratantes fue igual al 5% de las ventas realizadas por el trabajador, no hay duda de que se trata de un salario a destajo, como que resultaba en proporción a la actividad desplegada por él y al resultado de la misma y no tenía una relación directa y necesaria con ninguna unidad de tiempo para su causación, aunque sí, como es obvio, para su pago. Por ello es que el momento en que la obligación nace, es bien distinto a aquél otro en que se hace exigible, y, por otra parte, en el trabajo remunerado a base de jornal o sueldo, la unidad de tiempo es causa del salario y, en el de que aquí se trata, sólo constituye plazo para su solución.

"Otra conclusión distinta arrebataría el derecho a los trabajadores a destajo, colocándolos en inferioridad de condiciones frente a los demás asalariados y restándoles la justa protección que ha querido brindarles el legislador a través de las normas analizadas.

"Está bien que cuando la remuneración se pacta por unidad de tiempo, se entienda cancelados los descansos obligatorios con el pago de la mesada, pues ella está en relación con el mes del calendario y abarca, por lo mismo, los días comunes y los festivos y dominicales. Mas, no sucede lo mismo cuando el salario se pacta en relación con el resultado de la capacidad laboral del trabajador, pues no devengando sino en proporción a las resultas de su labor, los días de descanso obligatorio no serían pagados por el patrono y quedarían a cargo del asalariado.

"De modo que al tenor de los textos legales citados, el trabajador tiene derecho a la remuneración por el descanso dominical y en festivos, que no le fue cubierto por aquellas semanas en que trabajó los días hábiles, según los datos contenidos en la inspección ocular".

Concluye el Tribunal diciendo que la liquidación de los descansos deberá hacerse conforme a lo prescrito en el art. 176 del C.S.T.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El contrato de trabajo (f.3) dice en su cláusula segunda: "Como remuneración por los servicios que preste el trabajador le pagará el patrono trescientos treinta pesos mensuales contra el cinco por ciento ($330.oo). Los pagos se harán por semanas vencidas".

2. Afirma el Tribunal que al tenor de la cláusula contractual lo convenido por las partes fue una comisión del 5% sobre las ventas realizadas por el trabajador, o sea un salario a destajo, especie de retribución variable. Por su parte el recurrente, con referencia a la nombrada cláusula, habla de salario mixto, sin indicar los elementos que lo integran, y a la vez de salario a comisión. No discute que la retribución de esta especie sea un tipo de salario variable.

La sentencia y el recurrente se hallan también de acuerdo en que cuando el salario pactado sea por unidad de tiempo en la especie que la ley llama sueldo, el pago de éste inclu-

ye el de los descansos legales, de acuerdo con lo prescrito por el art. 174, inciso 2 del Código del Trabajo.

La diferencia de criterio entre el acusador y el fallo del ad quem radica en el diverso significado que atribuyen a la palabra sueldo. Sostiene el Tribunal que la dicción conviene, según la definición legal, a la retribución por unidad de tiempo o salario fijo, en tanto que para el acusador la norma definidora (art. 133 ibídem) es genérica, por lo que comprende cualquier estipulación sobre salario, aunque éste sea variable. La única exigencia del precepto, a su entender, para que el salario reciba la denominación de sueldo, es que se estipule por períodos mayores de un día, no la de que la asignación sea fija. Le sirve el argumento para sostener que como el salario pactado por los contratantes lo fué por períodos mayores de un día, no cabe duda de que debe recibir la denominación de sueldo.

3. La Sala observa:

Es verdad que la norma legal que define el sueldo no dice que por tal deba entenderse la asignación fija. Sin embargo, ese adjetivo lo usa el legislador en oposición al salario variable en el art. 141 del Código. Allí expresa que no es fijo en el trabajo a destajo o por unidad de obra o por tarea, modalidades de salario variable. Luego si en todos los tipos de esta modalidad salarial no es fija la retribución, no es un desacierto decir que en la especie de la remuneración por unidad de tiempo, sí tiene el carácter de fijeza que le dá el sentenciador.

Al indicar el Tribunal el sentido del art. 141, utiliza el argumento a contrario sensu, conocida regla de interpretación ideada por la jurisprudencia, según la cual "quien dice de uno niega de los otros" o "la inclusión de uno importa la exclusión de otro". Si de las dos especies de salario que la ley establece no es fijo el pactado por obra, o a destajo o por tarea o por comisión, etc. sí lo es el convenido por unidad de tiempo, conforme al criterio de interpretación expuesto.

4. En doctrina la tesis del Tribunal tiene respaldo suficiente. En efecto, dice el tratadista Mario de la Cueva:

"Tradicionalmente se ha distinguido entre salario por unidad de tiempo y salario por unidad de obra, conocido este último también con el nombre de salario a destajo. La diferencia fundamental que se señala consiste en que, en el primero, se calcula el salario atendiendo al tiempo, jornada diaria de trabajo, semana o mes, independientemente del resultado que se obtenga, en tanto que en el segundo se toma en cuenta, de manera principal, el resultado del trabajo.

"En el salario por unidad de tiempo la medida es siempre la misma; en el salario por unidad de obra, por el contrario, se presentan algunas modalidades, pues es natural que la medida sea distinta según los diferentes objetos a que se aplique la actividad del trabajador....." (Derecho Mejicano del Trabajo, T. 1o p. 670).

El expositor Ludovico Barassi, expone:

"El trabajo por tiempo es el tomado en consideración por sí mismo, independientemente de su resultado.....". "Así, los empleados pagados por mes y los obreros pagados por semana o por quincena, son trabajadores por tiempo. Su actividad se toma en consideración, no en cuanto se logra un determinado resultado sino en cuanto corresponde al esfuerzo muscular o intelectual que se puede poner en función por el trabajador en un tiempo dado y al rendimiento medio que se deriva del esfuerzo. La consecuencia es que el criterio esencial es el del tiempo; el tiempo es la medida de la cantidad de energía producida. La retribución se ajusta por ello al tiempo de trabajo".

"En el destajo acontece lo contrario.....". Aquí el criterio indirecto de medida del trabajo es el dado por el resultado, en el que se encuentra la medida de la cantidad de trabajo que es normalmente necesaria para conseguirlo". Su consecuencia -anota- es que por su razón de ser, el destajo es una forma de retribución a incentivo destinada a incrementar la producción.

"El trabajador puede, por consiguiente, prestar servicios por tiempo o a destajo según las exigencias de la organización de la empresa Es posible el paso del obrero del destajo al salario fijo", siempre que no se produzca disminución en la asignación. (Tratado de Derecho del Trabajo, págs. 196, 109 y 123).

Según lo expuesto, es correcta la tesis del Tribunal al sostener que el salario por unidad de tiempo es tipo de asignación fija. Por lo demás, las razones en que la funda, básicas de la decisión, no las acusa el cargo, como tampoco violación del art. 141, motivo suficiente para mantenerla, de acuerdo con reiteradas doctrinas de la Corporación.

Conviene anotar que el salario fijo no deja de serlo en el supuesto de que durante la ejecución del contrato reciba aumentos por disposición del patrono o acuerdo de las partes, o por obra de elementos marginales, como el valor del trabajo suplementario, primas, bonificaciones, etc. Nada de eso altera el principio de que la medida de la retribución es siempre la unidad de tiempo.

5. El salario que define el art. 133 del Código se concreta a los que llevan el nombre de jornal y sueldo únicamente. No es, pues, genèrica, como lo entiende el recurrente. La de tal clase es materia de otro precepto legal, contenido en el art. 127.

A vista del art. 28 del C. C., "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

Si las palabras "jornal" y "sueldo" comprenden no sólo el salario estipulado por días o por periodos mayores, respectivamente, como lo dispone la ley, esto es, por unidad de tiempo, sino que abarcan también el salario variable, en cualquiera de sus modalidades (por obra o a destajo y por tarea, por comisión, participación de utilidades, etc.), como lo asevera el recurrente, rebasarían la que con ellas quiso definir el legislador, sistema de interpretación que contraría el criterio fijado por la norma citada del Código Civil.

6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T.). Debe èste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de "sueldo" o "jornal", deba respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección del asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibídem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por periodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que èste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominica-

les y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código sólo se aplica a "los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134; inciso 1 del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conllevá el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de le ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador.

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que en la interpretación de los preceptos legales de que hace mérito la sentencia, no incurrió el Tribunal en el error de juicio que el acusador le atribuye. Por consiguiente, no prospera el cargo.

Por vía de doctrina debe rectificar la Sala el concepto del Tribunal en el sentido de que el salario a comisión que, en su concepto fue el convenido por los contratantes, es tipo de remuneración a destajo. Las dos formas son modalidades del salario variable, pero el destajo se aplica a la producción de artículos o a la confección de obras, en tanto que la comisión opera en la venta o distribución de mercancías. Elemento común a las dos especies es el de que la retribución se subordina al resultado de la actividad del trabajador, con la diferencia de que en el destajo la valuación del trabajo se hace con referencia al valor prefijado a cada pieza, por ejemplo, en tanto que en la comisión se hace la valuación del resultado que obtiene el patrón por las ventas rea-

lizadas por el asalariado, sea que ellas le reporten utilidades o no le procuren beneficios.

9. En relación con las acusaciones que contra la sentencia formula el segundo cargo, se considera:

Con referencia a la cláusula contractual que estipula el salario, el recurrente se limita a expresar su opinión acerca del significado que ofrece, sin referirse a lo que sobre ella expone el Tribunal y sin indicar cuál fué el error de hecho que cometió en su estimación. Así planteada la acusación, es inadmisible, pués no se conforma a las reglas legales que estructuran el recurso extraordinario.

Con todo, si fuera del caso examinar la glosa, bastaría para su rechazo anotar que parte de una hipótesis inexacta, la de que el salario pactado lo fue a base de remuneración mensual, lo cual no es cierto, pues a la asignación fija se agrega la de comisión sobre ventas. Los demás argumentos que el cargo aduce no tocan una cuestión de hecho sino de naturaleza jurídica, examinados en el primer cargo.

10. Respecto de las pruebas no apreciadas, la acusación sostiene que si el fallador las estima habría llegado a la conclusión de que entre los litigantes se convino en un salario mensual equivalente al 5 o/o de las ventas que efectuara el demandante, garantizado con un sueldo básico en los meses en que no realizara aquéllas. Se propone demostrar que en la estipulación sobre salario predomina el básico mensual, dejando sin efecto el correspondiente a la comisión sobre ventas. Observa la Sala que es otra la significación que la sentencia le asigna al convenio sobre salario, según la cual lo que se estipuló fue una remuneración a base de porcentaje. Ese concepto fundamental de la decisión, no lo toca el recurrente, de manera que aun aceptando que por no haber tomado en consideración los elementos probatorios que señala el cargo, llegó a una conclusión contraria a la que este presenta, no por ello sería viable, ya que quedaría como soporte de la sentencia el que se deja anunciado.

No es admisible el cargo, y, por tanto, se desecha.

Rectifica la Sala la doctrina contenida en la Sentencia de fecha 7 de marzo de 1.961, dictada en el juicio de Guillermo Galvez Velandia contra "Remington Rand Colombiana Ltda.", (G. J. t. XCV. p. 277), relacionada con la noción de salario variable para efecto de la remuneración de los descansos legales, por estimarla opuesta a la que sobre dicho punto sostiene la presente providencia.

Por 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 Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, Notifíquese, Cópiese, Insértese en la Gaceta Judicial y Devuélvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes.- Roberto De Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio., Secretario.

RECLAMACION DE HONORARIOS PROFESIONALES. PRUEBAS. TECNICA DE CASACION.

1. Sentido y alcance del Decreto 456 de 1.956, sobre reconocimiento y cobro de servicios personales de carácter privado. 2. Los servicios médicos pueden acreditarse por cualesquiera medios probatorios aunque el valor de los mismos pase de quinientos pesos. 3. Técnica del recurso de casación referida al error evidente de hecho. 4. En materia de aducción y práctica de pruebas las partes tienen que sujetarse a las respectivas normas procesales.

1. Conforme preceptúa el Decreto 456 de 1.956, el conocimiento de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, se sustrajo de la justicia ordinaria civil para atribuirlo a la del trabajo, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen. El citado decreto regula, además de la jurisdicción y competencia, el trámite de conocimiento y el de ejecución de las referidas obligaciones. En reiteradas ocasiones esta Sala de la Corte ha dicho, al fijar el alcance y el contenido de ese estatuto legal, que sólo la relación procesal queda sometida al Código de Procedimiento del Trabajo. La relación jurídica sustancial, conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente. Resulta de lo anterior que en esta clase de juicios, el juzgador no está sujeto al sistema de la tarifa legal que rige el proceso civil para su valoración o estimación probatoria, sino al de la libre formación del convencimiento en los términos y con las limitaciones previstas por el artículo 61 del C. P. Laboral que regula la relación procesal.

2. Es de advertir que la relación contractual que pudo existir entre las partes de este juicio, no requiere prueba escrita para su demostración. Así lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Corte al decidir, tanto en materia civil como laboral, situaciones semejantes a la que se contempla en el caso presente. Esta Sala ha dicho al efecto, que los servicios médicos pueden acreditarse por cualesquiera medios probatorios, incluso la prueba testimonial, aunque su valor pase de quinientos pesos y sin que exista siquiera un principio de su prueba por escrito, al interpretar y fijar el alcance del inciso tercero del artículo 93 de la ley 153 de 1.887.

3. El recurrente en ninguna parte de su alegato se esfuerza por demostrar la equivocación que atribuye al Tribunal, respecto al examen y valoración del dictamen pericial y de otras pruebas que señala el cargo. Esta omisión en la actividad que incumbe al acusador no puede suplirla oficiosamente la Sala y ello sería suficiente para la desestimación del cargo. Sin embargo, la Sala ha estudiado las pruebas que indica el recurrente, y ha llegado a la conclusión que el Tribunal estuvo acertado en su juicio, que no existe el error de hecho que se le atribuye y menos con el carácter de manifiesto o evidente, que es la exigencia de la ley, para que sea capaz de desquiciar la sentencia.

4. Respecto al aspecto de la acusación referente a la falta de apreciación del pasaporte que figura en autos, anota la Sala que ese documento fue presentado en forma irregular al proceso, razón por la cual no lo tuvo en cuenta el Tribunal como elemento de convicción. Sabido es que en los juicios laborales, al igual de lo que ocurre en el proceso civil, no se dispone por las partes de libertad en lo relativo a la aducción y práctica de las pruebas, pues esa actividad debe sujetarse a las normas que regulan su producción y recepción, consignadas en el Código de Procedi-

miento Laboral, y en las establecidas en el Código Judicial, que se aplican a los juicios del Trabajo, a falta de normas procesales expresas sobre la materia.

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

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

El doctor Francisco Cuevas García, por medio de apoderado, demandó a la sucesión de Carlos Rodríguez Maldonado, representada por sus herederas Emma y Lastenia Rodríguez Restrepo, en su calidad de hijas legítimas del causante, y por la cónyuge sobreviviente, señora Margarita Larcher Vda. de Rodríguez Maldonado, para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral, se le condenase a pagarle la suma de $50.000.oo, o la que se establezca en el curso del juicio, por concepto de honorarios correspondientes a los servicios profesionales que, como médico, le prestó al extinto Carlos Rodríguez Maldonado. Pidió, también, se condenara en costas a la parte demandada. Como hecho para fundamentar la acción, dijo que el demandante, en su calidad de médico cirujano, le prestó servicios profesionales a don Carlos Rodríguez Maldonado, a solicitud de éste, desde principios del año de 1.948 hasta la fecha o poco antes de su muerte, que ocurrió el 17 de febrero de 1.958. Que la atención médica a su paciente, se efectuó con especial cuidado y solicitud cada vez que èste así lo demandaba, o para atender al llamado de sus parientes, especialmente de la cónyuge Margarita Larcher Vda. de Rodríguez, concurriendo a la casa de habitación de Rodríguez Maldonado situada en esta ciudad de Bogotá, todas las veces que fue llamado, o que él consideró necesario para la adecuada atención de su paciente. Que las permanentes enfermedades y achaques de salud de don Carlos Rodríguez Maldonado, lo mismo que su avanzada edad, exigió no sólo tratamiento médico para sus dolencias, sino vigilancia constante del funcionamiento de su gastado organismo. Que durante el tiempo en que le prestó sus servicios profesionales trató a su paciente de varias enfermedades, unas leves y otras graves, tal como ocurrió a mediados del año de 1.952, para lo cual tuvo que asociarse de los doctores Jaime Corral Maldonado y Fernando Valencia Céspedes. Que sus servicios profesionales a Rodríguez Maldonado "se interrumpían durante los períodos en que èste se ausentaba del país", pero que, en algunas ocasiones, también le prestó atención médica en el exterior, como ocurrió durante seis meses en el año de 1.954 estando ambos en la ciudad de París. Que por consideraciones especiales para con Rodríguez Maldonado, se abstuvo de pasar la cuenta de cobro por sus honorarios profesionales, en espera de que su paciente, en forma voluntaria y sin ningún premio, procediera a pagarle, tal como con frecuencia le había ofrecido, al manifestarle que "oportunamente le arreglaría y pagaría sus honorarios". Que ocurrido el fallecimiento de don Carlos, efectuó el cobro de sus honorarios profesionales a la cònyuge sobreviviente del causante Rodríguez Maldonado, lo mismo que sus hijas herederas Emma y Lastenia Rodríguez Restrepo, pero que "éstas aunque reconocen al mandante como médico que atendió al extinto señor Rodríguez solícitamente durante más de diez años, se han negado a pagar al doctor Cuevas García el valor de los honorarios a que legalmente tiene derecho como retribución de los eficacísimos servicios médicos que le prestó a don Carlos Rodríguez Maldonado".

Como fundamento de derecho invocó los arts. 1016, 1055 y concordantes del C. C., el art. 70 y siguientes del C. de P. L. y los Decretos 456 y 931 de 1.956.

Efectuados los traslados de la demanda, únicamente dió respuesta al libelo, por medio de apoderado, la señora Margarita Larcher Vda. de Rodríguez Maldonado. Refiriéndose a los hechos, dijo, de la mayor parte de ellos, que debían probarse. Agregó que no hay constancia de que el señor Rodríguez Maldonado "hubiese solicitado los servicios profesionales del demandante". Que Cuevas García y Rodríguez Maldonado "estuvieron juntos únicamente por tres meses, como amigos en el año de 1.954 en París" y que el médico de Rodríguez Maldonado en esa época "era el Dr. Sureau, del Hospital Pasteur y no el demandante". Manifestó, finalmente, "que las relaciones entre el demandante y don Carlos Rodríguez Maldonado fueron principalmente de amistad social". Propuso la excepción de prescripción.

Surtido el trámite de rigor, decidió la controversia el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de fecha 14 de septiembre de 1.960, por la cual condenó a la sucesión de Carlos Rodríguez Maldonado, representada por sus legítimas herederas señoras Emma Rodríguez Restrepo y Lastenia Rodríguez Restrepo y por la cónyuge sobreviviente señora Margarita Larcher de Rodríguez Maldonado, a pagar al doctor Francisco Cuevas García, una vez ejecutoriada la sentencia, la suma de $50.000.oo, por concepto de honorarios profesionales. Condenó en costas a la parte demandada.

Contra la sentencia del Juzgado interpuso recurso de apelación el apoderado de la cónyuge supérstite señora Margarita de Rodríguez Maldonado. Decidió la alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, mediante sentencia de fecha 7 de diciembre de 1.960, por la cual revocó el fallo apelado y, en su lugar, absolvió a la sucesión de Carlos Rodríguez Maldonado de todas las peticiones de la demanda. Condenó en las costas de ambas instancias a la parte actora.

El apoderado del demandante interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, el que le fué concedido. Admitido y tramitado en debida forma, pasa la Corte a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación presentada. La parte opositora no presentó escrito de réplica.

El Recurso.

Alcance de la impugnación. Persigue que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, para que, en su lugar, convertida en Tribunal de instancia, "confirme el proveído del **a quo**, o en subsidio, mediante auto para mejor proveer, ordene nueva pericia avaluatoria de los honorarios profesionales de mi representado y proceda de conformidad".

Con base en la causal primera del art. 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, presenta un cargo, así:

Cargo único.

"Acuso la sentencia impugnada de violar indirectamente, por aplicación indebida, los preceptos legales sustantivos de orden nacional consagrados en los arts. 2144, 2143 y 2184 del Código Civil, en relación con el 2069 y 2054 ibidem. Esta violación se produjo a consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el fallador al apreciar las declaraciones rendidas por los señores Jaime Corral Maldonado (fls. 43 a 45) Carlos Uribe Brigard (fls. 45 a 46), Fernando Valencia Céspedes (fls. 59 a 60) y Carlos Eudoro Velandia Gómez (fls. 85 a 86), la respuesta dada por la señora Margarita Larcher Vda. de Rodríguez a la pregunta décima sexta del pliego de posiciones a que fue sometida (fls. 37 a 41), en relación con la carta de folio 2 del expediente y el dictamen rendido por el Dr. Rafael Salazar Santos (fls. 68 a 69) y su ampliación (fls. 91 a 94) y al dejar de apreciar el pasaporte visible al folio 116, errores que lo condujeron a no tener por demostrado, estándolo, que mi representado prestó sus servicios, como médico de cabecera a don Carlos Rodríguez Maldonado por lo menos desde principios del año de 1.948 hasta el día de su muerte, con algunas interrupciones que obedecieron a viajes de este último.

"En efecto, de este acervo de pruebas, tomadas en su conjunto, se desprende, sin lugar a dudas, la veracidad de la causa pretendida de la demanda inicial y, por lo mismo, el piso cierto del dictamen pericial desestimado por el **ad quem**. Pero, suponiendo acertada tal desestimación, procedería entonces, a mi juicio, el auto para mejor proveer solicitado en subsidio, porque apareciendo demostrados los servicios profesionales de mi mandante a don Carlos Rodríguez Maldonado, como lo admite el propio fallador de segundo grado, repugna a la justicia que dichos servicios se queden sin amparo legal. Por lo demás, bien se ve, en este supuesto, la pertinencia del auto para mejor proveer, pues la prueba que mediante él se debe ordenar no sería nueva, sino una ya decretada y reputada como deficiente".

SE CONSIDERA:

Según quedó expresado en la relación de los antecedentes de este negocio, el demandante Dr. Francisco Cuevas García, fundamentó la acción de cobro de honorarios profesionales, con afirmación del hecho de haber atendido como médico, con solicitud y cuidado, en forma periodica, pero frecuente, al señor Carlos Rodríguez Maldonado en varias enfermedades, graves unas, leves otras y achaques de salud de que éste padeció, durante un lapso de tiem-

po de diez años aproximadamente, comprendido entre principios del año de 1.948 y el día de la muerte de su paciente, ocurrida el 17 de febrero de 1.958. Se afirmó en el libelo de demanda, que dichos servicios profesionales, "se interrunpían durante los períodos en que éste (Rodríguez Maldonado) se ausentaba del país".

Conforme preceptúa el Decreto 456 de 1.956, el conocimiento de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, se sustrajo de la justicia ordinaria civil para atribuirlo a la del trabajo, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen. El citado Decreto regula, además de la jurisdicción y competencia, el trámite de conocimiento y el de ejecución de las referidas obligaciones. En reiteradas ocasiones esta Sala de la Corte ha dicho, al fijar el alcance y el contenido de ese estatuto legal, que sólo la relación procesal queda sometida al Código de Procedimiento del Trabajo. La relación jurídica sustancial, conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente. Resulta de lo anterior que, en esta clase de juicios, el juzgador no está sujeto al sistema de la tarifa legal que rige el proceso civil para la valoración o estimación probatoria, sino, al de la libre formación del convencimiento, en los términos y con las limitaciones previstas por el art. 61 del C. de P. L. que regula la relación procesal.

El demandante, como trabajador independiente, reclama la retribución de servicios profesionales que prestó al señar Carlos Rodríguez Maldonado durante los diez últimos años de la existencia de éste. Por tanto, el ordenamiento legal aplicable para decidir el litigio es el mismo que aparece regulado por las disposiciones del Código Civil que el recurrente cita en el cargo.

Ahora bien: es principio general de Derecho, consagrado por nuestra legislación, y aplicable tanto al proceso civil como al laboral, que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. En los juicios del trabajo, al igual que en materia civil, son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley.

En el caso de autos, la prueba principal aportada al proceso para acreditar la relación jurídica que pudo existir entre el demandante y Carlos Rodríguez Maldonado, consiste en prueba testimonial. No hay prueba escrita preconstituida para acreditar el vínculo obligacional cuyo cumplimiento se persigue. El actor acompañó a la demanda una carta que a él le dirigió la viuda de Rodríguez Maldonado, señora Margarita Larcher, suscrita en esta ciudad de Bogotá, con fecha 30 de septiembre de 1.958, que parece referirse a la cuenta de cobro por servicios profesionales pasada por el demandante a la referida señora, en su carácter ya indicado. Es de advertir sin embargo, que la relación contractual que pudo existir entre las partes de este juicio, no requiere prueba escrita para su demostración. Así lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Corte al decidir, tanto en materia civil como laboral, situaciones semejantes a la que se contempla en el caso presente. Esta Sala ha dicho al efecto, que los servicios médicos pueden acreditarse por cualesquiera medios probatorios, incluso la prueba testimonial, aunque su valor pase de quinientos pesos y sin que exista siquiera un principio de prueba por escrito, al interpretar y fijar el alcance del inciso tercero del art. 93, de la ley 153 de 1.887.

Así las cosas, el Tribunal para revocar la sentencia condenatoria proferida por el Juez a quo y en su lugar absolver a la sucesión de Carlos Rodríguez Maldonado, estimó que la prueba aportada al proceso no permite la determinación de los servicios profesionales que dice haber prestado el demandante, respecto a su clase, tiempo y cantidad, ni la regularidad de los mismos en el lapso de tiempo que se afirma en la demanda.

Al efecto, después de analizar los testimonios rendidos por los doctores Jaime Corral Maldonado, Carlos Uribe de Brigard, Fernando Valencia Cèspedes y del señor Carlos Eudoro Velándia Gómez, el Tribunal dijo lo siguiente:

"El conjunto de estos testimonios acredita, en forma general e indeterminada, que el doctor Farncisco Cuevas García prestó servicios médicos a don Carlos Rodríguez Maldonado, pero en ningún caso permiten la determinación de tales servicios en cuanto a la clase, tiempo y cantidad, y no dà idea, siquiera apro-

ximada, de su regularidad en el tiempo. Dado que el fenómeno de la prestación de servicios médicos que se afirma en la demanda supone la ocurrencia repetida y regular de consultas, exámenes y prescripciones facultativas, la prestación de servicios en forma genèrica e indeterminada no contiene elemento de juicio que permitan un avalúo fundado y autorizado de tal prestación. Por ello el dictamen emitido por el perito doctor Rafael Salazar Santos no es convincente para el Tribunal. En primer lugar, debe observarse que el dictamen pericial debe basarse en una supuesta situaciòn de hecho, sin que sea dado al perito establecer como demostrados los fundamentos de hecho de su experticio de acuerdo con la estimación que haga de los elementos de prueba producidos. El doctor Rafael Salazar Santos hizo en su dictamen un anàlisis balorativo de las pruebas aportadas al juicio para concluír sobre la realidad o existencia de hechos conforme a los cuales avaluó los honorarios profesionales del doctor Cuevas Garcia. Así, tuvo como cierto que el doctor Cuevas prestó servicios por el lapso transcurrido entre los años de 1.948, 1.958, conclusión que carece totalmente de fundamento probatorio, pues ninguna de las pruebas que menciona el perito acredita esa circunsancia. En la demanda se afirmó que los servicios profesionales del doctor Cuevas no se prestaron durante los periodos de ausencia de don Carlos Rodriguez Maldonado, sin que se estableciera en el juicio durante cuánto tiempo estuvo el paciente fuera del país, lo que no permite, ni aùn aproximadamente, establecer la duración de los servicios médicos prestados por el doctor Cuevas Garcia. En cuanto a que el doctor Cuevas hubiera tenido la calidad de médico de cabecera del señor Carlos Rodríguez Maldonado sólo existe la referencia vaga y poco responsiva del doctor Fernando Valencia Céspedes. Además, peca por falta de fundamento la apreciación del perito en cuanto a la calidad especial de los servicios del médico de cabecera. Para efectos del avalúo de tales servicios no es circunstancia trascendente que el médico de cabecera esté eventualmente disponible y con ánimo de atender a su paciente en cualquier circunstancia de tiempo, modo y lugar, porque lo que efectivamente debe ser remunerado es la prestación real del servicio en tales circunstancias. Un profesional puede tener para el paciente el carácter o calidad de médico de cabecera, sin que ello signifique la frecuente, desvelada y regular atención, porque dicha calidad depende màs que todo de la relativa exclusividad de sus servicios y de la confianza depositada en el profesional. No podía el perito, en virtud de la calidad atribuída al profesional, llegar a la conclusión de que el objeto de su avalúo o justiprecio era el conjunto de los servicios médicos prestados, independientemente del número de consultas y del valor de las mismas. Afirma el perito que es costumbre entre el cuerpo médico tener en cuenta la solvencia económica del paciente para el efecto de la fijaciòn de los honorarios. Tal consideraciòn, inspirada en muy nobles razones, es completamente extraña en el presente litigio. La relatividad del valor de los honorarios, según la capacidad económica del paciente, no puede aceptarla como principio técnico o científico, porque lo que se trata de avaluar es el servicio en sí mismo, que tiene que ser igual cualquiera que sea el paciente, si son iguales la enfermedad y las maneras de curarlo. Por último, el perito se limitò, a acoger o a aceptar el avalúo o estimación hecha en la demanda. De tal manera que el dictamen emitido por el doctor Rafael Salazar Santos carece de valor probatorio y no puede ser acogido por el Juzgador porque se funda en hechos no demostrados en el juicio y carece de precisión y de razonamiento acertado".

Respecto al documento privado que se acompañó a la demanda, suscrito por la viuda del causante, dijo el Tribunal:

"La carta que obra al folio 2 del expediente dirigida al doctor Francisco Cuevas García por la señora Margarita Larcher Vda. de Rodríguez Maldonado, y por ella reconocida, tampoco permite establecer en forma determinada en cuanto a calidad, cantidad e intensidad, cuáles fueron los servicios prestados por el distinguido profesional a don Carlos Rodríguez Maldonado. Por esa carta la viuda del señor Rodríguez Maldonado rechazó una cuenta presentada por el doctor Cuevas García, por considerarla exagerada en su cuantía. A manera de comparación, y para destacar lo exagerado de la cuantía reclamada, la señora de Rodríguez Maldonado hace en su carta suposiciones sobre las visitas mèdicas efectuadas por el doctor Cuevas al señor Rodríguez, y les asigna el valor que considera justo, lo que no implica el reconocimiento de la realidad de esos servicios".

Termina el sentenciador, expresando lo siguiente:

"Y como no existe en el juicio elementos de prueba que permitan el conocimiento de los servicios concretados y determinados que prestó el actor al señor Rodríguez Maldonado, tales como la clase de enfermedades sufridas por el paciente, la duración de cada una de ellas, la regularidad o frecuencia de las consultas y visitas practicadas, y tampoco puede hacerse la distinción entre las visitas con fines profesionales y las efectuadas a título amistoso, lo que impide estimación fundada y razonada del valor de tales servicios, es imperativa la absolución de los demandados y la consiguiente revocación de la sentencia apelada".

Estima la Sala que las razones expuestas por el Tribunal en el fallo recurrido, que en lo fundamental se ha transcrito antes, se ajustan a la realidad procesal, que el análisis y valoración probatoria se ha realizado conforme a los principios científicos que informan la crítica de la prueba; que no aparece por parte alguna de la providencia que se revisa el supuesto error de hecho que el recurrente atribuye al sentenciador, en el cargo que se examina.

De la simple lectura del fallo acusado resulta claro y nítido que el Tribunal no desconoció el hecho escueto, afirmado en la demanda, de que el doctor Cuevas García prestó servicios médicos a don Carlos Rodríguez Maldonado. Ocurre, sin embargo, que no encontró demostrado o establecido claramente en qué consistió la actividad profesional del demandante con relación a su paciente Rodríguez Maldonado, ni cuánto tiempo duró, ni la regularidad de la prestación de esos servicios, ni la prueba del tiempo (días, meses, años) que el señor Rodríguez Maldonado estuvo ausente del país como se afirma en la propia demanda, durante el período en que se dice que el demandante atendió médicamente a su paciente. Si esos extremos no se demostraron dentro del juicio, es evidente la imposibilidad del juzgador para producir una condena, puesto que resultaría arbitrario concretarla en una suma determinada sin existir en el acervo probatorio, los medios o elementos idóneos para ello. Precisamente, por esta razón el Tribunal no le otorgó valor probatorio al dictamen pericial rendido por el doctor Rafael Salazar Santos, designado para avaluar el monto de los honorarios profesionales reclamados en la demanda y desechó completamente ese dictamen, con base en que él "se funda en hechos no demostrados en el juicio y carece de precisión y de razonamiento acertado", según se expresa en la motivación del fallo.

Por lo demás, el recurrente en ninguna parte de su alegato se esfuerza por demostrar la equivocación que atribuye al Tribunal, respecto del examen y valorización del dictamen pericial y de las otras pruebas que señala el cargo. Esta omisión en la actividad que incumbe al acusador no puede suplirla oficiosamente la Sala, y ello sería suficiente para la desestimación del cargo. Sin embargo, la Sala ha estudiado las pruebas que indica el recurrente, y ha llegado a la conclusión antes expresada, de que el Tribunal estuvo acertado en su juicio, que no existe el error de hecho que se le atribuye por el recurrente, y menos con el carácter de manifiesto o evidente, que es la exigencia de la ley, para que sea capaz de desquiciar la sentencia.

Finalmente, respecto al otro aspecto de la acusación referente a la falta de apreciación del pasaporte visible al folio 116 del cuaderno principal, anota la Sala que ese documento fue presentado en forma irregular al proceso, razón por la cual no lo tuvo en cuenta el Tribunal como elemento de convicción. Sabido es que en los juicios laborales, al igual de lo que ocurra en el proceso civil, no se dispone por las partes de libertad en lo relativo a la aducción y práctica de las pruebas, pues, esa actividad debe sujetarse a las normas que regulan su producción y recepción, consignadas en el Código de Procedimiento Laboral, y a las establecidas en el Código Judicial, que se aplican a los juicios del Trabajo, a falta de normas procesales expresas sobre la materia. El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, pronunciada en este juicio por la Sala Laboral del Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 7 de diciembre de 1.960.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, Notifíquese, Cópiese, Insértese en la Gaceta Judicial y Devuélvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Luis Alberto Bravo. Luis Fernando Paredes A.- Roberto de Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RETRIBUCION DEL DESCANSO EN DIAS DOMINICALES Y FESTIVOS. SUELDO Y COMISION. INDEMNIZACION MORATORIA.

Reiteración de doctrinas sobre los distintos tipos de salario, con discriminación de los que incluyen el pago de los descansos legales y los que no incluyen tal pago. Diferenciación entre salario a comisión y salario a sueldo. Exención de la condena por perjuicios moratorios.

1. No le encuentra fundamento la Sala a la afirmación que hace el cargo, de que el salario a comisión es modalidad del que la ley llama sueldo. Es verdad evidente la de que toda comisión sobre ventas es variable en su cuantìa; depende ésta del valor de las transacciones que logre realizar el trabajador. El sueldo, por el contrario, es siempre una suma fija, en moneda legal, sin consideración al resultado del trabajo. Característica de esta forma de remuneración, es la de que su valor se conoce al tiempo de la celebración del contrato, en tanto que el de la comisión se determina durante su ejecución.

2. La jurisprudencia ha dicho que si el patrono discute con razones valederas la existencia de una obligación emanada del contrato laboral, puede ser eximido de la condena a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código del Trabajo.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Emma Esperanza Rocha de Padilla promovió juicio ordinario contra la sociedad anónima denominada "Sears Roebuck", representada por su apoderado general, para que por sentencia fuera condenada al pago de lo siguiente: reajuste de cesantía y de primas de servicio, remuneración del descanso en domingos y festivos indemnización moratoria.

Dijo su apoderado, en la relación de hechos de la demanda, que la actora trabajó al servicio de la sociedad, en calidad de Vendedora, desde el 1o. de noviembre de 1.954 hasta el 13 de febrero de 1.960; que el patrono le pagó a la trabajadora, a título de salario, el 5 % del valor de las ventas semanales; que el patrono le pagó a la empleada, semanalmente, el valor del porcentaje que le correspondía como remuneración, y cuando en alguna semana no efectuaba ventas, le anticipaba una suma para descontarla del valor que le correspondiera en la semana inmediatamente posterior; que el salario que devengó la actora fue variable; que al liquidarle y pagarle la sociedad el auxilio de cesantía y primas de servicio, no incluyó el valor correspondiente a la remuneración en domingos y festivos, deuda que no le ha cancelado; que durante la vigencia del contrato la señora Rocha de Padilla se obligó a trabajar todos los días laborales de la semana, y si en algunas no lo hizo, se debió a disposición de la empresa.

Las pretensiones se fundan, en derecho, en los arts. 22, 23, 24, 47 y pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda se opone a la prosperidad de las súplicas que formula, expresando que la sociedad consignó judicialmente, en favor de la actora, lo que estimaba deberle, por haberse negado a recibir la suma que le ofreció. En cuanto a los hechos, niega unos y exige la prueba respecto de los otros. Propuso estas excepciones: pago, compensación, inexistencia de la obligación y prescripción.

La relación de primer grado terminó por sentencia del 6 de marzo 1.961, proferida por el

Juzgado 5o. del Trabajo de Bogotá. Por medio de ella condena a la Sociedad a pagar a la demandante (ordinal primero) lo siguiente: a) $416,35, por reajuste de cesantia; b)$808,80, por reajustes de prima de servicio; c) $5,531,30, por remuneracióm de domingos y festivos; d) $635,74, por concepto de indemnizaciòn moratoria Declara probada (ordinal segundo) la excepción de prescripción, respecto del valor de descansos legales remunerados y el reajuste de primas de servicio por el tiempo comprendido entre el 26 de julio de 1.954 y el 16 de agosto de 1.957. Declara probada parcialmente (ordinal tercero) la excepción de pago en relación con primas de servicio y auxilio de cesantía, y no probadas (ordinal cuarto) las excepciones de compensación e inexistencia de la obligación. Absuelve a la sociedad de los demás cargos (ordinal quinto) y la condena en costas (ordinal sexto).

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de 29 de abril de 1.961, resolvió el recurso de alzada interpuesto por ambas partes contra el fallo del Juzgado a quo. La resolución de segundo grado (numeral 1o.) modifica el ordinal primero del fallo apelado, en el sentido de condenar a la sociedad a pagar a la actora lo siguiente: a) $1.374,13, por reajuste de cesantía; b) $374,72, por reajuste de prima de servicio;c) $5.831,91, por remuneración de domingos y festivos; y d) $603,82, por concepto de indemnización moratoria. Confirma los ordinales segundo y tercero del mismo fallo (numeral 2o.); revoca el ordinal quinto, y declara, en su lugar, que no hay lugar a hacer el pronunciamiento a que él se refiere (numeral tercero). No condena en costas.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, que le fue concedido. Tramitado aquí en debida forma, se pasa a decidir.

El recurso de la parte demandada.

Aspira a que la Corte "case parcialmente" la sentencia del ad quem en cuanto condena a la sociedad al pago de reajuste por cesantía y prima de servicios, remuneración de descanso en domingos y festivos e indemnización por mora, revoque la de primer grado y, en su lugar, absuelva al patrono de todos los cargos de la demanda inicial.

Con fundamento en la causal primera de casación formula dos cargos, que serán examinados en su orden.

Primer cargo.

Violación de los art. 22-2, 57-4a., 127, 132, 172, 173, 174, 176, y 177 del C.S.T., por errónea interpretación.

En su desarrollo dice el recurrente que el fallador interpretó erróneamente las normas al sostener que como la remuneración era variable, no operaba el art. 174 sino el 176, el cual señala el salario para el pago del descanso dominical.

Expresa que el concepto del Tribunal contradice el espíritu de la ley, porque somete a un determinado molde la estipulaciòn sobre el salario; que ninguna norma del Código impide fijarlo en atención al tiempo servido y al trabajo realizado, como tampoco les veda a las partes estipular como sueldo una remuneración variable por cada mes de servicio, pues las facultad para darle el carácter de jornal o de sueldo a las modalidades del salario, como lo expresa su art. 133; que, por vía de interpretación, no pueden derogarse o limitarse las facultades que la ley otorga a los contratantes para señalar la forma de remuneración como sueldo o jornal; que como el nombrado artículo dice que sueldo es el estipulado por periodos mayores de un día, no hay razón para interpretarlo en sentido que cause perjuicio al patrono, mucho menos si hay otras normas legales que confirman la contenida en el art. 133, como son las de los art. 22-2, 132 y 127; que si a ellas se agrega la del art. 174-2, no queda duda de que por haber devengado la actora una comisión sobre ventas, es decir, un porcentaje fijo estipulado como sueldo, ningún derecho tiene el pago de descansos en dominicales y festivos, porque la remuneración mensual los incluye; que la regla del art. 57-4, confirma la libertad en que se hallan las partes para estipular el salario y pone de manifiesto la errónea interpretación de los preceptos legales que el cargo cita.

Agrega que los arts. 173 y 176 se complementan, porque se refieren a la remuneración de los descansos legales, y sólo se aplican al salario estipulado por días, sea al jornal, fijo o variable; que relacionando esas normas con

la del 174-I, se ve que mencionan las condiciones y formas de pago del descanso dominical y festivos para trabajadores cuya remuneración haya sido pactada por días; que el convencimiento erróneo sobre el alcance de las disposiciones acusadas, provocó la condena de dominicales y festivos y el reajuste de cesantía y primas, con base en lo que el patron no le pagó a la actora semana por semana, a cuenta de comisiones; que si las disposiciones se interpretan en su verdadero sentido, el **ad quem** habría tenido que revocar la decisión del **a quo**.

Segundo cargo.

Acusa violación de las mismas normas que relaciona el primero, por aplicación indebida a causa de error es de hecho. Se presenta en subsidio del anterior.

Los errores, provenientes de mala estimación de unas pruebas, y desestimación de otras, son los siguientes:

Dar por demostrado, sin estarlo; a) Que la demandante se obligó a laborar todos los días de la semana; y b) Que el salario dependía únicamente del resultado obtenido por la empleada. Y no dar por demostrado, estándolo, que el salario mensual pactado dependia no sólo del trabajo, sino del tiempo servido.

I. Pruebas mal apreciadas:

El contratode trabajo (f. 17); y la inspección ocular (fs. 49 a 54).

Expone el recurrente:

El salario que el contrato estipula fue un sueldo mensual correspondiente al 6°/₀de las ventas. En su cláusa tercera convinieron las partes que el patron anticiparía a la empleada, semanalmente, la suma de $76,15, dentro de la cual quedaban incluídos los descansos legales.

No hay duda de que de acuerdo con el art. 132 las partes gozan de libertad para convenir la forma de remuneración; y que ésta constituye salario, ya que conforme al art. 127, por tal se entiende no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que el trabajador reciba como retribución de sus servicios, como porcentajes sobre ventas, comisiones, participación de utilidades. Además, el art. 22-2 denomina salario cualquier forma de retribución, y el 133 llama jornal al salario estipulado por días y sueldo el pactado por periodos mayores. Por tanto, si la actora tenía asignada una remuneración mensual, no estaba obligado el patrono a pagarle por separado el descanso en domingos y festivos, porque como lo ordena el art. 174-2, el pago del sueldo incluye el de los descansos en esos días.

La inspección ocular solo constató las sumas que Sears pagó a la actora a cuenta de comisiones, durante las semanas transcurridas entre el lo. de enero de 1.957 y el 20 de diciembre de 1.959, y con base en ellas no puede liquidarse el descanso dominical que ordena pagar el art. 173, en relación con el 176 si no aparecen los días trabajados, en cada semanay de mostrada la obligación de la empleada de prestar servicios en todo los días que comprende esa unidad de tiempo. Por tanto, la empresa ha debido ser exonerada del pago de los descansos. El fallo no apreció correctamente esta prueba, por lo cual violó las normas que el cargo cita, por aplicación indebida.

II. Pruebas no apreciadas.

La confesión de la demandante en posiciones (fs. 42 y 43).

Declara al contestar la pregunta cuarta que comenzó a ganar sueldo fijo y por reclamo que hizo al patrono fue sustituido por el de comisión, ratificando así la libre estipulación contenida en el contrato acerca de su remuneración. La confesión en tal sentido no la tuvo en cuenta el fallador al aceptar la invalidez del vínculo en cuanto al salario, lo cual entraña disminución de las garantías y facultades que la ley otorga a las partes para convenir el salario como sueldo o como jornal. También dejó de estimar el fallo la respuesta de la demandante a las preguntas octava y novena, en cuanto a la obligación que asumió la actora de trabajar un tiempo determinado en la empresa, sujeta a horario, debiendo marcar tarjeta al ingreso al trabajo y a la salida. Por tal motivo no dio por demostrado que la remuneración pactada dependía no solo del trabajo ejecutado por la actora sino del tiempo que debía permanecer en el almacén.

Si el Tribunal -concluye la acusación- valora correctamente las pruebas, habría concluído que las partes estipularon un sueldo correspondiente a un porcentaje sobre ventas, garantizado con remuneración fija para los casos en que la demandante no vendiera; que la estipulación fue voluntaria, sin lesionar el salario mínimo legal; que el patrono cumplió la obligación de pagar a la trabajadora sus salarios en la forma, lugar y períodos convenidos; y que de la inspección ocular no podía deducirse cuales fueron los días trabajados por la empleada en cada semana, por lo que no podía recibir aplicación el art. 176.

Para refutar el primer cargo, el opositor se acoge a una doctrina sentada por el Tribunal Superior de Bogotá en caso igual al que se debate. Se ignora si es la misma a que se refiere el nombrado Tribunal. La motivación de la que el recurrente transcribe, puede resumirse así:

El salario a base de jornal o sueldo es tipo de remuneración por unidad de tiempo, a diferencia del destajo, cuyo valor depende del resultado obtenido sin consideración al tiempo, por lo cual no se puede hablar de jornales o sueldos frente a salarios por unidad de tiempo. Refuerza el concepto el art. 141 del C.S.T., del cual resulta, por exclusión, que salario fijo es el estipulado por unidad de tiempo, y variable los demás, por lo que, cuando de éstos se trata, el pago del descanso debe hacerse sobre salarios realmente devengados, o de los fijados como básicos en pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales. Por tal motivo, la norma del art. 174-2 resulta inaplicable en los casos en que se haya pactado el salario a destajo, debiendo operar la del art. 176.

En cuanto al segundo cargo, sostiene el opositor que el fallo no estimó erróneamente el contrato de trabajo y la inspección ocular; que aunque el contrato llama sueldo el salario variable, el de la segunda clase, a partir de mayo de 1.955, es el que demuestran la contestación de la demanda y la inspección judicial. Con referencia a la segunda de estas pruebas, alega que acredita la obligación asumida por la actora de trabajar todos los días laborables de la semana. Respecto a la confesión provocada de la demandante, el alegato de oposición anota que no influye en la decisión, porque en autos se demostró que la trabajadora devengó salario variable desde mayo de 1.955 y no por unidad de tiempo.

LA CORTE CONSIDERA:

1. Respecto de la cuestión jurídica que plantea el primer cargo, dice la sentencia que como el salario de la trabajadora era variable, no puede tenerse en cuenta el art. 174 del C.S.T., sino el 176 de la misma obra, y agrega que sobre la forma como deben retribuirse los dominicales de los empleados que no reciben salario fijo sino variable, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones, y se remite por tanto a la providencia del 24 de noviembre de 1.960, proferida en el juicio seguido por Jaime Castellanos Morris contra la misma sociedad que es parte en la presente controversia.

La Corte no conoce la decisión a que alude el Tribunal, por lo que para ella la motivación de la sentencia recurrida no será otra que la expuesta anteriormente.

2. De los dos contratos de trabajo celebrados por las partes, ha sido debatido en el juicio el segundo, de fecha 20 de mayo de 1.955 (f. 17), al cual se refiere tanto el fallo del **ad quem** como el acusador.

Estipula la cláusula segunda del contrato que por los servicios que preste al trabajador, el patrono le reconocerá un sueldo mensual formado así: 6% sobre las ventas que realice personalmente de artículos de las divisiones a que alude la cláusula primera, como esta salvedad: el tanto por ciento podrá reducirse hasta el 3% cuando se hagan rebajas especiales para acelerar la venta de artículos en dichas divisiones, por períodos que no podrán exceder de una semana, previo aviso del patrono al trabajador.

Dice la cláusula tercera:

"Los pagos se efectuarán por semanas vencidas, pero como no siempre es posible realizar inmediatamente la liquidación de comisiones, queda establecido que el patrono anticipará al trabajador a buena cuenta de comisiones semanales, la suma de $ 76.15, dentro de la cual quedan comprendidos los días de descanso, domingos y días feriados legales, y si al efectuar las liquidaciones ocurre que las comisiones del trabajador no han alcanzado el

nivel de los anticipos semanales, tendrá éste que compensarlo con comisiones de semanas subsiguientes en las cuales tal nivel sea sobrepasado". A continuación dá un ejemplo para explicar el sentido de la cláusula y su forma de aplicación práctica.

3. El acusador no discute que la remuneración pactada haya sido variable; su punto de vista es el de que las partes, en uso de la libertad contractual, están facultadas para estipular como sueldo una remuneración variable. Sin embargo, en oposición a ese concepto, sostiene que la comisión (porcentaje fijo sobre las ventas) estructura el tipo de salario que la ley llama sueldo.

Acerca del primer extremo, esta Sala de la Corte, en caso igual al presente, expuso lo que se transcribe a continuación:

"Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de "sueldo" o "jornal", deba respetarse su voluntad, como pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección del asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieren darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

"Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical renumerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibídem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

"Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldos y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldo, por periodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1o.). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

"El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

"No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

"No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

"Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su

situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

"La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

"Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador". (Sentencia de fecha 30 de enero de 1.964. Juicio de Fabio Duque contra Sears Roebuck S.A.).

Reafirma la Sala la doctrina anterior, pues en su concepto consulta el genuino sentido de las normas legales con incidencia en la cuestión jurídica a que el cargo se refiere.

4.- Con referencia al otro aspecto de la acusación -el de que el salario a comisión es modalidad del que la ley llama sueldo- el cargo se limita a hacer la afirmación sin aducir en su apoyo ninguna razón atendible. Para la Sala el reparo carece de fundamento. Es verdad evidente la de que toda comisión sobre ventas es variable en su cuantía; depende ésta del valor de las transacciones que logre realizar el trabajador. El sueldo, por el contrario, es siempre una suma fija, en moneda legal, sin consideración al resultado del trabajo. Característica de esta forma de remuneración, es la de que su valor se conoce al tiempo de la celebración del contrato, en tanto que el de la comisión se determina durante su ejecución.

5. No tiene consistencia el argumento de que los arts. 173 y 176, en relación con el 174-1, en cuanto a la remuneración de los descansos legales, se aplican al salario estipulado por días. Sobre el tema, la Sala, en el fallo citado anteriormente, expuso lo siguiente:

"No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a "los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1 del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sin consideración al período que regule su pago.

"El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos".

Por todo lo expuesto, la Sala desecha el cargo.

6. Respecto a las acusaciones del segundo cargo, observa la Sala:

Según el recurrente, la sentencia estimó con desacierto el contrato de trabajo, porque conforme a su texto el salario convenido fue un sueldo mensual equivalente al 6°/o de las ventas, y no un salario variable, como aquella lo sostiene.

7. Para el mejor esclarecimiento del punto, conviene detenerse en el examen de las claúsulas del contrato laboral, relativas al salario, transcritas anteriormente. La estipulación al respecto contiene dos tipos de remuneración, así: variable y por unidad de tiempo. Es provisional la segunda, porque si la comisión sobre ventas es inferior a su límite numérico en una semana determinada, el trabajador recibe la diferencia hasta completar el valor de la asignación fija, obligándose a pagarla con el producido de la semana siguiente si supera el rendimiento de la anterior y el tope de la suma fija, o con el mayor rendimiento de las semanas posteriores que excedan de dicho límite, si fuere el caso. En cambio, si el salario por comisión, en todas las semanas, rebasa la suma fija, le corresponde al trabajador en su totalidad. Ocurre preguntar: cuál es el salario prevalente en las dos formas?. No cabe duda

que esa calificación corresponde al variable. Aunque sea permanente la asignación fija recibe siempre el influjo de la variable; aquella constituye apenas una garantía de que el trabajador recibirá una suma determinada, semanalmente, de manera provisional. El déficit, si se presenta, constituye de todos modos un crédito a su cargo.

La declaración que hace la cláusula tercera en el sentido de que el pago de la suma de $76,15 semanal, comprende el de los descansos legales, no configura un tipo de remuneración fija sino variable, como lo afirma con acierto la decisión recurrida. Por consiguiente, la manifestación de voluntad contradice el precepto del art. 43 del Código del Trabajo, pues su efecto inmediato es el de que el trabajador queda privado del derecho a percibir la remuneración de esos descansos, consagrado en el art. 176 ibidem. Entraña, además, una renuncia a ese derecho, que tampoco produce efecto conforme a lo previsto en el art. 13 de la misma obra.

No plantea la acusación, de manera concreta, la validez de las cláusulas sobre el salario; sinembargo, es ese el pensamiento que la informa. Tampoco se pronuncia expresamente sobre el punto la sentencia recurrida. Con todo, el hecho de haber desechado la aplicación del art. 174-2 para acoger en su reemplazo el 176, ambos del estatuto laboral sustantivo, lleva a la consecuencia de que no consideró las cláusulas ajustadas a la ley. Ese es también en concepto de la Corte su verdadera significación.

Es preciso, pues, rechazar el reparo de que el sentenciador haya apreciado equivocadamente el contrato de trabajo.

La inspección ocular (fs. 50 a 54) hace una relación del trabajo de la demandante, semana por semana, con indicación de las horas trabajadas y del valor de la respectiva comisión, desde el mes de enero de 1.957 hasta el de diciembre de 1959.

El número de horas laboradas en cada semana autoriza para deducir que prestó servicios durante la jornada ordinaria en todas las que relaciona el fallo de primera instancia, en la forma y términos prescritos en el art. 172, inciso 1 del C.S.T. Sobre el punto, el de segunda confirma el del a-quo, modificando únicamente la cuantía, no en lo concerniente a las semanas trabajadas con derecho a la remuneración por descanso dominical.

El reconocimiento al pago del descanso no comprende todas las semanas, sino las transcurridas a partir entre agosto de 1.957 y diciembre de 1.959 que reunían los requisitos de la norma legal antes citada, respecto de dominicales. Declara prescrito el derecho en relación con el trabajo anterior el 12 de agosto de 1.957.

No es, pues, exacto que el fallo hubiera acogido la petición de la demanda inicial en relación con semanas de trabajo sin sujeción al régimen legal correspondiente.

Otro error de valoración probatoria le atribuye el recurrente al sentenciador por no haber estimado la confesión provocada de la demandante.

Que la actora hubiera admitido en su confesión el hecho de que el salario en el primer contrato fue fijo, nada tiene que ver con la validez o nulidad de la cláusula sobre remuneración del segundo contrato, ni habría llevado al fallador a la conclusión de que el pacto acerca del salario debía merecer el acatamiento de aquél. La circunstancia de haber aceptado la demandante un horario determinado en la prestación del servicio, tampoco conduce a demostrar que el salario dependía no solo del trabajo ejecutado por ella sino del tiempo que debía emplear en el almacén. Por lo demás, no es el horario factor determinante del salario a comisión, sino el rendimiento del trabajador. El tiempo empleado puede ser excesivo y escaso el rendimiento, o viceversa.

No prospera el cargo.

El recurso de la parte demandante.

Al fijar en alcance de la impugnación solicita que se case la sentencia del Tribunal en cuanto limitó la condena a la indemnización por mora a la suma de $ 603,82, que la Corte en fallo de instancia debe sustituir por la que obligue a la sociedad al pago de $ 32,30 diarios, valor del último salario promedio al día devengado por la demandante, por cada día de retardo, a partir del 14 de febrero de 1.950, fecha en que expiró el contrato, hasta cuando el patrono haga el pago de todos los salarios y prestaciones debidos.

Con base en la causal primera de casación formula un solo cargo, el de violación, por falta de aplicación, del art. 65, incisos 1 y 2 del C. S. T., en relación con el 1624 del C. C., a causa de evidentes errores de hecho al estimar unas pruebas y desestimar otras.

A). Pruebas mal apreciadas.

El contrato de trabajo (f. 17) en su cláusula segunda; y la confesión de la sociedad contenida en el memorial sobre consignación de la suma debida por prestaciones (fs. 21 y 26).

Dice el recurrente al sustentar el cargo que la sentencia estimó que la sociedad no obró de mala fe al no haber incluido en la liquidación de cesantía y primas de servicio el valor del descanso en dominicales y festivos, en atención a la forma en que se redactó la cláusula segunda del contrato, por lo cual solo era procedente condenarla al pago de los salarios indemnizatorios durante el tiempo de la mora (19 días).

Se debe observar que el fallo -arguye el acusador- admite ambigüedad en la cláusula contractual que contiene la estipulación sobre salario, porque ofrece más de una interpretación, ya que denomina sueldo mensual lo que en realidad es salario variable. El contrato escito de trabajo fue elaborado por la sociedad; se trata de un ejemplar mineografiado, que después llenó con el nombre de la empleada, denominación del cargo, etc., sin haber dado explicación sobre el alcance de lo que la cláusula llama sueldo mensual, siendo así que el salario no se pactó por unidad de tiempo sino por porcentaje variable. La cláusula la interpretó el Tribunal en favor de la parte demandada, que la redactó, cuando ha debido interpretarla contra ella, como lo dispone el art. 1624 del C. C.. A causa del error en la estimación de la prueba, dejó de aplicar en toda su extensión el art. 65 del C. S. T.. Si procede conforme al art. 1624 citado, habría tenido que deducir renuencia del patrono y mala fe de su parte al no haber pagado la remuneración de los descansos en domingos y festivos y al no haber incluido en la liquidación de cesantía y primas de servicio el valor correspondiente a los descansos. "El error de hecho es evidente y queda demostrado".

Estimó la sentencia erróneamente la confesión contenida en el memorial sobre consignación de las sumas debidas por el patrono a la demandante, porque la hizo para el pago de prestaciones sociales, omitiendo los salarios, no obstante que sabía o debía saber que adeudaba el valor de la remuneración correspondiente a los descansos legales, como lo reconocen los fallos de instancia.

B). Pruebas no apreciadas.

La confesión del representante de la sociedad, contenida en posiciones, y la inspección ocular.

Con referencias a esas pruebas, alega el recurrente:

En su confesión provocada el representante de la sociedad admite que el salario pactado fue variable. La inspección ocular demuestra esta peculariedad de la remuneración y el hecho de que a la demandante no se le pagó suma alguna por descansos en dominicales y festivos. Por no haber tenido en cuenta esas pruebas, el Tribunal interpretó equivocadamente una cláusula ambigüa del contrato, habiéndola redactado la contraria, llegando a consecuencias liberatorias donde debió encontrar renuencia patronal. "El error, pues, también es ostensible o manifiesto". Refuerza el argumento con una sentencia de esta Sala de la Corte del 5 de enero de 1.959, la cual dice que cuando al patrono se descubren trazas de fraude a la ley, se le impone el castigo indemnizatorio.

La parte opositora demandada sostiene que la sentencia no violó el art. 65 del C.S.T., porque si las partes quisieron convenir la remuneración como sueldo, débe respetarse su voluntad, como lo manda el art. 1618 del C. C. Alega que no es ambigüa la clánsula segunda del contrato, porque habla especificamente de sueldo mensual, aparte de que el art. 1624 ibídem no es aplicable en materia laboral, pues se opone al 21 del Código del Trabajo; que, además, no se demostró en el juicio el hecho de que la cláusula que se tacha de ambigüa hubiera sido redactada por el patrono.

Dice tambien que de la inspección ocular de la confesión del representante de la sociedad y del memorial sobre pago por consignación, no se deriva ningún derecho en favor de la actora, porque las pruebas apenas demuestran que la remuneración fue variable, que recibió

del patrono ciertas sumas, semanalmente, lo mismo que sus prestaciones sociales, pero no deudas por salarios u otros conceptos. Si la omisión en el pago de deudas insolutas no fué comprobada, resulta inaplicable el art. 65; y como la súplica sobre pago de salarios caídos se funda en que no se cubrió el valor de dominicales y festivos, y la condena por tal concepto se produjo como consecuencia de la interpretación de varios textos de la ley laboral, el fallo del **ad quem** en nada pudo ser influído por las pruebas que el cargo considera como mal apreciadas o desestimadas.

SE CONSIDERA:

El patrono consignó lo que estimó deberle al trabajador 19 días después de haber terminado el contrato de trabajo, por concepto de prestaciones sociales. La sentencia lo condena al pago del salario durante el indicado lapso de tiempo, que en su concepto fué el de la mora.

El recurrente estima que la condena debió hacerla el Tribunal desde que el contrato expirò (14 de febrero de 1.960) hasta que la sociedad pague las deudas que los fallos de instancia reconoce a su cargo por concepto de remuneraciòn en los días de descansos legales, reajuste de cesantía y primas de servicio, al tenor de la norma legal cuya violación acusa.

Observa la Sala: la jurisprudencia ha dicho que si el patrono discute con razones valederas la existencia de una obligación emanada del contrato laboral, puede ser eximido de la condena a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del Código del Trabajo.

Puede admitirse que el patrono redactó la cláusula que la sentencia estima confusa, como lo sostiene el acusador. Sobre esta base conviene dilucidar si la sola ambigüedad de la cláusula autoriza para concluir que el patrono obró de mala fé, esto es, con el deliberado propósito de burlar los derechos del empleado. Una afirmación categòrica en tal sentido no puede hacerse. Descubrir la intención de los contratantes es cuestión distinta de la de saber cual es la voluntad declarada. La que emerge del contrato entre las partes, relativa al salario, examinada a la luz de la razòn, no lleva con necesidad lógica a la conclusiòn de que además de su ilegalidad, constituye prueba evidente de que al redactarla, el patrono obró de mala fè. Así lo estima la Sala en atención a que la ley del trabajo (art. 132) autoriza a las partes para convenir libremente el salario en sus diversas modalidades. Las partes, en uso de esa libertad, creyeron que podían ajustar el salario en la forma pactada. Ahora, si la cláusula, examinada frente a otros preceptos legales, resulta opuesta a ellos, desprovista de fuerza vinculante entre las partes, capaz de obligar al trabajador, esa situación apenas plantea un problema de interpretación, susceptible de error pero no inductivo de una conducta contraria a la buena fe, merecedora de sanción.

Es cierto, que en posiciones el representante de la sociedad admitió el hecho de que el salario convenido fue variable, e igualmente que así resulta de la inspección ocular, como lo afirma el recurrente. Todo ello sirve para corroborar las anteriores observaciones de la Sala, pues el patrono tuvo la creencia de que esa forma de retribuciòn incluía el pago de los descansos en domingos y demás días festivos. Para pensarlo así se fundó en la consideraciòn que puede estimarse errónea pero no fraudulenta, de que si el salario se estipulaba por periodos mayores de días aunque sea variable, recibe la denominación de sueldo, tomando en cuenta lo dispuesto por el art. 133 del C.S.T.. Para el patrono no era, pues, cierta, la deuda proveniente de los descansos legales; al contrario, consideró haberla cancelado al hacer el pago de las comisiones. Por tal motivo, al consignar lo que estimó deber a la demandante, se abstuvo de solucionar la obligación por el concepto expresado.

De otro lado, para el caso de pago por consignación, lo que el art. 65, inciso 2 de la obra citada dispone, es que el patrono deposite ante la autoridad que señala el precepto, lo que confiese deber, mientras la justicia de trabajo define el litigio, dejando a su apreciación la cuantía de la deuda. La estimación patronal al respecto, ajustada a lo preceptuado en el mandato legal, debe respetarse, a menos que se demuestre que el consignante desconoció, sin causa justificada, la existencia de obligaciones objetivamente inobjetables. No es esa la situación que se contempla en el juicio, como resulta del análisis de la conducta patronal. Por tanto, no tiene asidero el concepto del acusador de que la sociedad al no haber incluido en el valor de la consignación el de las deudas en su totalidad, obrò de ma-

la fe, y debe, por consiguiente, soportar la sanción de que trata el art. 65.

Error evidente de hecho no se advierte en la actividad probatoria del sentenciador, entre otras razones porque, en el fondo, la cuestión debatida afronta un problema de interpretación de normas y no exclusivamente de hecho. Por lo demás, aún considerándola de la segunda clase, si hubo error, no se muestra manifiesto y ostensible, como debe serlo para su prosperidad en casación. En últimas, el punto, por lo menos, es dudoso, y cuando así ocurre el error deja de ser manifiesto, condición necesaria para su admisión.

No prospera el cargo.

Por 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.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, Notifíquese, Cópiese, Insertese en la Gaceta Judicial y devuelvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LEGALES DEL TRABAJADOR. SALARIOS FIJOS Y SALARIOS VARIABLES. DESTAJO Y SUELDO.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. cinco de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Por medio de apoderado Efraín Mejía Peláez promovio juicio ordinario contra la sociedad anónima denominada "Sears Roebuck", domiciliada en Medellín, para que con audiencia de su represantante legal fuera condenada al pago de los descansos en domingos y festivos, vacaciones, primas de servicio y sobreremuneración por trabajo nocturno.

Afirma la demanda en sus fundamentos de hecho que Mejía Peláez trabajó para la sociedad por medio de contrato consignado por escrito, durante dos años y un mes, hasta el 2 de junio de 1.959; que para retribuir los servicios del trabajador se pactó un salario del 5°/o de las ventas y del 3°/o para las que hiciera con precios rebajados, con derecho a recibir mensualmente hasta $330.oo por concepto de prèstamo o anticipo a buena cuenta de comisiones, cuando no realizara ventas; que durante la vigencia del contrato no se le pagaron al demandante los descansos legales sino el porcentaje por el trabajo ejecutado en días hábiles; que, por tal motivo, el valor de la cesantía, vacaciones y primas, fue inferior al que le correspondía; que debe aumentarse el valor de esas prestaciones, reconociendo al actor la remuneración por trabajo nocturno, por haber laborado parte de las jornadas en horas de la noche, sin recibir el recargo correspondiente; que Mejía Peláez se obligó a trabajar todos los días hábiles de la semana, como lo hizo, con excepción de medio día de descanso obligatorio, que también se le debe.

En derecho cita los arts. 22, 23, 24, 168, 172 y concordantes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda se opone a sus pretensiones. En cuanto a los hechos acepta el contrato de trabajo y el tiempo servido; respecto de los demàs, negó unos y exigiò la prueba de los otros. Propone la excepción de pago y la que denomina genèrica.

Terminó la relación de primer grado por sentencia del 9 de diciembre de 1.960, proferida por el Juzgado 5o. del Trabajo de Medellín. De las súplicas de la demanda la resolusiòn acoge la relativa a los descansos legales y la que pide el reajuste de cesantía. Absuelve a la sociedad de los demás cargos.

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia del a quo, que resolvió el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, por medio de la suya de fecha 18 de febrero de 1.961. El fallo de segundo grado confirma el de primera, modificando la cuantía de la deuda por reajuste de cesantía.

La parte demandada interpuso el recurso de casaciòn contra la sentencia del Tribunal, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

La demanda de casación.

Aspira a que se case la sentencia impugnada en cuanto condena a la sociedad al pago de dominicales y festivos y reajuste de cesantía, y, a que, en su lugar, la Sala, en fallo de instancia, revoque el de primer grado y absuelva al patrono de todos los cargos por los expresados conceptos.

Se acoge a la causal primera de casación, y con fundamento en ella formula dos cargos.

Primer cargo. Violación del art. 133, en relación con los arts. 22-2, 57-4, 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del C.S.T., por errónea interpretación.

Sostiene el recurrente que la sentencia contradice el espíritu de la ley al someter a determinado molde la estipulación sobre salario; que el Código del Trabajo no prohibe la fijación del salario en atención al tiempo servido y al trabajo realizado; que deja a la voluntad de los contratantes darle la calidad de jornal o de sueldo a las modalidades de la retribución o convenir como sueldo una remuneración variable por cada mes de servicio; conforme a su art. 133; que el salario puede ser acordado teniendo en cuenta determinado período de tiempo, en forma mixta, sin que a ésta se le pueda negar el carácter de sueldo para atribuirlo únicamente a la retribución por unidad de tiempo; que la mencionada norma contiene una definición genérica dentro de la cual queda incluída cualquiera estipulación sobre el salario, pues si el legislador hubiera querido que se aplicara solo a retribuciones fijas o por unidad de tiempo, así lo habria dispuesto; que no existiendo regla al respecto, la sentencia ha debido tomar la definición en su sentido obvio, porque no cabe hacer distinciones ni interpretaciones distintas de una norma clara en su contenido, mucho menos si hay otras que le dan fuerza, como las de los arts. 22-2, 132, 127 y 174-2 del mismo Código; que si de acuerdo con éste, la comisión sobre ventas constituye salario; si el salario pactado por períodos mayores de un día se llama sueldo; y si en todo sueldo se entiende comprendido el pago de los descansos legales, no se ve el motivo para que se defina una situación englobada en tales normas, en forma que las desvirtúe; que la tesis del Tribunal es inconexa, porque no tuvo en cuenta al decidir la cuestión debatida, otras normas pertinentes de la ley del trabajo; que de haberlo hecho habria concluído que el art. 176 solo se aplica a los casos de salarios variables estipulados por días. Concluye el cargo diciendo que el convencimiento erróneo sobre el alcance de las normas acusadas, provocó la condena al pago de los descansos legales y reajuste de la cesantía, pues sin tal error la sentencia habria tenido que ser absolutoria.

Segundo cargo. Acusa violación de las mismas normas legales que cita el primero, por aplicación indebida, a causa de evidentes errores de hecho al apreciar equivocadamente unas pruebas y desestimar otras. Se aduce en subsidio del primero.

I. Pruebas mal apreciadas.

a). El contrato de trabajo.

Según su texto, las partes convinieron, a título de salario, un sueldo mensual equivalente al 5% de las ventas que hiciera el trabajador.

Dice el recurrente que, de acuerdo con el art. 132, no puede negarse que la forma de remuneración pactada fue un salario, pues la comisión tiene esa calidad conforme al art. 127; que el art. 22-2 denomina salario cualquier forma de retribución; que el 133 llama jornal al salario estipulado por días y sueldo el pactado por períodos mayores, por lo que, si Mejía tenía asignada una remuneración mensual, la empresa no estaba obligada a pagarle los descansos legales, conforme a lo previsto en el art. 174-2.

b). La demanda inicial (hecho 3o.).

Allí afirma el actor -arguye el impugnante- que se pactó un salario del 5% sobre las ventas y del 3% para las promociones, con derecho a una suma hasta de $ 330.oo por préstamos o anticipos a cuenta de comisiones. Así ratificó el demandante la estipulación contenida en el contrato acerca del salario, lo cual no impidió al Tribunal declarar la invalidez del acuerdo, con menoscabo de las garantías y facultades que la ley otorga a las partes para convenir el salario como jornal o sueldo, sobre todo si se tiene en cuenta que la empresa pagó al empleado una suma mínima mensual para los casos en que no realizara ventas.

II. Pruebas no apreciadas.

1). La liquidación de prestaciones sociales; y 2) El documento del folio 19 vuelto.

Expone el recurrente:

En el documento que contiene la liquidación, el empleado manifiesta que se halla a paz y salvo con la empresa por sueldos ordinarios, extraordinarios, domingos y días feria-

dos, liberando a la sociedad de las obligaciones allí mencionadas.

La otra prueba demuestra que la remuneración mensual del actor sobrepasó el salario mínimo legal. Las pruebas mal apreciadas y las que el fallo no estima, concluye el cargo, habrían llevado al Tribunal a una decisión distinta si les dá su verdadero significado. En efecto, agrega: habiendo pactado los litigantes una remuneración mensual, sin lesionar el salario mínimo legal; habiéndose acreditado que el patrono garantizó y pagó al actor un salario para los casos en que por falta de venta no recibiera comisiones, y a pesar de que Mejía, al terminar el contrato, firmó un finiquito de paz y salvo en favor de la sociedad, la sentencia contradijo esos hechos, incurriendo en error que lo condujo a la aplicación indebida de las normas acusadas.

Acerca de la cuestión jurídica que plantea la demanda de casación, el Tribunal hace estas consideraciones:

El art. 132 del C.S.T. faculta a las partes para convenir el salario en cualquiera de sus modalidades, lo que implica que una cosa es el salario por unidad de tiempo y otra distinta el estipulado a destajo. Por tanto, cuando el art. 133 ibidem denomina jornal el estipulado por días y sueldo el pactado por períodos mayores, se refiere al convenido por unidad de tiempo o salario fijo. Esta forma no es posible cuando el salario se conviene en relación con el resultado del esfuerzo del trabajador, como sucede en el salario a destajo o por unidad de obra. En el primero es fijo y conocido por el solo transcurso del tiempo, prestado el servicio; en el segundo, aunque los días corran, no es determinable el salario por ese solo factor, pues resulta en proporción con el resultado obtenido, sin consideración al tiempo. Por consiguiente, solo se puede hablar de sueldos y jornales frente a salarios por unidad de tiempo, por lo que, mal puede llamarse sueldo el determinado a destajo o por unidad de obra. Igual inteligencia surge de la interpretación del art. 141 de la misma obra; de él se desprende que el salario fijo es estipulado por unidad de tiempo, y variables los demás, y que cuando de éstos se trata, el pago del descanso dominical debe hacerse sobre el salario realmente devengado o el estipulado como básico en convenciones colectivas, pactos y fallos arbitrales. En consecuencia, el art. 174-2 resulta inaplicable para los casos de salarios variables. Norma que opera únicamente para el convenio a base de sueldo. Reafirma lo dicho, el art. 176 del Código en cita.

Como en el caso de autos -prosigue la sentencia- el salario pactado fue un 5% de las ventas realizadas por el trabajador, no hay duda que se trata de salario a destajo. En estas condiciones, si ese salario solo tenía en cuenta la actividad del trabajador, desarrollada exclusivamente en los días hábiles de la semana, sin relación con ninguna unidad de tiempo, la norma aplicable para remunerar los descansos es la del art. 176, pues no quedaron incluídos en el pago de las comisiones. Por tanto, como los derechos y prerrogativas que concede la ley laboral son irrenunciables, y a ello equivalía la cláusula que se analiza, el convenio no produce ningún efecto y se debe desechar por ineficaz.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. En lo pertinente dice la cláusula tercera del contrato de trabajo (f. 27). "Por los servicios que preste el trabajador de acuerdo con las condiciones anteriores le reconocerá el patrono un sueldo mensual correspondiente al cinco por ciento de las ventas que el trabajador realice personalmente de artículos de las divisiones que se le indique, pero las partes aceptan que se rebaje el porcentaje indicado a un tres por ciento cuando se hagan rebajas especiales para acelerar la venta de la mercancía correspondiente a las divisiones referidas".

2. Para el Tribunal, el salario estipulado por los contratantes (5% sobre las ventas) es tipo de remuneración a destajo. Aunque la comisión no es modalidad de esa especie de remuneración, reviste la calidad de variable, como lo sostiene la sentencia. Entiende el recurrente que las partes, en uso de la libertad contractual, pueden estipular a título de sueldo, una remuneración variable, y como fue eso lo acordado en el caso litigioso, debe respetarse su voluntad. Le sirve el razonamiento para llegar a la conclusión de que la norma aplicable es el art. 174-2 del C.S.T. y no el 176 ibidem, interpretados erróneamente por el sentenciador.

3. En caso igual al presente, dijo esta Sala de la Corte:

"5. El salario que define el art. 133 del Código se concreta a los que llevan el nombre de jornal y sueldo únicamente. No es, pues, genérica, como lo entiende el recurrente. La de tal clase es materia de otro precepto legal, contenido en el art. 127.

"A vista del art. 28 del C. C., "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

"Si las palabras "jornal" y "sueldo" comprenden no sólo el salario estipulado por días o por periodos mayores, respectivamente, como lo dispone la ley, esto es, por unidad de tiempo, sino que abarcan también el salario variable, en cualquiera de sus modalidades (por otra o a destajo y por tarea, por comisión, participación de utilidades, etc.), como lo asevera el recurrente, rebasarían lo que con ellas quiso definir el legislador, sistema de interpretación que contraría el criterio fijado por la norma citada del Código Civil.

"6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T.). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de "sueldo" o "jornal", deba respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho de trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección de asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, si no la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

"Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibídem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

"Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trate de sueldos, por periodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1o.). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

"El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de ,tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por falta al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

"No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descargarse, por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

"No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariadado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

"No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a "los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1 del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

"El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

"Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

"La situacion jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señala determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

"Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habria que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador". (Sentencia de 30 de enero de 1.964. Juicio seguido por Fabio Duque contra "Sears Roebuck S. A.").

Otro fundamento de la sentencia, que tiene en su apoyo los arts. 13 y 43 del C.S.T., no lo impugna el acusador, y como es básico de la decisión, no habiendo sido destruído, debe ella mantenerse.

Reafirma, por tanto, la Sala, la doctrina contenida en el fallo dictado y de conformidad con ella y las demás consideraciones expuestas, desecha el primer cargo.

Con relación al segundo cargo, se considera:

Que la comisión sea salario no quiere decir que por haberla llamado las partes sueldo mensual, deba aceptarse la calificación para los efectos del art. 174, inciso 2 del C.S.T., y que por no haberlo aceptado así el sentenciador, erró de hecho en la estimación del contrato de trabajo. Se dijo en el examen del primer cargo que el sueldo es salario por unidad de tiempo y la comisión salario variable, cuyo pago no comprende el de los descansos legales. Se trata, pues, de una cuestión ya definida, fundada en diversos argumentos, que sería superfluo repetir.

Carece de fundamento el reparo de que la sentencia estimó erróneamente la demanda inicial (hecho 3o.), porque no obstante que el actor ratificó allí el pacto sobre salario, el Tribunal lo consideró sin validez. Sobre la base de que la remuneración convenida fue variable y no por unidad de tiempo, el fallo llegó a la expresada conclusión. Por lo demás, para decidirlo así tuvo en cuenta los arts. 13 y 43 del C.S.T., cuya violación no acusa el recurrente.

No resultan, pues, mal apreciadas las pruebas de que se ha hecho mérito.

La declaración que contiene el finiquito en el sentido de que la empresa se halla a paz y salvo con el trabajador por concepto de sueldos ordinarios, extraordinario, domingos y dias feriados, quedó desvirtuada en el proceso. La inspección ocular demuestra que el actor recibió el pago de las comisiones, pero no el de los descansos legales. Como se trata de un derecho irrenunciable, no presta fe el finiquito, ni, por tanto, tiene el mérito de liberar al deudor de obligaciones a su cargo, cuya existencia se demostró en juicio.

Al folio 19 del expediente obra una atestación del Seguro Social, según la cual, el demandante fué afiliado con un salario de $330,oo mensuales. La declaración se basa en informe del patrono, que, por lo mismo, no es oponible al trabajador. Además, contradice la estipulación contractual sobre salario y lo que aparece de la inspección ocular.

No habria podido, pues, el Tribunal, si estima los elementos probatorios mencionados, llegar a conclusiones distintas de las que expone en la motivación de la sentencia.

No prospera el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, Notifíquese, Cópiese, Insértese en la Gaceta Judicial y Devuélvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes.- Roberto de Zubiria C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EL SALARIO Y SUS FORMAS FUNDAMENTALES. REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LEGALES.

1. Salario. El salario por unidad de tiempo y el salario por resultado. Jornal y sueldo son especies del salario fijo. Diversidad de modalidades del salario por resultado. Régimen legal de la renumeración del descanso para el trabajador a jornal, para el trabajador a sueldo y para los tipos de remuneraciones variables. 2. Sueldo, jornal y comisión. Límites de la libertad contractual en el campo laboral. El derecho del trabajador a los descansos legales. 3. Aplicabilidad de la regla del artículo 176 del Código del Trabajo.

1. La Palabra "salario" es genérica; comprende la remuneración que el patrono paga por sus servicios al trabajador dependiente, cualquiera que sea su forma (art. 22, inciso 2º., del C.S.T.).

Formas del salario son únicamente dos: por unidad de tiempo o por resultado (art. 132 ibídem). Acorde con la ley, la doctrina de los expositores no conoce sino esas dos.

El de la primera forma es fijo: se retribuye la duración del trabajo y no el esfuerzo realizado. Para su adquisición basta el solo transcurso del tiempo, que sirve de medida de la renumeración. En el caso de la segunda, no es el tiempo la medida del salario, sino el resultado de la actividad del trabajador. Modalidades de esta clase es el salario por obra o a destajo y por tarea, que a título de ejemplo menciona el artículo 132 del Código. Otras especies de esta clase, entre las muchas que pueden citarse, son el salario por comisión y por participación de utilidades. El hecho de que el valor de la retribución se subordine a la actividad del trabajador, es lo que permite calificar de variable esta categoría salarial.

Para efectos de la remuneración de los descansos en domingos y otros días festivos, el Código del Trabajo toma en cuenta las dos categorías del salario, y al efecto, dispone:

Como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordinario sencillo; en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado (art. 174).

Jornal y sueldo son especies del salario fijo o por unidad de tiempo, pero sòlo respecto de la segunda el mandato legal preceptúa que el pago del sueldo comprende el de los descansos. El trabajador a jornal, al tenor de la disposición, debe recibir con el salario, si presta el servicio en los términos que indica el artículo 173, inciso 1º. el correspondiente al descanso dominical, como el de los demás días festivos, sin los requisitos a que se refiere el citado precepto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 177, inciso 2º.

Para la remuneración del descanso en todos los tipos de remuneraciones variables, el artículo 176 señala cuál es el salario computable.

Congruente con el anterior precepto es el del artículo 141. Según sus términos, sólo en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, pueden estipularse salarios básicos fijos, para solucionar, entre otras obligaciones, el descanso dominical, en los casos en que la remuneración no sea fija.

No se requieren mayores esfuerzos de dialéctica para demostrar que el salario a comisión es tipo de remuneración variable. A la mente se presenta con todos los atributos de una verdad evidente. Así lo paten-

tiza en el asunto litigioso la inspección Judicial. Relaciona ésta el salario devengado por el trabajador semanalmente, y aunque en muchas es igual, en otras es diferente.

2. La acusación dice que no es cierto que el sueldo y el jornal consista siempre en salario fijo, como tampoco lo es que el variable sea sólo salario y nunca sueldo ni jornal. Sienta esa premisa para extraer la conclusión de que el salario estipulado, aunque variable, fue sueldo.

Ninguna de las dos afirmaciones es exacta.

El sueldo y el jornal son tipos de salarios fijos. Así se desprende claramente de la definición de los dos vocablos, contenida en el artículo 133 del Código del Trabajo. Los días y los períodos mayores de días, expresiones de que se vale el precepto para definir el salario a jornal y a base de sueldo, son fracciones de tiempo. Reafirma el concepto el artículo 134, inciso 1, al señalar el período de pago en las modalidades de la remuneración; para jornales no debe exceder de una semana, y para sueldos de un mes. Precisado el concepto de sueldo y el de jornal, con base en la ley, no cabe dentro de la noción de uno y otro vocablo, la opinión de que la comisión sobre ventas, forma de salario pactada por los litigantes, "aunque variable", fue un sueldo. "Fijo", según el diccionario de la lengua, significa permanentemente establecido sobre reglas determinadas, y no expuesto a movimiento o alteración"; la palabra "variable" según la misma fuente, significa, "innestable, inconstante y mudable". Es patente la antítesis entre las dos dicciones. Si el sueldo es asignación fija y la comisión asignación variable, y si los dos conceptos, en buen romance son distintos, no puede la comisión ser a la vez salario fijo y salario variable. Como se ve, la tesis de la impugnación resulta contradictoria.

Las partes, en uso de la facultad que les otorga el artículo 132, pueden acordar cualquiera de las dos clases de remuneración, o combinar el salario por unidad de tiempo con una cualquiera de las modalidades del variable. Lo que sí no les está permitido es escoger el variable, denominándolo sueldo, tipo de asignación fija, para colocar la estipulación bajo el imperio del artículo 174, inciso 2, del Código del Trabajo, como lo pretende la acusación. Un pacto de tal clase vulnera el derecho del trabajador a los descansos legales, contrario a lo previsto en el artículo 43 del Código, en pugna también con el principio de su artículo 13. Uno y otro, para el caso en examen, son restricciones a la libertad contractual.

3. Para el acusador no hay sino un solo tipo de salario: sueldo y jornal. De manera que -arguye- siendo salario el variable, no puede operar de manera autónoma, para efectos de la remuneración de los descansos legales, el artículo 176 del C. del T., sino en concordancia con las demás normas de que hace mérito. Concreta la aplicación del citado precepto, al caso de salarios variables estipulados por días.

La Sala observa que el jornal y el sueldo son especies del salario por unidad de tiempo, y el Código del Trabajo (art. 132) enuncia el salario por unidad tiempo como categoría distinta de las demás que menciona (por obra o a destajo o por tarea). Separa, para los fines de la remuneración de los descansos, las dos clases, sometiendo la variable al régimen del artículo 176, que era la regla aplicable al caso. Que ella solo opera respecto de salarios variables estipulados por días, es argumento inaceptable, primero porque esa modalidad no es variable sino fija, y segundo, porque respecto de ella, la disposición pertinente es la del artículo 74, inciso 1, del estatuto laboral.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. siete de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Arturo Iván Sánchez Zapata, por medio de apoderado, promovió juicio ardinario contrala sociedad denominada "Sears Roebuck del Caribe", representada por su Gerente, para que previos los trámites de rigor, fuera condenada a pagarle dominicales y festivos, reajuste de cesantía, primas de servicio y vacaciones. Estimó en la suma de $ 3.000.oo el valor de las prestaciones, o el que resulte al contabilizar los salarios no pagados en días de descanso legales.

Fundamentos de hecho de la demanda, son los siguientes: Sánchez Zapata prestó servicios personales subordinados a la sociedad en calidad de Vendedor, con sujeción a una jornada de ocho horas diarias; la relación de trabajo se inició el 5 de noviembre de 1.957 y terminó el 5 de noviembre de 1.959 por despido del trabajador; el salario estipulado fue el 5% de las ventas, cuyo importe le fue cubierto al empleado semanalmente, con exclusión de domingos y festivos, habiendo ocurrido así como consecuencia del sistema de remuneración pactado, a base de porcentaje sobre ventas; en las operaciones a crédito, la sociedad recarga el precio de las mercancías, pero no liquida al empleado la comisión sobre el valor real de las ventas, por lo cual quedó a deberle la diferencia; las deudas por salarios y prestaciones sociales altera la liquidación que de éstas hizo el patrono, y por tanto, deben reajustarse.

En derecho se apoyan las prestaciones en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La demanda no fue contestada. En la primera audiencia de trámite propuso el apoderado de la sociedad las excepciones de pago y prescripción.

Trabada la relación procesal y agotado el trámite de la primera instancia, terminó ésta por sentencia de fecha 18 de agosto de 1.962, proferida por el Juzgado 2o. del Trabajo de Cartagena. La resolución condena a la sociedad a pagar al actor la suma de $ 2.233.38, por remuneración del descanso en dominicales y feriados; declara prescrita la acción respecto de obligaciones causadas del 5 de noviembre de 1.957 al 5 de abril de 1.958; y la absuelve de los demás cargos.

Apeló la parte demandada de la anterior providencia. El Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil y Laboral, resolvió el recurso de alzada por sentencia del 26 de octubre de 1.962, por la cual confirma la de primer grado.

La misma parte interpuso el recurso de casación contra el fallo de segundo grado, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA SENTENCIA ACUSADA

La motivan estas consideraciones, en cuanto a la súplica sobre pago de remuneración de los descansos legales:

Aunque la cláusula 3a. del contrato de trabajo, relativa al salario, expresa que se le reconocería al empleado "un sueldo mensual correspondiente al 5% de las ventas", no puede hablarse de sueldo, pues el hecho de que erróneamente se le hubiera dado esa denominación no cambia la naturaleza del que fue pactado. De acuerdo con el art. 133 del C.S.T., siempre que se hable de "sueldo" se entiende que es salario pactado por unidad de tiempo mayor de un día; el convenido en el presente caso tenía por base la actividad y productividad de la labor realizada por el actor y no una determinada cantidad de tiempo servido. En consecuencia, el salario que devengó fue variable, como lo acredita la inspección ocular, y, por tanto, para la remuneración de los descansos en domingos y festivos, la norma aplicable es el art. 176 de la obra citada.

LA DEMANDA DE CASACION

Invoca la causal primera y con fundamento en ella formula un sólo cargo, el de violación del art. 133, en relación con los arts. 22-2, 57-4, 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del C.S.T., por errónea interpretación.

Para demostrarlo expone el recurrente:

El planteamiento del fallador, desemboca en estas conclusiones: la de que tanto el sueldo como el jornal constituyen siempre salario fijo; y la de que el art. 176 del C.S.T. en cuanto indica el salario para remunerar los descansos legales, es autónomo.

Replica las conclusiones con estos argumentos: no se puede negar que existen salarios variables que son sueldos, porque no dependen del solo transcurso del tiempo, como el de un trabajador que consista en una base mínima fija y un porcentaje sobre las utilidades de la empresa, ni tampoco que haya salarios fijos resultantes, con exclusividad, del mero trabajo desarrollado por el empleado, como el que obtiene la persona a quien se paga por unidad de obra y que, en razón de su habilidad y experiencia, ejecuta siempre, dentro del mismo lapso, un número igual de unidades. Desde un punto de vista jurídico, debe tomarse razón de que el art. 133 del Código, que es el interpretado erróneamente por la sentencia, no formula la distinción que ésta hace entre salarios con el carácter simplemente de sa-

larios, ni menos entre salarios -sueldos fijos o salarios- jornales y salarios variables.

Si es verdad que las partes, respetando el salario mínimo legal, pueden convenir la remuneración en las diversas modalidades que enunciativamentea expresa el art. 132 del C. del T., de su texto no es lícito deducir las consecuencias que contiene el fallo, porque el propio legislador, en el art. 22, inciso 2 ibídem se encarga de definir el salario, indicando en el art. 127 de la citada obra, los elementos que lo integran. De acuerdo con la definición del salario y sus elementos integradores, su estipulación por días o períodos mayores puede y debe referirse también a la remuneración del servicio, "cualquiera que sea su forma", es decir, "fija u ordinaria", "por porcentajes sobre ventas", "por comisiones", "por participación de utilidades", etc.

La argumentación expuesta demuestra: no es cierto que el sueldo y el jornal consistan siempre en un salario fijo; tampoco es cierto que el salario variable sea solamente salario y nunca sueldo ni jornal.

Si todo salario o remuneración del servicio, cualquiera que sea su forma, tiene que ser sueldo o jornal, el variable, que es un salario, no puede ser materia de regulación autónoma, como lo pretende el Tribunal, porque es indispensable tomar en cuenta, para la remuneración de los descansos legales, la calidad de sueldo o de jornal que haya podido tener el salario variable de que se trate. En consecuencia, resulta errónea la última de las conclusiones de la sentencia acerca de la manera autónoma, sin correspondencia con las restantes normas singularizadas en el cargo, como pretende que opere el art. 176 del C.S.T. respecto a la remuneración de dominicales y festivos de trabajadores con salario variable, porque esa norma, concordaba con aquellas otras, solo resulta aplicable a los salarios estipulados por días.

Concluye el cargo diciendo que la correcta interpretación de las citadas normas, conduce a estas conclusiones: Que la sociedad pagó al actor el salario convenido, conforme al art. 57-4 del Código; que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo; y que, para la decisión del caso de autos, la norma aplicable es la del segundo inciso del art. 174 de la ley laboral.

Consideraciones de la Corte:

1. La palabra "salario" es genèrica; comprende la remuneración que el patrono paga por sus servicios al trabajador dependiente, cualquiera que sea su forma (art. 22, inciso 2 del C.S.T.).

Formas del salario son únicamente dos: por unidad de tiempo o por resultado (art. 132 ibídem). Acorde con la ley, la doctrina de los expositores no conoce sino esas dos.

El de la primera forma es fijo: se retribuye la duración del trabajo y no el esfuerzo realizado. Para su adquisición basta el solo transcurso del tiempo, que sirve de medida de la remuneración. En el de la segunda, no es el tiempo la medida del salario, sino el resultado de la actividad del trabajador. Modalidades de esta clase es el salario por obra o a destajo y por tarea, que a título de ejemplo menciona el art. 132 del Código. Otras especies de esta clase, entre las muchas que pueden citarse, son el salario por comisión y por participación en las utilidades. El hecho de que el valor de la retribución se subordine a la actividad del trabajador, es lo que permite calificar de variable esta categoría salarial.

Para efectos de la remuneración de los descansos en domingos y otros días festivos, el Código citado toma en cuenta las dos categorías del salario, y al efecto, dispone:

Como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordinario sencillo; en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado (art. 174).

Jornal y sueldo son especies del salario fijo o por unidad de tiempo, pero sólo respecto de la segunda el mandato legal preceptúa que el pago del sueldo comprende el de los descansos. El trabajador a jornal, al tenor de la disposición, debe recibir con el salario, si presta el servicio en los términos que indica el art. 173, inciso 1, el correspondiente al descanso dominical, como el de los demás días festivos, sin los requisitos a que se refiere el citado precepto, de acuerdo con lo previsto en el art. 177, inciso 2.

Para la remuneración del descanso en todos los tipos de remuneración es variables, el art. 176 señala cuál es el salario computable.

Congruente con el anterior precepto es el del art. 141. Según sus términos, sólo en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, pueden estipularse salarios básicos fijos, para solucionar, entre otras obligaciones, el descanso dominical, en los casos en que la remuneración no sea fija.

No se requieren mayores esfuerzos de dialéctica para demostrar que el salario a comisión es tipo de remuneración variable. A la mente se presenta con todos los atributos de una verdad evidente. Así lo patentiza en el asunto litigioso la inspección judicial. Relaciona ésta el salario devengado por el trabajador semanalmente, y aunque en muchas es igual, en otras es diferente.

2. La acusación dice que no es cierto que el sueldo y el jornal consistan siempre en salario fijo, como tampoco lo es que el variable sea solo salario y nunca sueldo ni jornal. Sienta esa premisa para extraer la conclusión de que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo.

Ninguna de las dos afirmaciones es exacta.

El sueldo y el jornal son tipos de salarios fijos. Así se desprende claramente de la definición de los dos vocablos, contenida en el art. 133. Los días y los períodos mayores de días, expresiones de que se vale el precepto para definir el salario a jornal y a base de sueldo, con fracciones de tiempo. Reafirma el concepto el art. 134, inciso 1, al señalar el período de pago en las modalidades de la remuneración; para jornales no deben exceder de una semana y para sueldos de un mes. Precisado el concepto de sueldo y el de jornal, con base en la ley, no cabe dentro de la noción de uno y otro vocablo, la opinión de que la comisión sobre ventas, forma de salario pactada por los litigantes, "aunque variable", fue un sueldo. "Fijo", según el diccionario de la lengua, significa permanentemente establecido sobre reglas determinadas, y no expuesto a movimiento o alteración"; la palabra "variable" según la misma fuente, significa: " inestable, incostante y mudable". Es patente la antítesis entre las dos dicciones. Si el sueldo es asignación fija y la comisión asignación variable, y si los dos conceptos, en buen romance son distintos, no puede la comisión ser a la vèz salario fijo y salario variable. Como se ve, la tesis de la impugnación resulta contradictoria.

Las partes, en uso de la facultad que les otorga el art. 132, pueden acordar cualquiera de las dos clases de remuneración, o combinar el salario por unidad de tiempo con una cualquiera de las modalidades del variable. Lo que sí no les está permitido es escoger el variable, denominándolo sueldo, tipo de asignación fija, para colocar la estipulación bajo el imperio del art. 174, inciso 2 del Código del Trabajo, como lo pretende la acusación. Un pacto de tal clase vulnera el derecho del trabajador a los descansos legales, contrario a lo previsto en el art. 43 de ese Código, en pugna también con el principio de su art. 13. Uno y otro, para el caso en examen, son restricciones a la libertad contractual.

3. Para el acusador no hay sino un solo tipo de salario: sueldo y jornal. De manera que -arguye- siendo salario el variable, no puede operar de manera autónoma, para efectos de la remuneración de los descansos legales, el art. 176, sino en concordancia con las demás de que hace mérito. Concreta la aplicación del citado precepto, al caso de salarios variables estipulados por días.

La Sala observa que el jornal y el sueldo son especies del salario por unidad de tiempo, como se dijo y explicó en pasajes anteriores de esta providencia. También se dejó esclarecido que el Código del Trabajo (art. 132) enuncia el salario por unidad de tiempo como categoría distinta de las demás que menciona (por obra o a destajo o por tarea). Separa, como también se apuntó, para los fines de la remuneración de los descansos, las dos clases, sometiendo la variable al régimen del art. 176. No era, pues, del caso aplicar regla distinta a la mencionada. Que ella solo opere respecto de salarios variables estipulados por días, es argumento inaceptable, primero porque esa modalidad no es variable sino fija, y segundo, porque respecto de ella, la disposición pertinente es la del art. 74, inciso 1 del estatuto laboral.

En caso igual al presente, decidido por sentencia del 30 de enero pasado (Juicio de Fabio Duque contra Sears Roebuck S.A.) sostuvo esta Sala de la Corte la misma tesis expuesta en el presente, en sus aspectos fundamentales. Reafirma la doctrina contenida en élla por considerarla ajustada al genuino pensamiento de las normas legales reguladoras de la si-

tuación de hecho contemplada tanto en ese juicio como el que ahora, por recurso de casación, ha llegado a su conocimiento.

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

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 Cartagena.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, Notifíquese, Cópiese, Insértese en la Gaceta Judicial y Devuelvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Luis Alberto Bravo. - Roberto de Zubiría C. - Luis Fernando Paredes A. - José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA FORMA DE SALARIO Y LA REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LEGALES. INDEMNIZACION MORATORIA. IMPOSICION DE COSTAS.

La Corte ratifica sus doctrinas relacionadas con las distintas categorías de salarios que reconoce la ley y la importancia de esta clasificación en orden a establecer cuáles incluyen el pago de los descansos legales a que tiene derecho el trabajador y cuáles no incluyen este pago. Criterio jurisprudencial sobre aplicación atemperada de la norma sobre indemnización moratoria. No hay base para sostener que las normas sobre imposición de costas revistan carácter sustantivo para fines de la casación.

1. Son hechos probados en el juicio, la deuda por los descansos legales y su falta de pago al expirar el contrato de trabajo; también es cierto, como lo sostiene el recurrente, que el valor de los descansos es parte integrante del salario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 127 del C. S. T. Esa situación de hecho se rige por el artículo 65 ibídem.

No obstante lo expuesto, la jurisprudencia, en atención a que el artículo 65 establece una sanción, cuyo fundamento es la simple existencia de deudas insolutas por salarios o prestaciones al tiempo de la dasvinculación contractual, que según los principios generales de derecho sólo daría lugar al pago de intereses desde su reconocimiento judicial, ha atemperado el rigor de la norma, por razones de equidad, tomando en cuenta también que para la imposición de toda pena precisa averiguar la conducta del culpable, a fin de averiguar si al negarse a cumplir obró de buena fe, o con el deliberado propósito de inferir agravio a claros derechos del trabajador. Todo lo cual quiere decir que, para el caso en estudio, la disposición legal no puede aplicarse mecánicamente, sino conforme al criterio jurisprudencial expuesto. Con sujeción a ese criterio, el fallador llegó a la conclusión de que el patrono obró de buena fe al negarse a pagar la obligación proveniente de los descansos legales, y, en consecuencia, resolvió eximirlo de la sanción del precepto. A juicio de la Corte fue acertada la decisión del Tribunal, y lo estima así porque las normas reguladoras del salario, para efectos del pago de los descansos, según las diversas modalidades de la remuneración, se prestan para entenderlas en el sentido que les dio el patrono, motivo suficiente para conceptuar que obró de buena fe.

En caso igual al presente, que la sentencia de segundo grado resolvió en forma idéntica, dijo esta Sala de la Corte:

"Puede admitirse que el patrono redactó la cláusula que la sentencia estima confusa, como lo sostiene el acusador. Sobre esta base conviene dilucidar si la sola ambigüedad de la cláusula autoriza para concluír que el patrono obró de mala fe, esto es, con el deliberado propósito de burlar los derechos del empleado. Una afirmación categórica en tal sentido no puede hacerse. Descubrir la intención de los contratantes es cuestión distinta de la de saber cuál es la voluntad declarada. La que emerge del contrato entre las partes, relativa al salario, examinada a la luz de la razón, no lleva con necesidad lógica a la conclusión de que además de su ilegalidad, constituye prueba evidente de que al redactarla, el patrono obró de mala fe. Así lo estima la Sala en atención a que la ley del trabajo (art. 132) autoriza a las partes para convenir libremente el salario en sus diversas modalidades. Las partes, en uso

de esa libertad, creyeron que podían ajustar el salario en la forma pactada. Ahora, si la cláusula, examinada frente a otros preceptos legales, resulta opuesta a ellos, desprovista de fuerza vinculatoria entre las partes capaz de obligar al trabajador, esa situación apenas plantea un problema de interpretación de normas, susceptible de error pero no inductivo de una conducta contraria a la buena fe, merecedera de sanción" (Sentencia de 31 de enero de 1.964, Juicio de Emma Esperanza Rocha de Padilla contra "Sears Roebuck S. A.").

2. En relación con el segundo cargo, observa la Sala:

De autos consta, como lo afirma el impugnador, que de la sentencia de primer grado desfavorable a la parte demandada, apelò únicamente ella, a quien le fue concedido el recurso, conformándose con la decisión el demandante. También fue adversa al apelante la decisión de segundo grado, pues sólo prosperó en parte. Sin embargo, el Tribunal le impuso las costas del recurso a la parte actora. Pidió ésta en tiempo la aclaración de la sentencia para que se la eximiera de las costas, a lo cual no accedió el sentenciador.

El recurrente sostiene que la sentencia violó el artículo 2o. del Decreto 243 de 1.951, por errónea interpretación, pues según su texto no era procedente la condena en costas contra la parte demandante.

Es patente la equivocación en que incurrió el Tribunal, pues conforme al precepto del decreto, las costas eran de cargo del litigante vencido y único apelante.

Sin embargo, no es atendible la acusación, porque no se trata de que el fallador le haya dado a la norma del decreto significación distinta de la que ofrece, sino de un fenómeno diferente, el de la aplicación indebida del precepto, como lo reconoce el propio Tribunal al manifestar que al decidir el punto se equivocó, absteniéndose de rectificar el error por haber estimado que, conforme al artículo 482 del Código Judicial, no estaba facultado para corregirlo.

Aun estimando bien planteado el cargo, se debe anotar que las costas, más que un derecho del vencedor y obligación correlativa del vencido, es un deber del Juez, que debe cumplir oficiosamente, como se infiere de lo dispuesto por el primer inciso de la disposición del decreto. De manera que si el Juez se abstiene de condenar en costas al vencido, la contraria no tiene acción para reclamarlas. A lo sumo la tendría, dice el tratadista Chiovenda al comentar la institución en el derecho romano, "contra el Juez por el daño que le causó con la omisión". (La condena en costas, p. 103). A igual conclusión se llega si en vez de omitir la condena contra el vencido, se imponen las costas al vencedor, como ocurrió en el asunto litigioso.

El reglamento procesal sobre costas no da base para sostener que las normas que lo integran, de aplicación oficiosa, revisten carácter sustancial para los fines de la casación.

El error, fruto de negligente atención, da pie para que en la fase de liquidación de costas, el sentenciador estime con moderación las que sean de su resorte, si lo estima conveniente.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. once de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Rómulo Ramírez, por medio de apoderado, promoviò juicio ordinario contra la sociedad anónima denominada "Sears Roebuck de Bogotá", para que con audiencia de su representante fuera condenada al pago de dominicales y festivos, recargo por trabajo nocturno, indemnización compensatoria y moratoria, reajustes de cesantía, primas de servicio y vacaciones.

Afirma la demanda en sus fundamentos de hecho que Ramírez le prestó servicios dependientes a la sociedad, en el cargo de vendedor, desde el 5 de julio de 1.954 hasta el 30 de noviembre de 1.958, fecha en que el patrono dió por terminado el contrato; que el empleado devengó un salario del 5o/o de las ventas, que en promedio ascendió a la suma de $ 2.700.oo; que durante el tiempo del contrato trabajó todas las semanas, a pesar de lo

cual la sociedad no le pagó los descansos legales; y que laboró diariamente tres horas extra-nocturnas.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo y el tiempo servido. Respecto de los demás hechos, negó unos y exigió la prueba de los otros. En la cuarta audiencia de trámite propuso el apoderado de la sociedad la excepción de prescripción.

En primera instancia terminó el juicio por sentencia de fecha 5 de abril de 1.960, proferida por el Juzgado 2o. del Trabajo de Bogotá. La resolución (ordinal primero) condena a la compañía a pagar al demandante, lo siguiente: a) $ 12.625.32, por remuneración de descansos dominicales y festivos; b) $102.72, por reajuste de primas de servicio; y c) $ 61. 94 diarios, a partir del 30 de noviembre de 1.958 hasta cuando el patrono pague las deudas que relacionan los literales a) y b), a título de indemnización moratoria. Absuelve al patrono de los demás cargos (ordinal segundo), y lo condena en un 40% de las costas causadas en la instancia (ordinal tercero).

Apeló la parte demandada. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de fecha 5 de septiembre de 1.960, resolvió el recurso de alzada. La providencia confirma los literales a) y b), ordinal primero, del fallo apelado, revoca el literal c) del mismo ordinal y, en su lugar, absuelve a la sociedad de la condena al pago de salarios indemnizatorios; confirma los ordinales segundo y tercero, y le impone al demandante las costas como parte opositora en el recurso.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, que les fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA.

Persigue la quiebra del fallo del **ad quem** en cuanto a las condenas al pago de descansos legales y reajuste de primas de servicio, la revocatoria de la sentencia del **a quo**, y, en su lugar, la absolución de la sociedad de todos los cargos que le formula la demanda inicial.

Aduce dos cargos con fundamento en la causal primera de casación, que serán examinados en su orden.

Primer cargo.

Violación del art. 133, en relación con los arts. 22-2, 57-4, 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del C.S.T., por errónea interpretación.

Para demostrarlo dice el recurrente que la sentencia contradice el espíritu de la ley porque somete a un molde determinado la estipulación sobre el salario; que el Código del Trabajo no prohibe que la remuneración se fije en atención al tiempo servido y a la labor realizada, ni que aquélla se estipule como sueldo; que tampoco prohibe que se estipule como sueldo una remuneración variable por cada mes de servicio, pues deja a la voluntad de las partes darle el carácter de jornal o de sueldo a las modalidades de la retribución, de acuerdo con el art. 133; que por vía de interpretación no pueden derogarse o limitarse las facultades de que los contratantes gozan al respeto; que si conforme con la citada norma sueldo es el salario estipulado por períodos mayores de un día, no hay razón para interpretarla en su sentido que perjudique al patrono, porque aparte de que la disposición contiene una clara facultad para acordar el salario como sueldo o como jornal, hay otras normas del estatuto que le dan fuerza, como las contenidas en los art. 22-2, 132, 127, 174 - 2 y 57-4; que los art. 173 y 176 de la misma obra, conexos y complementarios, sólo se aplican cuando se estipule el salario por días, fijo o variable, conclusión a que también se llega si se relacionan las dos normas citadas con la del art. 174-1; que la errónea convicción del sentenciador sobre el alcance de los preceptos enumerados, provocó la condena al pago de las obligaciones que a la sociedad le impone la sentencia.

Segundo cargo.

Violación de las mismas normas legales que relaciona el primero, de modo indirecto, a causa de evidentes errores de hecho al estimar equivocadamente unas pruebas y desestimar otras.

Consistieron los errores en que la sentencia dió por demostrado sin estarlo: que el actor se obligó a laborar todos los días de la

semana; y que su salario sólo dependia del resultado que obtuviera en el trabajo. Y en no dar por demostrado, estándolo, que la remuneración mensual dependía no sólo del trabajo ejecutado sino también del tiempo dedicado a la empresa.

I. Pruebas mal apreciadas.

a). El contrato de trabajo (f. 5).

Dice la acusación que según las cláusulas del contrato, el salario convenido por los contratantes fue un sueldo mensual del 5% de las ventas que hiciera personalmente el trabajador; que siendo ello así, no estaba obligado el patrono a pagarle por separado los descansos legales, porque los incluye el del sueldo, conforme al art. 174-2 del C.S.T.; que, además, las partes convinieron en que el patrono anticiparía al empleado, semanalmente, la suma de $ 76.15, dentro de la cual quedaba incluida la deuda por los descansos.

b). La inspección ocular (fls. 28 a 31 y 42 a 46).

Afirma el acusador que con base en las sumas pagadas al demandante, que relaciona el acta de la inspección, no puede liquidarse la remuneración correspondiente al descanso dominical, porque no demuestra los días laborados por el actor en cada semana ni la obligación de prestar servicios en todos los días laborales de la indicada unidad de tiempo, por lo cual la empresa ha debido ser exonerada de pagar el valor de los descansos; que por no haber apreciado correctamente la prueba, la sentencia aplicó indebidamente las normas que el cargo cita.

II. Pruebas no apreciadas.

La demanda inicial, en su hecho segundo (f.3).

Arguye el recurrente que el actor hizo en la demanda la afirmación de que el salario pactado fue un 5% de las ventas, equivalente a un promedio mensual de $2.700.oo. Comenta la afirmación para decir que el trabajador aceptó el hecho de que el salario era un sueldo mensual.

Concluye el cargo diciendo que si la sentencia hubiera valorado correctamente las pruebas relacionadas, habria llegado a la conclusión de que no era del caso dar aplicación al art. 176.

Con referencia al primer cargo, alega el opositor que como el salario era variable, cáracter que tiene la comisión sobre ventas, y no por unidad de tiempo, la norma aplicable es el art. 176 del C.S.T.; que si para el caso no rigiera ese precepto, habría que concluir que no tiene ningún sentido, interpretación inaceptable; que refuerza la tesis sobre aplicabilidad y correcta inteligencia de la disposición, lo preceptuado en el art. 141 de la misma obra; que en consecuencia, no violó la sentencia las disposiciones citadas por el concepto a que el cargo se refiere.

Refuta el opositor el segundo cargo con estos argumentos:

El contrato de trabajo (cláusula segunda) denomina sueldo lo que no es tal, circunstancia que no puede conducir a la pérdida de los beneficios que la ley concede al trabajador, pues la naturaleza del salario no depende de las estipulaciones contractuales sino de la realidad de los hechos y de las normas que los rigen. Lo que si aparece de la clàusula es su ilegalidad, ya que resulta contraria a lo establecido por los art. 43 y 13 del C.S.T.

La inspección ocular acredita que el actor prestó servicios semanalmente durante la vigencia del contrato y las sumas que recibió como resultadó de la comisión pactada.

En cuanto al hecho segundo de la demanda, dice el opositor: el demandante no confiesa allí que existiera un sueldo en sentido legal, sino que la comisión equivalía a un promedio aproximado de "X pesos mensuales".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El contrato de trabajo (f. 5) estipula, en su cláusula segunda, que el patrono le reconocerá al trabajador, a título de salario, un sueldo mensual equivalente al 5% de las vantas. Declaran las partes en la cláusula tercera, que los pagos se harán por semanas vencidas, anticipándole el patrono al empleado, a buena cuenta de comisiones, la suma de $ 76.15 semanales, en la cual quedarán comprendidos los días de descansos (domingos y festivos), advirtiendo que si al efectuar la liquidación de comisiones no alcanzan al nivel del anticipo semanal, el trabajador deberá compensarlo con comisiones de las semanas subsiguientes en las cuales "tal nivel sea sobrepasado".

2. Dice el Tribuanl, refiriéndose al pacto sobre salario convenido por las partes: "La demandada pretende que en el pago de las comisiones está comprendida la remuneración correspondiente a los días de descanso obligatorio". Veamos si esto es verdad.

"El art. 174 del C.S.T. dice que en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligtario y renumerado. Cuando el art. 133 denomina jornal el salario estipulado por días y sueldo al estipulado por períodos mayores, se está refiriendo al salario estipulado por unidad de tiempo y no en sus otras modalidades entre las cuales se encuentra la de comisiones sobre ventas, en cuyo caso cualquiera que sea el período de pago el salario no debe ser calificado como sueldo.

"Mal puede llamarse sueldo el salario determinado a destajo o por unidad de obra, cuando en su determinación no juega papel el tiempo sino el resultado del trabajo mismo. Resulta entonces inaplicable la disposición del inciso 2o. del ya citado art. 174 a aquéllos casos en que el salario es estipulado a destajo y no por unidad de tiempo.

"Tampoco puede decirse que de acuerdo con el art. 127 del C.S.T., al pagarle al actor los porcentajes sobre ventas, se le pagó lo que le correspondía por días de descanso obligatorio, porque dicha norma lo que viene a aclarar es que se considera salario no solo lo que se paga al trabajador como remuneración fija u ordinaria por sus servicios, sino que además de esto se debe computar y añadir al salario fijo lo que devengue por concepto de porcentaje sobre ventas, comisiones, etc. Pero como aquí no había salario fijo al que pudiera agregarse lo que el actor devengara por comisiones de ventas, sino que lo constituía dicho porcentaje sobre las ventas que efectuara, hay que concluir que no se le pagó lo que ha debido pagársele por concepto de remuneración por dominicales y días feriados".

3. La cuestión jurídica que el cargo plantea, ha sido ya estudiada por esta Sala de la Corte en caso igual al que ahora examina, a la cual pertenecen los pasos que se transcriben a continuación:

"6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C. S. T.). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactada y su régimien legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para renumerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de "sueldo" o "jornal", deba respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección del asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen lo calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado con el art. 43.

"Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibidem lo concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

"Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldo, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

"El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando qua está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

"No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

"No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

"No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a "los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1 del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

"El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

"Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

"La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

"Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C. S. T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador". (Sentencia de 30 de enero de 1.964. Juicio de Fabio Duque contra Sears Roebuck S. A).

Reafirma la Sala la anterior doctrina, y con fundamento en ella, desecha el primer cargo.

4. En cuanto al segundo cargo, la Sala observa:

Se dijo en el estudio del primer cargo que la comisión sobre ventas es salario variable y no sueldo mensual, como lo califica el recurrente, y a lo allí expuesto se remite la Sala para el rechazo del reparo consistente en que la sentencia estimó erróneamente el contrato de trabajo.

5. La inspección ocular demuestra que el trabajador prestó servicios continuos durante la vigencia del contrato y el hecho de no ha-

ber recibido el pago de los descansos legales. Es esa la significación de la prueba y la que le dá el fallo impugnado, luego fue correcta su estimación.

6. No es exacto que la respuesta de la demanda contenga la afirmación de que el salario convenido por las partes fue un sueldo mensual. Lo que asevera el hecho a que el cargo se refiere es que el salario devengado por el actor fue un 5% de las ventas, "lo que equivale a un promedio mensual aproximado de $2. 700. oo". Habla de promedio mensual con relación a la comisión, no de salario por unidad de tiempo. No resulta, pues, demostrado que la sentencia haya incurrido en error de hecho por no haber estimado la prueba examinada.

No prospera el cargo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE.

Tiene por objeto la casación parcial del fallo del **ad quem** en cuanto revoca el del **a quo** respecto a la condena al pago de la indemnización por mora y en cuanto le impone al demandante las costas causadas en el segundo grado, a efecto de que la Corte, en decisión de instancia, confirme el fallo del Juzgado.

Formula dos cargos con base en la causal primera de casación.

Primer cargo.

Violación directa del art. 65 en relación con el 127 del C. S. T.

Para demostrarlo expone el acusador: la sentencia halló probados los hechos materia del juicio y, en consecuencia, condenó a la sociedad al pago de los descansos legales y al reajuste de la cesantía. Elemento integrante del salario, según el art. 127, es el valor de los descansos en domingos y festivos, y a pesar del contenido claro del art. 65, se abstuvo de aplicarlo. Para ello se fundó en la consideración de que dado los términos del contrato entre las partes, el patrono pudo creer, de buena fe, que no estaba obligado al pago de los descansos. Ampara esa buena fe el Tribunal en la cláusula segunda del contrato, en la cual se estipulò como retribución de los servicios del trabajador un salario a comisión (5% sobre las ventas). No es aceptable el argumento porque la cláusula es contraria al art. 13 del C.S.T. y, además, deja sin efecto el art. 43 ibídem. El derecho a la remuneración de los descansos lo establece, para el salario variable, el art. 176 de la misma obra y tiene el carácter de irrenunciable, y como su valor incide en el pago de las prestaciones, la sentencia ha violado normas de imperativo cumplimiento, con ignorancia de la ley, lo que implica error de derecho, pues no podía existir duda justificada acerca de la existencia de la obligación en favor del trabajador, ya que la amparan normas muy claras que refuerzan el art. 65, como son las de los art. 176 y 141. Para la aplicación del art. 65 basta que el patrono deje de pagar o, en su defecto, de consignar alguna prestación o salario, como lo tiene decidido la jurisprudencia.

Segundo Cargo.

Violación del art. 2o. del decreto 243 de 1.951, por errónea interpretación.

Sostiene el recurrente que de la sentencia de primer grado apeló únicamente la parte demandada, a quien se le concedió el recurso, como lo demuestrán el memorial del folio 85 y el auto obrante al folio 104; que no habiendo apelado el demandante, no podía ser condenado en costas, porque no se encuentra en ninguna de las circunstancias previstas en la norma del decreto, que es de derecho material. Agrega que no se trata de saber si habia o nó lugar a la condena en costas, sino de que el fallo las impuso a quien no había apelado. En sentir del acusador, las anteriores consideraciones demuestran la errónea interpretación dada por la sentencia a la norma del decreto.

De su lado, dice el opositor que la sentencia, para llegar a la conclusiòn de que no era del caso aplicar el art. 65, analizó el contrato de trabajo, por lo cual no es conducente acusar violación directa del precepto; que el fallo del **ad quem** debe mantenerse, no sólo por la razòn expuesta sino porque no se demostró que el patrono, en sus relaciones con el actor, hubiera obrado de mala fé. Con apoyo en tales razones pide el rechazo del primer cargo.

Con relación al segundo cargo, manifiesta el opositor que tampoco es procedente, porque, según jurisprudencia de la Corte, lo relativo a costas, por ser punto accesorio del debate, no es motivo de ataque en casación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. No aplicó la sentencia el art. 65, por estas razones:

"No hay lugar a condena por concepto de indemnización moratoria por cuanto los términos del mismo contrato celebrado por escrito entre las partes daban fundado motivo de duda al patrono sobre la existencia de la obligación al pago de una suma adicional al salario convenido por concepto de remuneración del descanso dominical y en días festivos. En efecto, la denominación del salario como sueldo mensual pudo hacer creer al patrono que en tal remuneración quedaba comprendida la correspondiente al descanso dominical, ya que la negativa requiere la comparación de varias normas del C.S.T. y un estudio del sentido y finalidad de las mismas. De lo que se concluye que el patrono pudo, de buena fè, no creerse obligado al pago de esa remuneración".

2. Son hechos probados en el juicio, como lo afirma el recurrente, la deuda por los descansos legales, como su falta de pago al expirar el contrato de trabajo; también es cierto, como aquél lo sostiene, que el valor de los descansos es parte integrante del salario, de acuerdo con lo previsto en el art. 127 del C.S.T. Esa situación de hecho se rige por el art. 65 ibidem.

No obstante lo expuesto, la jurisprudencia, en atención a que el art. 65 establece una sanción, cuyo fundamento es la simple existencia de deudas insolutas por salarios o prestaciones al tiempo de la desvinculación contractual, que según los principios generales de derecho sólo daría lugar al pago de intereses desde su reconocimiento judicial, ha atemperado el rigor de la norma, por razones de equidad, tomando en cuenta también que para la imposición de toda pena precisa averiguar la conducta del culpable, a fin de verificar si al negarse a cumplirla obró de buena fe, o con el deliberado propósito de inferir agravio a claros derechos del trabajador. Todo lo cual quiere decir que, para el caso en estudio, la disposición legal no puede aplicarse mecánicamente, sino conforme al criterio jurisprudencial expuesto. Con sujeción a ese criterio, el fallador llegó a la conclusión de que el patrono obró de buena fe al negarse a pagar la obligación proveniente de los descansos legales, y, en consecuencia, resolvió eximirlo de la sanción del precepto. A juicio de la Corte fue acertada la decisión del Tribunal, y lo estima así porque las normas reguladoras del salario, para efectos del pago de los descansos, según las diversas modalidades de la remuneración, se prestan para entenderlas en el sentido que les dió el patrono, motivo suficiente para conceptuar que obró de buena fe.

3. En caso igual al presente, que la sentencia de segundo grado resolvió en forma idéntica, dijo esta Sala de la Corte:

"Puede admitirse que el patrono redactó la cláusula que la sentencia estima confusa, como lo sostiene el acusador. Sobre esta base conviene dilucidar si la sola ambigüedad de la cláusula autoriza para concluir que el patrono obró de mala fe, esto es, con el deliberado propósito de burlar los derechos del empleado. Una afirmación categórica en tal sentido no puede hacerse. Descubrir la intención de los contratantes es cuestión distinta de la de saber cuál es la voluntad declarada. La que emerge del contrato entre las partes, relativa al salario, examinada a la luz de la razón, no lleva con necesidad lógica a la conclusión de que además de su ilegalidad, constituye prueba evidente de que al redactarla, el patrono obró de mala fe. Así lo estima la Sala en atención a que la ley del trabajo (art. 132) autoriza a las partes para convenir libremente el salario en sus diversas modalidades. Las partes, en uso de esa libertad, creyeron que podían ajustar el salario en la forma pactada. Ahora, si la cláusula, examinada frente a otros preceptos legales, resulta opuesta a ellos, desprovista de fuerza vinculante entre las partes, capaz de obligar al trabajador, esa situación apenas plantea un problema de interpretación de normas susceptible de error pero no inductivo de una conducta contraria a la buena fe, merecedora de sanción". (Sentencia de 31 de enero de 1.964. Juicio de Emma Esperanza Rocha de Padilla contra "Sears Roebuck S. A.").

Por lo expuesto, no se recibe el primer cargo.

4. En relación con el segundo cargo, observa la Sala:

De autos consta, como lo afirma el impugnador, que de la sentencia de primer grado desfavorable a la parte demandada, apeló úni-

camente élla, a quien le fue concedido el recurso, conformándose con la decisión el demandante. Tambièn fue adversa al apelante la decisión de segundo grado, pues sólo prosperó en parte. Sin embargo, el Tribunal le impuso las costas del recurso a la parte actora. Pidió ésta en tiempo la aclaraciòn de la sentencia para que se la eximiera de las costas, a lo cual no accedió el sentenciador.

El recurrente sostiene que la sentencia violó el art. 2o. del decreto 243 de 1.951, por errónea interpretación, pues según su texto no era procedente la condena en costas contra la parte demandante.

5. Es patente la equivocación en que incurrió el Tribunal, pues conforme al precepto del decreto, las costas eran de cargo del litigante vencido y único apelante.

Sin embargo, no es atendible la acusación, porque no se trata de que el fallador le haya dado a la norma del decreto significación distinta de la que ofrece, sino de un fenómeno diferente, el de aplicación indebida del precepto, como lo reconoce el propio Tribunal al manifestar que al decidir el punto se equivocó, absteniéndose de rectificar el error por haber estimado que, conforme al art. 482 del C. J., no estaba facultado para corregirlo.

6. Aun estimando bien planteado el cargo, se debe anotar que las costas, más que un derecho del vencedor y obligación correlativa del vencido, es un deber del Juez, que debe cumplir oficiosamente, como se infiere de lo dispuesto por el primer inciso de la disposición del decreto. De manera que si el Juez se abstiene de condenar en costas al vencido, la contraria no tiene acción para reclamarlas. A lo sumo la tendría, dice el tratadista Chiovenda al comentar la institución en el derecho romano, "contra el Juez por el daño que le causó con la omisión". (La condena en costas, p. 103). A igual conclusión se llega si en vez de omitir la condena contra el vencido, se imponen las costas al vencedor, como ocurrió en el asunto litigioso.

7. El reglamento procesal sobre costas no da base para sostener que las normas que lo integran, de aplicación oficiosa, revisten carácter sustancial para los fines de casación.

8. El error, fruto de negligente atención, dá pié para que en la fase de liquidación de costas, el sentenciador estime con moderación las que sean de su resorte, si lo estima conveniente.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

A mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboràl, 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.

Publíquese, Notifíquese, Cópiese, Insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes.- Roberto de Zubiría C. -José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. INDEMNIZACION MORATORIA. COSTAS JUDICIALES.

Reafirma la Sala sus doctrinas sentadas en fallos anteriores.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. trece de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Ildefonso Unigarro López promovió juicio ordinario contra la Sociedad anónima denominada "Sears Roebuck de Colombia", para que con audiencia de su representante y previos los trámites de rigor, fuera condenada al pago de reajuste de cesantía y primas de servicio, remuneración de los descansos legales e indemnización por mora.

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda que Unigarro López trabajó en Bogotá como vendedor al servicio de la sociedad, desde el 3 de agosto de 1.955 hasta el 21 de agosto de 1.959, fecha en que se retiró por renuncia del cargo; que el salario convenido por las partes fue el 5% sobre el valor de las ventas que efectuara semanalmente el trabajador, es decir, una remuneración variable; que en el pago que la sociedad hizo al empleado del auxilio de cesantía y primas de servicio, no incluyó el valor de la remuneración correspondientes a domingos y festivos, deuda que no le ha cancelado; que durante el tiempo del contrato, el actor se obligó a trabajar todos los días laborales de la semana, y si en algunas de ellas no prestó el servicio, se debió a disposición de la Empresa.

En derecho las pretensiones se apoyan en los arts. 22, 23, 24, 47 y concordantes del C.S.T.

La respuesta a la demanda se opone a la prosperidad de las súplicas que formula. En cuanto a los hechos, acepta el contrato de trabajo, diciendo respecto del salario que el estipulado fue un sueldo mensual equivalente al 5% sobre las ventas. Con relación a los demás exige su demostración. Como excepciones perentorias propuso las de pago y compensación.

La relación procesal de primer grado terminó por sentencia de fecha 15 de marzo de 1.961, dictada por el Juzgado 2o. del Trabajo de Bogotá. La providencia condena a la sociedad a pagar al demandante (ordinal primero) lo siguiente: a) $341.40, por auxilio de cesantía; b) $261.47, por reajuste de primas de servicio; c) $10.447.63, a título de remuneración de dominicales y festivos; y d) $36.39 diarios, a partir del 22 de agosto de 1.959 hasta que el patrono cancele las deudas antes relacionadas, por concepto de indemnización moratoria. Declara no probadas las excepciones propuestas por la sociedad (ordinal segundo); y la condena en costas.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia del 21 de abril de 1.961, resolvió el recurso de apelación que ambas partes interpusieron contra la decisión de primer grado. La resolución del Tribunal modifica la cuantía de las condenas contenidas en los literales a), b) y c), ordinal primero de la sentencia de primera instancia, y la reemplaza por las siguientes cantidades: a) $1.211.17, por reajuste de cesantía; b) $1.617.97, por reajuste de primas de servicio; y c) $11.584.87, por concepto de dominicales y festivos (numeral 1o.). Revoca el literal d), ordinal primero del fallo apelado y, en su lugar, absuelve a la sociedad del pago de la indemnización moratoria (numeral 2o.); confirma el ordinal segundo de la citada sentencia (nume-

ral 3°.); y modifica su ordinal tercero en el sentido de condenar a la compañía al pago del 80% de las costas de primer grado (numeral 4o.). Se abstiene de la condena en costas en la segunda instancia.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado, que les fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA.

Aspira a que se case parcialmente el fallo del ad quem en cuanto condena a la sociedad a pagar al actor varias sumas de dinero por reajuste de cesantía y primas de servicio y remuneración por descanso en domingos y festivos, se revoque el de primer grado y, en su lugar, se absuelva al patrono de todos, los cargos que le formula la demanda inicial. Invoca la causal primera de casación y con fundamento en élla formula dos cargos.

Primer Cargo.

Violación del art. 133, en relación con los arts. 22-2, 57-4, 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 de C. S. T., por errónea interpretación.

En demostración del cargo dice el recurrente que la sentencia contradice el espíritu de la ley porque somete a un molde determinado la estipulación sobre el salario; que el Código del Trabajo no prohibe que la remuneración se fije en atención al tiempo servido ni a la labor realizada, ni que la remuneración se estipule como sueldo, como tampoco impide a las partes estipular como sueldo un salario variable por cada mes de servicio, pues deja a su voluntad darle el carácter de jornal o de sueldo a las modalidades de la retribución, como lo expresa su art. 133; que por vía de interpretación no pueden derogarse o limitarse las facultades de que las partes gozan al respecto; que si de acuerdo con la norma citada sueldo es el salario estipulado por períodos mayores de un día, no hay razón para interpretarla en un sentido que perjudique al patrono, porque fuera de que la disposición contiene clara facultad dada a los contratantes para acordar el salario como sueldo o jornal, hay otras normas del Código que la refuerzan, como las contenidas en los arts. 22-2, 132, 127, 174-2 y 57-4; que los arts. 173 y 176 de la misma obra, conexos y complementarios, sólo se aplican cuando se estipule el salario por días, fijo o variable; que a esta conclusión se llega también si se relacionan los dos textos citados con el art. 174, inciso 1; que la errónea convicción del Tribunal sobre el alcance de las normas relacionadas, provocó la condena al pago de la deuda por los descansos legales, reajuste de cesantía y primas de servicio.

Segundo Cargo.

Acusa como violación los mismos textos legales que relaciona el primer cargo, de manera indirecta, a causa de errores de hecho en la estimación de unas pruebas. Se deduce en subsidio del primero.

Consisten los errores en que la sentencia dió por demostrado, sin estarlo, que el demandante se obligó a laborar todos los días de la semana, y que el salario dependía sólamente del resultado obtenido por el trabajador.

Como pruebas mal estimadas por la sentencia cita el contrato de trabajo (f. 27) y la inspección ocular (fls. 42 a 48).

Sostiene el recurrente que, según aparece del contrato, las partes estipularon, a título de salario, un sueldo mensual del 5% de las ventas, para lo cual hicieron uso de la facultad que les otorga el art. 132 del C. S. T.; que, según el art. 127 ibídem, la referida remuneración constituye salario, aparte de que, conforme al art. 22-2 de la misma obra, salario es cualquier forma de remuneración, que el art. 133 del mismo Código llama jornal si se estipula por días y sueldo cuando se pacta por períodos mayores; que si el actor tenía asignada una remuneración mensual, no estaba obligado el patrono a pagarle por separado los descansos legales, porque los comprende el art. 174-2 del estatuto laboral; que, además, como lo dice la cláusula 3a. del contrato, el pago anticipado de la suma de $76.15 semanales, incluía el de los descansos legales.

En cuanto a la inspección ocular, alega el recurrente que con base en las sumas pagadas al actor, a buena cuenta de comisiones, de que da cuenta la inspección, no podía liquidarse el descanso dominical, porque de ella no aparecen los días trabajados en cada semana, ni demuestra la obligación de que el

actor se hubiera obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la indicada unidad de tiempo, por lo cual la empresa ha debido ser liberada del pago de la deuda por el expresado concepto; que si la prueba se aprecia correctamente, la sentencia habría llegado a la conclusión de que no era del caso aplicar el art. 176 del Código.

REPLICA DE LA OPOSICION

Se acoge, para refutar el primer cargo, a las razones expuestas por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Antonio de la Hoz contra la misma sociedad demandada en este juicio, que en lo pertinente transcribe. La sentencia a que se alude dice en resumen: El salario a base de jornal o sueldo es tipo de remuneración por unidad de tiempo, a diferencia del destajo, cuyo valor depende del resultado obtenido sin consideración al tiempo, por lo cual no se puede hablar de jornales o sueldos frente a salarios por unidad de tiempo. Refuerza el concepto el art. 141 del C.S.T., del cual resulta, por exclusión, que salario fijo es el estipulado por unidad de tiempo, y variable los demás, por lo que, cuando de éstos se trata, el pago del descanso debe hacerse sobre salarios realmente devengados, o de los fijados como básicos en pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales. Por tal motivo, la norma del art. 174-2 resulta inaplicable en los casos en que se haya pactado el salario a destajo, debiendo operar la del art. 176.

Con relación al segundo cargo, manifiesta que las pruebas de que hace mérito el acusador no demuestran los errores que alega, aparte de que existe otras, como la confesión contenida en la respuesta a la demanda y la declaratoria de confeso de la sociedad, que sirven de soportes a la sentencia, no atacadas por el recurrente. Refiriéndose al contrato de trabajo, dice que no fue mal apreciada la cláusula relativa al salario, porque lo pactado en ella no fue un sueldo sino una remuneración variable, evento en que su pago no comprende el de los descansos legales, como lo sostiene la sentencia. En cuanto a la inspección ocular, anota: demuestra la prueba no sólo la obligación del demandante de trabajar los días laborales de la semana, sino la prestación real del servicio, a excepción de los domingos y festivos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1: El contrato de trabajo (f. 17) dice en su cláusula segunda que las partes han convenido en retribuir los servicios del trabajador pagándole un sueldo mensual equivalente a un 5% sobre las ventas. La cláusula tercera estipula que los pagos se harían por semanas vencidas, anticipándole el patrono al trabajador a buena cuenta de comisiones semanales, la suma de $ 76.15, dentro de la cual quedarían comprendidos los días de descanso (domingos y feriados), con la advertencia de que si al efectuar las liquidaciones no alcanzaban al nivel de los anticipos, el empleado debería pagar la diferencia con el valor de las comisiones devengadas en las semanas subsiguientes "en las cuales tal nivel sea sobrepasado".

2. En el análisis que la sentencia hace de las cláusulas relativas al salario, dice que el convenido por las partes fue variable y que, en tal virtud, en el caso de autos no puede tenerse en cuenta el art. 174 del C.S.T. sino el 176 de la misma obra, agregando que ese es el criterio seguido por el Tribunal en todos los casos en que se reclama el pago de descansos legales cuando el salario estipulado haya sido variable.

3. Acerca de la cuestión jurídica que plantea el primer cargo, esta Sala de la Corte, en asunto igual al presente, expuso lo que a continuación se transcribe:

"6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T.). Debe éste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de "sueldo" o "jornal", deba respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en exa-

men, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección de asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

"Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical renumerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibidem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

"Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

"El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177 inciso 2).

No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por con siguiente, el argumento *a pari* de analogía.

"No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

"No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a "los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1 del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

"El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquier otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

"Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remunera-

ción de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

"La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

"Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador". (Sentencia de 30 de enero de 1.964. Juicio de Fabio Duque contra "Sears Roebuck S. A.").

Con apoyo en la doctrina expuesta, que la Sala reafirma, se desecha la acusación en examen.

4. En cuanto al segundo cargo, la Sala observa: el reparo de que la sentencia estimó equivocadamente el contrato de trabajo porque el salario convenido -porcentaje sobre ventas- fue un sueldo mensual, carece de fundamento. Se dijo en el estudio del primer cargo que es inexacto llamar sueldo a la comisión, y a lo allí expuesto se remite la Corte.

5. Con relación a la inspección ocular, lo que la prueba demuestra es que el trabajador prestó servicios continuos durante la vigencia del contrato y el pago semanal de las comisiones devengadas, mas no el de los descansos legales, es decir, hechos contrarios a los que afirma la acusación.

El cargo no prospera.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE.

Persigue la quiebra parcial de la sentencia recurrida en cuanto absolvió a la sociedad del pago de la indemnización moratoria y en cuanto rebajó a un 80% la condena en costas de primera instancia, para que la corte la modifique en el sentido de condenarla al pago de la mencionada indemnización, a razón de $ 36.69 diarios, por cada día de retardo, desde el 22 de agosto de 1.959 hasta cuando el patrono cancele la deuda por salarios y prestaciones debidas, y para que además la condene en la totalidad de las costas causadas en la segunda instancia.

Formula un solo cargo, el de violación indirecta del art. 65, incisos 1 y 2 del C.S.T., por falta de aplicación, en relación con el 1624 del C. C. y 2o. del Decreto 243 de 1.951, que también dejó de aplicar. Invoca la causal primera de casación.

La violación se produjo a consecuencia de error evidente de hecho, proveniente de la mala estimación de la cláusula segunda del contrato de trabajo (fl. 17) y falta de apreciación de la confesión ficta del representante de la sociedad, e igualmente de la inspección ocular.

En sustentación del cargo, expone el recurrente:

El salario que estipula el contrato de trabajo es "un sueldo mensual", integrado por una comisión del 5% sobre las ventas, que podía reducirse al 3% cuando se hicieran rebajas especiales. Esa cláusula, según el Tribunal, es ambigüa, porque ofrece más de una interpretación, ya que denomina sueldo mensual lo que realmente es salario variable. El contrato de trabajo se hizo constar en ejemplar mineografiado elaborado por la empresa, que después llenó con el nombre del trabajador, cargo, porcentaje como sueldo, etc., sin dar ninguna explicación sobre el alcance de lo que denomina "sueldo mensual", siendo así que el salario no se pactó ni pagó por unidad de tiempo, sino mediante porcentaje o salario variable. La sentencia apreció erróneamente la cláusula ambigüa del contrato, interpretándola en favor de la parte demandada que la redactó, cuando el art. 1624 del C. C. dispone que debe interpretarse en su contra. Como consecuencia de la equivocada estimación de la prueba, el fallo dejó de aplicar el art. 65 del C.S.T., "significando ausencia de mala fe en donde realmente la hay". Si interpreta la cláusula contractual en la forma que ordena la citada norma del Código Civil, habría podido deducir renuencia patronal o mala fe en el hecho de no haber pagado el patrono los descansos le-

gales, como el de no haber incluído en la liquidación de cesantía y primas el valor correspondiente a los descansos.

La sentencia no apreció la confesión ficta del representante de la sociedad, la cual demuestra todos los hechos de la demanda. Tampoco estimó la inspección ocular, de la cual resulta que el salario fue variable y que al trabajador no le fueron cubiertos los descansos legales. En razón de la falta de estimación de las dos pruebas, la sentencia interpretó equivocadamente una cláusula ambigua del contrato, haciéndola generar consecuencia liberatoria donde debió encontrar renuencia patronal. Amparándose en la ambigüedad de la cláusula, el patrono liquidó la cesantía y las primas sin incluir el valor de los descansos, que se abstuvo de pagar. Es, pues, patente la carencia de buena fe en la falta de ese pago, por lo cual era del caso dar aplicación al art. 65 del C.S.T.

El opositor demandante dice que la sentencia no violó el art. 65 del C.S.T., por estas razones:

Porque la estipulación del salario como sueldo tiene su respaldo en el art. 133 del Código, sin que el hecho de ser variable le quite la calidad de sueldo que las partes le dieron, cuya voluntad debe respetarse, como lo dispone el art. 1618 del C. C.; porque las normas sobre el sueldo tienen un carácter especial y dentro del Código consagran una excepción, ya que la mayor parte hablan del salario en general y solamente los arts. 133, 134-1 y 174-2, se refieren a sueldos en particular, y es sabido que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la de carácter general; porque la cláusula en que se pactó el salario no admite ver en ella sino una estipulación de sueldo mensual, sin ninguna ambigüedad; porque fuera de no ser ambigua, el art. 1624 del C. C. es inaplicable en materia laboral por ser opuesto al art. 21 del C.S.T.; porque no está demostrado que lo que el acusador llama ambiguo haya sido redactado por la sociedad, ni que la supuesta ambigüedad provenga de una falta de explicación que ella haya debido dar; porque de la inspección ocular y de la confesión del representante de la compañía, no se deriva ningún derecho en favor del actor, ya que con tales pruebas sólo se acreditó que la remuneración era variable, que la sociedad pagó ciertas sumas semanalmente, primas y vacaciones, pero no el hecho de que el patrono hubiera dejado de pagar salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato. De manera que si la omisión no resulta comprobada, mal podía recibir aplicación el art. 65. Y como la petición de condena por salarios caídos se deriva de la falta de pago de dominicales y festivos, y la condena por ese concepto se produjo como consecuencia de la interpretación de varias normas del Código, la decisión sobre salarios caídos en nada podía ser influída por la inspección ocular ni por la declaratoria de confeso.

En lo concerniente a las costas, manifiesta el opositor que la decisión sobre el particular escapa al recurso de casación.

SE CONSIDERA:

1. No aplicó la sentencia el art. 65 del C.S. T., por estas razones: "Dada la manera como se redactó la cláusula segunda del contrato, no puede afirmarse que la demanda obró de mala fe al no incluir en la liquidación de cesantía y primas el valor del descanso dominical, por lo cual no sería procedente imponer la sanción por mora, debiéndose, por tanto, revocar la decisión del juez a quo a este respecto".

2. En caso igual al presente, dijo la Corte, al examinar la acusación contra el fallo de segundo grado, fundada en argumentos que en esencia son iguales a los que aduce el cargo en examen, lo que se transcribe a continuación:

"Observa la Sala: la jurisprudencia ha dicho que si el patrono discute con razones valederas la existencia de una obligación emanada del contrato laboral, puede ser eximido de la condena a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del Código del Trabajo.

"Puede admitirse que el patrono redactó la cláusula que la sentencia estima confusa, como lo sotiene el acusador. Sobre esta base conviene dilucidar si la sola ambigüedad de la cláusula autoriza para concluir que el patrono obró de mala fé, esto es, con el deliberado propósito de burlar los derechos del empleado. Una afirmación categórica en tal sentido no puede hacerse. Descubrir la intención de los contratantes es cuestión distinta de la de saber cual es la voluntad declarada. La que emergue del contrato entre las partes,

relativa al salario, examinada a la luz de la razón, no lleva con necesidad lógica a la conclusión de que además de su ilegalidad, constituye prueba evidente de que al redactarla, el patrono obró de mala fe. Así lo estima la Sala en atención a que la ley del trabajo (art. 132) autoriza a las partes para convenir libremente el salario en sus diversas modalidades. Las partes, en uso de esa libertad, creyeron que podían ajustar el salario en la forma pactada. Ahora, si la cláusula, examinada frente a otros preceptos legales, resulta opuesta a ellos, desprovista de fuerza vinculante entre las partes, capaz de obligar al trabajador, esa situación apenas plantea un problema de interpretación, susceptible de error pero no inductivo de una conducta contraria a la buena fe, merecedora de sanción.

"Es cierto que en posiciones el representande la sociedad admitió el hecho de que el salario convenido fue variable, e igualmente que así resulta de la inspección ocular, como lo afirma el recurrente. Todo ello sirve para corroborar las anteriores observaciones de la Sala, pues el patrono tuvo la creencia de que esa forma de retribución incluía el pago de los descansos en domingos y demás días festivos. Para pensarlo así se fundó en la consideración que puede estimarse errónea pero no fraudulenta, de que si el salario se estipulaba por períodos mayores de días aunque sea variable, recibe la denominación de sueldo, tomando en cuenta lo dispuesto por el art. 133 del C.S.T. Para el patrono no era, pues, cierta, la deuda proveniente de los descansos legales; al contrario, consideró haberla cancelado al hacer el pago de las comisiones. Por tal motivo, al consignar lo que estimó deber a la demandante, se abstuvo de solucionar la obligación por el concepto expresado". (Sentencia de 31 de enero de 1.964, Juicio de Emma Esperanza Rocha de Padilla contra ("Sears Roebuck S. A.").

3. No es exacto que la sentencia se hubiera abstenido de estimar la inspección ocular, pues de ella hace mérito para decir que el salario convenido fue variable, que es lo que la prueba demuestra en opinión del recurrente. Si este mismo hecho es lo que acredita la confesión ficta del representante de la sociedad, como lo afirma la acusación, ninguna consecuencia puede tener la circunstancia de que el fallador no la hubiera estimado. Por lo demás, fundamento de la sentencia no es el de que la remuneración convenida por los contratantes no hubiera sido variable, pues se ha visto que le dá esa calificación, sino el que se transcribió anteriormente. Lo que da a entender el razonamiento del Tribunal es que la confusa redacción de las cláusulas del contrato relativas al salario, hicieron creer al patrono, de buena fe, que el pago de la comisión incluía el de los descansos, aspecto analizado en pasaje anterior de esta providencia.

4. El recurrente no dá razón ninguna tendiente a demostrar la violación del art. 2o. del Decreto 243 de 1.951. Se limita a citarlo y a fijar el alcance de la impugnación en el sentido de que al casar la sentencia se deje sin efecto la condena en costas contra el demandante, que aquélla le impone a pesar de no haber apelado del fallo de primer grado. La Sala observa que no es motivo de casación la resolución sobre costas, como lo ha sostenido en su jurisprudencia, pero para rechazo del cargo no se acoge a esa doctrina sino al hecho de que no hay base para su estudio por no haberse sustentado, como es de rigor en el recurso extraordinario.

Basta lo dicho para el rechazo del cargo.

A mèrito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nomde 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.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insèrtese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes.- Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REMUNERACION DE DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. REAJUSTES DE CESANTIA Y PRIMAS DE SERVICIO. REITERACION DE DOCTRINAS YA EXPUESTAS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. diecisiete de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Jaime Castellanos Morris promovió juicio ordinario contra la sociedad anónima denominada "Sears Roebuck de Bogotá", representada por su gerente, para que con su audiencia fuera condenada al pago de descansos dominicales y festivos, reajuste de cesantía, primas de servicio y vacaciones y, además, a la indemnización por mora.

Adujo su apoderado como fundamentos de hecho de la demanda, que Castellanos Morris le prestó servicios a la sociedad desde el 28 de diciembre de 1.954 hasta el 4 de septiembre de 1.958; que el salario convenido fue el 5o/o de las ventas que ralizara en su calidad de vendedor, comisión que se le pagaba semanalmente, habiendo alcanzado un promedio mensual de $1.500.oo; que durante el tiempo del contrato, no obstante haber prestado servicio durante todas las semanas, el patrono no le pagó el valor correspondiente a los descansos legales; que la empresa tuvo primero el nombre de Sears Roebuck de Colombia S. A. y después el de Sears Roebuck de Bogotá S. A., conservando el mismo giro de negocios.

En derecho la demanda se apoya en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a dicha pieza acepta la relación de trabajo y el tiempo servido, expresando, en cuanto al salario, que el pactado fue un sueldo mensual del 5% de las ventas, y del 3% en el caso de promociones. Negó los demás hechos. En relación con las súplicas, se opone a que se hagan las que solicita el libelo.

Trabada la relación procesal en los términos expuestos, clausuró la primera instancia la sentencia de fecha 10 de octubre de 1.960, proferida por el Juzgado 2o. del Trabajo de Bogotá. Su parte dispositiva condena a la sociedad a pagar al demandante (ordinal primero), lo siguiente: a) $2.552.48, por dominicales y festivos; b) $4.934.85, por reajuste de cesantía; c) $4.326.64, por primas de servicio; y d) $27.67 diarios, a partir del 5 de septiembre de 1.958 hasta que el patrono haga el pago de las deudas mencionadas, a título de indemnización moratoria. Absuelve a la sociedad de los demás cargos (ordinal segundo) y la condena en un 80% de las costas.

Apeló la parte demandada. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia del 24 de noviembre de 1.960, decidió la relación de apelación. La providencia revoca (ordinal primero) el del mismo ordinal del fallo apelado y, en su lugar, condena a la sociedad a pagar al actor, lo siguiente: a) $2.552.48, por dominicales y festivos; b) $33.67, por reajuste de cesantía; y c) $519.90, por reajuste de primas de servicio. Declara prescrita la acción por salarios y primas causados antes del 20 de marzo de 1.956 (ordinal segundo); absuelve a la sociedad de la súplica sobre el pago de indemnización moratoria (ordinal tercero); confirma el ordinal segundo de la decisión del a quo (ordinal cuarto); y modifica el ordinal tercero de la misma providencia en el sentido de rebajar la condena en costas en un 50%. Se abstiene de la condena en costas en el segundo grado.

La sociedad demandada interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, que le fue concedido. Remitidos los autos a esta Superioridad, admitido por ella el recurso y rituado en legal forma, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION

Tiene por objeto que la Corte case parcialmente la sentencia del ad quem, revoque la de primer grado, y en su lugar, absuelva a la sociedad de los cargos contenidos en la demanda inicial.

Como motivo de casación invoca el de la causal primera, y con base en ella formula tres cargos.

Primer cargo.

Violación del art. 133, en relación con los arts. 22-2, 57-4, 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del C.S.T., por errónea interpretación.

Para demostrar el cargo, alega el recurrente:

La sentencia acusada contradice el espíritu de la ley, porque somet ea un molde determinado la estipulación sobre el salario. No prohibe el Código del Trabajo que el salario se fije en atención al tiempo servido y a la labor realizada, ni que la remuneración se estipule como sueldo. Tampoco prohibe el Código que las partes estipulen como sueldo una remuneración variable por cada mes de servicio, pues deja a su voluntad darle el carácter de jornal o de sueldo a las modalidades de la retribución, de acuerdo con el art. 133; que por vía de interpretación no pueden derogarse o limitarse las facultades de que los contratantes gozan al respecto; que si conforme con la citada norma sueldo es el salario estipulado por períodos mayores de un día, no hay razón para interpretarla en un sentido que perjudique al patrono, porque aparte de que la disposición contiene una clara facultad para acordar el salario como sueldo o jornal, hay otras normas del estatuto que le dan fuerza, como las contenidas en los arts. 22-2, 132, 127, 174-2 y 57-4; que los arts. 173 y 176 de la misma obra, conexos y complementarios, sólo se aplican cuando se estipule el salario por días, fijo o variable, conclusión a que también se llega si se relacionan las dos normas citadas con la del art. 174, inciso 1; que la errónea convicción del Tribunal sobre el alcance de los preceptos relacionados, provocó la condena al pago de las obligaciones que a la sociedad le impone la sentencia.

Segundo cargo.

Acusa violación de las mismas normas que cita el primero, de modo indirecto, a causa de errores evidentes de hecho por mala apreciación de unas pruebas y desestimación de otras.

Consisten los errores en que la sentencia dió por demostrado, sin estarlo: que el actor se obligó a laborar todos los días de la semana, y que el salario dependía sólamente del resultado que obtuviera; y el no dar por demostrado, estándolo, que el salario mensual dependía no sólo del trabajo ejecutado sino también del tiempo servido a la empresa.

I. PRUEBAS MAL APRECIADAS.

a) El contrato de trabajo (fls.4 y 12).

Dice el acusador que según las cláusulas del contrato, el salario convenido por las partes fue un sueldo mensual del 5% de las ventas que hiciera personalmente el actor; que siendo ello así, no estaba obligado el patrono a pagarle por separado los descansos legales, porque, los incluye el del sueldo, según el art. 174-2 del C.S.T.; que, de otro lado, las partes convinieron en que el patrono anticiparía al empleado semanalmente la suma de $ 76.15, dentro de la cual quedaba incluida la deuda por los descansos.

b) La inspección ocular (fls. 25 a 34).

Manifiesta el acusador que con base en las sumas pagadas al demandante, de que da cuenta la inspección, no puede liquidarse el descanso dominical, porque no demuestra los días laborados por el actor en cada semana ni la obligación de prestar servicios en todos los días laborales de esa unidad de tiempo, por lo cual la empresa ha debido ser exonerada de pagar el valor de los descansos; que por no haber apreciado correctamente la prueba, la sentencia aplicó indebidamente las normas citadas en el cargo.

II PRUEBAS NO APRECIADAS.

1). La confesión provocada del demandante (f. 44).

Alega la impugnación que al contestar las preguntas tercera y cuarta del interrogatorio, Castellanos confesó que durante el tiempo de servicio devengó una determinada suma mensualmente, equivalente al 5% de las ventas; que con tal declaración ratificó la estipulación contenida en el contrato, relativa a la remune-

ración mensual; que la confesión no le impidió a la sentencia declarar la invalidez del pacto sobre salario, lo cual envuelve disminución de las garantías y facultades que la ley otorga a las partes para convenir el salario como sueldo o jornal.

2). La liquidación de prestaciones sociales (f. 11).

En el documento que la contiene, firmado por el demandante, consta que éste declaró a la empresa a paz y salvo por sueldos ordinarios y extraordinarios, domingos y días feriados.

Dice el impugnante que el finiquito libera al patrono de las obligaciones que relaciona, a pesar de lo cual no lo tuvo en cuenta el Tribunal. Por tal motivo, agrega, violó la ley al hacer una condena en contradicción con lo probado en el juicio.

Por último, el cargo afirma que si la sentencia hubiera valorado correctamente las pruebas habría llegado a la conclusión de que no podía darse aplicación al art. 176.

Tercer cargo.

Violación de los arts. 329 y 341 del C. J., 145 del C. P. L., 1714 a 1718 del C. C. en relación con el 59-1 del C. S. T., de manera indirecta, por falta de aplicación, a causa de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Todos los errores se reducen a uno solo, consistente en que la sentencia no compensó los crèditos por $ 244.70 y $ 440.oo, en favor del patrono, con las deudas a su cargo.

Afirma el recurrente que prueban las obligaciones en favor de la sociedad el finiquito del folio 11, el documento del folio 42 y la confesión provocada del demandante, y que por su mala estimación la sentencia no decretó la compensación, que en segunda instancia fue alegada como excepción por la parte demandada.

REPLICA DE LA OPOSICION.

Refuta el primer cargo diciendo que en el caso de autos aparece sin lugar a dudas un salario en su acepción genérica, o sea retribución de los servicios con ocasión de un contrato de trabajo, pero un salario variable consistente en un porcentaje sobre las ventas, situación de hecho que se rige por el art. 176 del C. S. T.; que si para la remuneración de los descansos cuando el salario es variable, no fuera aplicable la norma citada, habría que concluir que no tiene sentido alguno, interpretación inaceptable; que refuerza la tesis sobre aplicabilidad y correcto entendimiento de la disposición, lo preceptuado por el art. 141 de la misma obra; que la ley hace una distinción entre sueldos y salarios variables para efecto de la remuneración de los descansos legales, sin que por el hecho de agregar que el salario variable es sueldo mensual, como lo sostiene el recurrente, quedaron por eso comprendidos los descansos en el pago de los salarios. Existen -agrega- normas especiales para remunerar los descansos obligatorios cuando el salario es variable, las cuales otorgan un derecho al trabajador de carácter irrenunciable; y que, en tal virtud, no viola la sentencia las normas legales que el cargo cita.

En relación con el segundo cargo, expone el opositor:

El contrato de trabajo (cláusula segunda) denomina sueldo lo que no es tal y nada importa que las partes lo hayan llamado así, porque la naturaleza del salario no surge de las estipulaciones contractuales sino de la realidad de los hechos. Lo que sí aparece de la cláusula es su ilegalidad, pues se opone a lo establecido en los arts. 43 y 13 del C. S. T.

La inspección ocular demuestra que el demandante prestó servicios semanalmente durante el tiempo del contrato y lo que devengó en cada una de ellas por concepto de comisión, lo cual demuestra que la situación de hecho es la prevista por el art. 176 del Código.

De las consideraciones anteriores deduce que el fallo apreció correctamente las dos pruebas relacionadas.

En cuanto a las pruebas que la sentencia no estimó, según la acusación, dice el opositor:

La confesión provocada del demandante confirma el hecho de que el salario estipulado fue variable porque consistió en una comisión sobre ventas, sin que lo desvirtúe la circunstancia de habérsele dado la calificación de sueldo.

Acerca del mérito probatorio de los finiquitos, anota que, conforme a la jurisprudencia, para su admisiòn es necesario que detallen la cuantía de las deudas en favor del empleado, requisito que no llena el expedido en favor del patrono.

Para pedir el rechazo del tercer cargo, dice el opositor que las dos partidas, integrantes de un crédito a favor de la sociedad, que según la acusación han debido descontarse de las deudas a cargo de aquella, fueron aceptadas por la sentencia, por lo cual la censura contra ella es inaceptable.

Consideraciones de la Corte:

1. Para la condena al pago de los descansos legales, el Tribunal se fundó en estas consideraciones:

La sociedad aportò a los autos el documento en que se consignó el contrato de trabajo, en cuya cláusula segunda las partes estipularon como remuneración un sueldo mensual equivalente al 5 °/o de las ventas que realizara el trabajador. La sociedad apoya su defensa en el hecho de que el salario convenido fue un sueldo mensual, constituído por el indicado porcentaje sobre ventas, cuyo pago incluye el de los descansos legales. Examina la defensa a la luz de los arts. 174, 132 y 133 del C. S. T., y agrega: Si se armonizan esas normas, se llega a la conclusión de que sólo puede denominarse jornal o sueldo el estipulado por unidad de tiempo, y no el de otras modalidades, entre las cuales se encuentra la comisión sobre ventas, evento en que, cualquiera que sea el período de pago, el salario no debe ser calificado como sueldo, y, por tanto, es inaplicable el art. 174-2 del citado Código. No es acertado el argumento de la sociedad en el sentido de que el art. 133 comprende el salario por comisión, porque las partes podrían convenir que el salario a base de porcentaje se computara por días, considerando como jornal el total de las comisiones, o como sueldo las devengadas en un período mayor. Y no es aceptable, porque deben concordarse los arts. 132 y 133, el primero de los cuales distingue el salario por unidad de tiempo del estipulado a destajo o por obra o por tarea. El art. 176 insiste en la distinción, porque el salario fijo opone el variable, para efectos de la remuneración de los descansos, distinción que repite el art. 141. También existe una clara oposición entre los arts. 174 y 176 del Código, pues el primero regula la retribución del descanso dominical en los casos en que el trabajador devengue jornal o sueldo, y el segundo su pago cuando no se trate de salario fijo. Las dos normas son especiales y la segunda, que es posterior, quiere que se pague separadamente el descanso dominical cuando el salario sea variable.

2. La cuestión jurídica a que el cargo se refiere, ha sido ya estudiada por esta Sala de la Corte en caso igual al que ahora examina, de la cual se transcriben los siguientes pasos:

"6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C. S. T). Debe èste interpretarse tomando en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174 -2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de "sueldo" o "jornal" deba respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son de orden público en cuanto procuran la protección de asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los pactos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no solo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en

relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

"Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibidem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

"Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

"El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177 inciso 2).

"No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

"No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

"No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a "los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relación con el 134, inciso 1 del estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

"El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

"Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin replica del recurrente.

"La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado periodo de tiempo (semanas, quincenas o meses).

"Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C. S. T., el cual ordena que en tal hipótesis debe preva-

lecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador". (Sentencia de 30 de enero de 1.963. Juicio de Fabio Duque contra "Sears Roebuck S. A.").

Reafirma la Sala la anterior doctrina, y a ella se acoge para el rechazo del primer cargo.

3. Carecen de fundamento las acusaciones del segundo cargo, por estas razones:

La errónea estimación del contrato de trabajo se basa en el argumento de que el salario por comisión fue un sueldo mensual, cuyo pago incluye el de los descansos legales. Al examinar el primer cargo se estudió el punto con detenimiento, llegando a la conclusión de que la comisión es salario variable que no comprende el pago de los descansos, como lo sostiene con acierto el Tribunal, y a lo allí expuesto se remite la Sala.

4. Acredita la inspección ocular que el demandante prestó servicios continuos durante la vigencia del contrato, y el hecho de que la sociedad no le pagó el valor de los descansos legales. Tal es la significación que la sentencia le dá a la prueba, y como es eso lo que ella demuestra, no puede afirmarse que la estimó con desacierto.

5. En su confesión provocada admite el demandante que el salario pactado fue un 5% sobre las ventas. Lo que la prueba demuestra es que el salario fue variable, evento en que su pago, como lo sostiene la sentencia, no conlleva el de los descansos legales. Si la sentencia hace mérito de ese elemento de juicio, no habría podido llegar a conclusión distinta de la que se deja enunciada, por lo que ninguna trascendencia tiene el hecho de no haberla estimado.

6. La declaración que hace el demandante en la liquidación de prestaciones en el sentido de haber recibido de la empresa todos los salarios, incluso los extraordinarios, como el valor de los descansos legales, declarándola a paz y salvo por tales conceptos, no la libera de las obligaciones que la sentencia reconoce a su cargo, pues no precisa al documento las cantidades entregadas al trabajador destinadas a la cancelación de las deudas que tuvieron su origen en las causas indicadas, requisito indispensable, según la jurisprudencia, para atribuirle valor liberatorio al finiquito.

7. La compensación que alega el tercer cargo no fue negada por la sentencia, sino expresamente reconocida por ella. En efecto, sobre el punto dice el fallo del ad quem: "Incluída la remuneración de los descansos legales el actor adquirió derecho a un auxilio de cesantía por la suma de $7.754.57. Según el documento que aparece al folio 11, suscrito por el trabajador y que obró en el juicio sin su objeción, recibió la suma de $5.720.90 por concepto de auxilio de cesantía. Se deberá condenar a la suma de $33.67 por concepto de reajuste de cesantía".

La liquidación de cesantía contenida en el documento del folio 11, es la siguiente:

Cesantía congelada en jun. 30-1.957		$4.075.26
Cesantía posterior hasta fecha retiro		$1.645.65
Total de la cesantía		$5.720.90
Cesantía parcial	$4.934.85	
Menos C. C. E.	244.70	
Menos préstamo de la Cía.	440.00	
Total a recibir	101.35	
Sumas iguales	$5.720.90	$5.720.90

Como se ve, la prueba examinada y la estimación que de ella hace la sentencia en el sentido de descontar del crédito en favor del empleado por cesantía el alegado por el recurrente en favor de la sociedad, integrada por las partidas de $244. 70 y $440.00, desvirtúa el fundamento de la acusación.

No prospera el cargo.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, Notifíquese, Cópiese, Insértese en la Gaceta Judicial y Devuélvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes. - Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LEGALES. EL SALARIO Y SUS FORMAS. LA SALA REITERA DOCTRINAS RECIENTEMENTE EXPUESTAS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Josè Joaquín Rodríguez).

Jaime Bernal Maldonado, por medio de apoderado, citó a juicio ordinario a la sociedad anónima denominada "Sears Roebuck de Colombia", para que con audiencia de su representante fuera condenada al pago de los descansos legales, al reajuste de cesantía, vacaciones y primas de servicio y al pago de la indemnización por mora.

En sus fundamentos de hecho la demanda afirma que Bernal Maldonado le prestó servicios a la sociedad desde el 7 de julio de 1.954 hasta el 5 de diciembre de 1.956, ejerciendo, entre otras funciones, la de vendedor; que el salario convedido fue un 5°/o de las ventas que realizara el trabajador, comisión que ascendió a un promedio mensual se $ 2.500.oo, cuyo pago se hacía semanalmente; que el actor prestó servicios durante todas las semanas por todo el tiempo de vigencia del contrato, a pesar de lo cual el patrono no le pagó el valor correspondiente a dominicales y festivos; y que también laboró horas extras, que no le fueron canceladas.

En derecho invoca las normas pertinentes del Código del Trabajo.

No fué contestada la demanda. En la primera audiencia de trámite, el procurador judicial de la sociedad propuso las excepciones de pago, prescripción, compensación e inexistencia de la obligación.

En primera instancia terminó el juicio por sentencia de fecha 6 de febrero de 1.961, proferida por el Juzgado Tercero del Trabajo de Bogotá. La resolución condena a la sociedad a pagar al demandante (ordinal primero) lo siguiente: a) $2.522.85, por dominicales; b) $491'03, por festivos; c) $279.15, por reajuste de cesantía; y d) $279.15, por primas de servicio. Declara probada (ordinal segundo) la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada; la absuelve de los demás cargos (ordinal tercero); y la condena en un 70°/o de las costas (ordinal cuarto).

Contra el fallo anterior ambas partes interpusieron el recurso de apelación, que el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, resolvió por sentencia de fecha 24 de marzo de 1.961, por medio de la cual confirmó la de primer grado, sin costas.

La parte demandada interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, que le fue concedido. Admitido por la Sala, y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

LA SENTENCIA ACUSADA.

Sobre la base de que son hechos probados en el juicio el contrato de trabajo y el tiempo de servicios, aceptados por la sociedad en la respuesta a la demanda, y el salario devengado por el actor, consistente en comisiones sobre ventas, de cuyo importe semanal da cuenta la inspección ocular (fs. 42 a 46), dice el Tribunal que configurados los extremos de la relación de trabajo, es procedente el estudio de las peticiones de la demanda. Manifiesta al respecto que comparte en su integridad el análisis que del caso litigioso hace la sentencia de primer grado para determinar la clase de salario que percibió el actor durante la vigencia del contrato. La tesis de ese fallo relativa a la sùplica sobre pago de descansos legales, es la de que el salario convenido por

los litigantes, fue variable y no por unidad de tiempo, evento en que la norma aplicable es la del art. 176 del C.S.T. y no la del 174-2 ibídem, como lo sostiene la parte demandada.

En el presente caso -continúa la sentencia del **ad quem**- se trata de un salario a base de comisión, es decir de una remuneración variable. Por tal razón el pagársele semanalmente al trabajador sus comisiones, no se le cancelaban los domingos y festivos, por lo cual el patrono debe ser condenado al pago de la deuda por tales conceptos.

LA DEMANDA DE CASACION.

Pide que se case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto confirmó las condenas que contra la sociedad contiene la de primer grado, revoque ésta en el ordinal primero, y, en su lugar, en fallo de instancia, absuelva al patrono de las condenas que le impone la sentencia del **a quo**.

Con base en la causal primera formula dos cargos, que serán examinados en su orden.

Primer cargo.

Violación del art. 133, en relación con los arts. 22-2, 57-4, 127, 132, 141, 172, 173, 174, 176 y 177 del C.S.T., por errónea interpretación.

Para demostrar el cargo, hace el recurrente estas consideraciones:

El planteamiento del sentenciador desemboca en estas conclusiones: la de que tanto el sueldo como el jornal constituyen siempre salario fijo; y la de que el art. 176 del Código, en cuanto a la remuneración de los descansos legales cuando el salario es variable, es autónomo.

Replica las conclusiones con estos argumentos: No se puede negar que existen salarios variables que son sueldo, porque no dependen del solo transcurso del tiempo, como el de un trabajador que consista en una base mínima fija y un porcentaje sobre las utilidades de la empresa, ni tampoco que haya salarios fijos resultantes con exclusividad, del mero trabajo desarrollado por el empleado, como el que obtiene la persona a quien se paga por unidad de obra y que, en razón de su habilidad y experiencia, ejecuta siempre, dentro del mismo lapso, un número igual de unidades. Desde un punto de vista jurídico, debe tomarse razón de que el art. 133 del Código, interpretado erróneamente por la sentencia, no formula la distinción que hace ésta entre salarios con el simple carácter de tales, ni menos entre salarios sueldos-fijos o salarios-jornales y salarios- variables.

Si es verdad que las partes, respetando el salario mínimo legal, pueden convenir la remuneración en las diversas modalidades que enunciativamente expresa el art. 132 del C.S.T., de su texto no es lícito deducir las consecuencias que contiene el fallo, porque el propio legislador, en el art. 22, inciso 2 ibídem se encarga de definir el salario, indicando en el art. 127 de la misma obra, los elementos que lo integran. De acuerdo con la definición del salario y sus elementos integradores, la estipulación por días o períodos mayores puede y debe referirse también a la remuneración del servicio, "cualquiera que sea su forma", es decir, "fija u ordinaria", "por porcentajes sobre ventas", "por comisiones", "por participación de utilidades", etc.

La argumentación expuesta demuestra: no es cierto que el sueldo y jornal consistan siempre en un salario fijo; tampoco es cierto que el salario variable sea solamente salario y nunca sueldo ni jornal.

Si todo salario por remuneración del servicio, cualquiera que sea su forma, tiene que ser sueldo o jornal, el variable, que es un salario, no puede ser materia de regulación autónoma, como lo pretende el Tribunal, porque es indispensable tomar en cuenta, para la remuneración de los descansos legales, la calidad de sueldo o de jornal que haya podido tener el salario variable de que se trate. En consecuencia, resulta errónea la última de las conclusiones de la sentencia acerca de la manera autónoma, sin correspondencia con las restantes normas que el cargo singulariza, como pretende que opere el art. 176 del Código respecto a la remuneración de dominicales y festivos de trabajadores con salario variable, porque esa norma, concordada con aquellas otras, sólo resulta aplicable a los salarios estipulados por días.

Concluye el cargo diciendo que la correcta interpretación de las normas ya citadas, con-

duce a estas conclusiones: que la sociedad pagó al actor el salario convenido, de acuerdo con lo prescrito en el art. 57-4 del Código; que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo; y que, para la decisión del caso de autos, la norma aplicable es la del 2o. inciso del art. 174 del estatuto laboral.

De su lado, el opositor sostiene que en el caso litigioso no hay duda de que el salario estipulado (5°/o sobre las ventas) fue variable, hipótesis en que la norma aplicable para la remuneración de los descansos legales es la del art. 176, rectamente interpretada por el sentenciador. Expone además: lo preceptuado por la citada norma regula especificamente el pago de los descansos obligatorios cuando es variable el salario, sin distinción alguna; que si no fuera aplicable el precepto a la especie de remuneración variable no tendría ningún sentido, lo que no es aceptable; que refuerza la tesis de la aplicabilidad de la norma, la del art. 141 del Código; que, en consecuencia, debe concluirse que existen disposiciones especiales para la remuneración de los descansos en el caso de salarios variables. Agrega que la doctrina expuesta es la recibida por varios Tribunales en asuntos que contemplan la misma situación de hecho debatida en el presente juicio.

Segundo cargo.

Violación de las mismas normas que relaciona el anterior, a excepción del art. 141, y, además, infracción de los arts. 249, 253 y 306 del C.S.T., por aplicación indebida, de modo directo.

Sostiene el recurrente que como consecuencia de la errónea interpretación dada por la sentencia a los preceptos legales que relaciona el primer cargo, el Tribunal ordenó pagar la suma de $279.15 por reajuste de cesantía e igual cantidad por diferencia de primas, aplicando en forma indebida los otros textos legales ya citados; que si el fallo no hubiera incurrido en el error de juicio demostrado en el cargo anterior, habría absuelto a la sociedad de las súplicas sobre reajuste de cesantía y primas.

Alega el opositor que para el rechazo del cargo basta anotar que, según el art. 127 del C.S.T., constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino también todo lo que reciba el trabajador como retribución del servicio, quedando incluída en ella, entre otros elementos, el valor de los descansos legales, que, por consiguiente se debe tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. En caso igual al presente, decidido por sentencia de 7 de febrero de 1.964 (juicio de Arturo Iván Sánchez Zapata contra "Sears Roebuck del Caribe"), dijo esta Sala de la Corte:

"1. La palabra "salario" es genérica; comprende la remuneración que el patrono paga por sus servicios al trabajador dependiente, cualquiera que sea su forma (art. 22, inciso 2 del C.S.T.).

"Formas del salario son únicamente dos: por unidad de tiempo o por resultado (art. 132 ibídem). Acorde con la ley, la doctrina de los expositores no conoce sino esas dos.

"El de la primera forma es fijo: se retribuye la duración del trabajo y no el esfuerzo realizado. Para su adquisición basta el solo transcurso del tiempo, que sirve de medida de la remuneración. En el de la segunda, no es el tiempo la medida del salario, sino el resultado de la actividad del trabajador. Modalidades de esta clase es el salario por obra o a destajo y por tarea, que a título de ejemplo menciona el art. 132 del Código. Otras especies de esta clase, entre las muchas que pueden citarse, son el salario por comisión y por participación en las utilidades. El hecho de que el valor de la retribución se subordine a la actividad del trabajador, es lo que permite calificar de variable esta categoría salarial.

"Para efecto de la remuneración de los descansos en domingos y otros días festivos, el Código citado toma en cuenta las dos categorías del salario, y al efecto, dispone:

"Como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordinario sencillo; en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en

que es legalmente obligatorio y remunerado (art. 174)

"Jornal y sueldo son especies del salario fijo o por unidad de tiempo, pero sólo respecto de la segunda el mandato legal preceptúa que el pago del sueldo comprende el de los descansos. El trabajador a jornal, al tenor de la disposición, debe recibir con el salario, si presta el servicio en los tèrminos que indica el art. 173, inciso 1, el correspondiente al descanso dominical, como el de los demás días festivos, sin los requisitos a que se refiere el citado precepto, de acuerdo con lo previsto en el art. 177, inciso 2.

"Para la remuneración del descanso en todos los tipos de remuneraciones variables, el art. 176 señala cuál es el salario computable.

"Congruente con el anterior precepto es el del art. 141. Según sus términos, sólo en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, pueden estipularse salarios básicos fijos, para solucionar, entre otras obligaciones, el descanso dominical, en los casos en que la remuneración no sea fija.

"No se requieren mayores esfuerzos de dialéctica para demostrar que el salario a comisión es tipo de remuneración variable. A la mente se presenta con todos los atributos de una verdad evidente. Así lo patentiza en el asunto litigioso la inspección judicial. Relaciona ésta el salario devengado por el trabajador semanalmente, y aunque en muchas es igual, en otras es diferente.

"2. La acusación dice que no es cierto que el sueldo y el jornal consistan siempre en salario fijo, como tampoco lo es que el variable sea solo salario y nunca sueldo ni jornal. Sienta esa premisa para extraer la conclusión de que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo.

"Ninguna de las dos afirmaciones es exacta.

"El sueldo y el jornal son tipos de salarios fijos. Así se desprende claramente de la definición de los dos vocablos, contenida en el art. 133. Los días y los períodos mayores de días, expresiones de que se vale el precepto para definir el salario a jornal y a base de sueldo, son fracciones de tiempo. Reafirma el concepto el art. 134, inciso 1, al señalar el período de pago en las dos modalidades de la remuneración; para jornales no deben exceder de una semana y para sueldos de un mes. Precisado el concepto de sueldo y el de jornal, con base en la ley, no cabe dentro de la noción de uno y otro vocablo, la opinión de que la comisión sobre ventas, forma de salario pactada por los litigantes, "aunque variable", fue un sueldo. "Fijo", según el diccionario de la lengua, significa "permanentemente establecido sobre las reglas determinadas, y no expuesto a movimiento o alteración"; la palabra "variable" según la misma fuente", significa: "inestable, inconstante y mudable". Es patente la antítesis entre las dos dicciones. Si el sueldo es asignación fija y la comisión asignación variable, y si los dos conceptos, en buen romance son distintos, no puede la comisión ser a la vez salario fijo y salario variable. Como se ve, la tesis de la impugnación resulta contradictoria.

"Las partes, en uso de la facultad que les otorga el art. 132, pueden acordar cualquiera de las dos clases de remuneración, o combinar el salario por unidad de tiempo con una cualquiera de las modalidades del variable. Lo que sí no les está permitido es escoger el variable, denominándolo sueldo, tipo de asignación fija, para colocar la estipulación bajo el imperio del art. 174, inciso 2 del Código del Trabajo, como lo pretende la acusación. Un pacto de tal clase vulnera el derecho del trabajador a los descansos legales, contrario a lo previsto en el art. 43 de ese Código, en pugna también con el principio de su art. 13. Uno y otro, para el caso en examen, son restricciones a la libertad contractual.

"3. Para el acusador no hay sino un solo tipo de salario: sueldo y jornal. De manera que -arguye- siendo salario el variable, no puede operar de manera autónoma, para efectos de la remuneración de los descansos legales, el art. 176, sino en concordancia con las demás de que hace mérito. Concreta la aplicación del citado precepto, al caso de salarios variables estipulados por días.

"La Sala observa que el jornal y el sueldo son especies del salario por unidad de tiempo, como se dijo y explicó en pasajes anteriores de esta providencia. También se dejó esclarecido que el Código del Trabajo (art. 132) enuncia el salario por unidad de tiempo como catego-

ría distinta de las demás que menciona (por obra o a destajo o por tarea). Separa, como también se apuntó, para los fines de la remuneración de los descansos, las dos clases, sometiendo la variable al régimen del art. 176. No era, pues, del caso aplicar regla distinta a la mencionada. Que ella solo opera respecto de salarios variables estipulados por días, es argumento inaceptable, primero porque esa modalidad no es variable sino fija, y segundo, porque respecto de ella, la disposición pertinente es la del art. 74, inciso 1 del estatuto laboral".

La misma doctrina contenida en la anterior sentencia sostuvo la Corporación en la de fecha 30 de enero pasado (juicio de Fabio Duque contra "Sears Roebuck S. A.").

Con fundamento en las consideraciones expuestas por la Sala el primero de los fallos citados, desecha el primer cargo.

2. Acogida la súplica sobre pago de los descansos legales, cuyo importe es parte integrante del salario a vista de lo estatuído en el art. 127 del C. S. T., era forzoso imputarlo al valor del salario para la liquidación de cesantía y primas de servicio. Por tanto, la condena al reajuste de estas prestaciones fue una consecuencia de la decisión que reconoció el derecho a la remuneración de los descansos; por lo cual, desechado el primer cargo, cuya finalidad era la quiebra de la sentencia por haber accedido a dicho reconocimiento; el que examina, por sustracción de materia, resulta también infundado.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia 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 devuelvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes.- Roberto de Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMICALES Y FESTIVOS. REAJUSTE DE PRESTACIONES SOCIALES. SALARIOS DE PLAZO PRESUNTIVO.

La Sala ratifica sus doctrinas recientemente expuestas sobre las nociones legales de sueldo y jornal, la clasificación de los salarios, las limitaciones de la libertad contractual en materia laboral, etc., en relación con el cómputo de lo debido al trabajador por descansos legales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. cinco de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

José Rodríguez Gómez, por medio de apoderado, citó a juicio ordinario a la sociedad anónima denominada "Sears Roebuck de Colombia", para que con audiencia de su representante fuera condenada al pago de los descansos legales, al de horas extras por trabajo nocturno, al reajuste de cesantía, primas de servicio y vacaciones, y al pago de perjuicios compensatorios y moratorios.

La demanda relata, como hechos fundamentales, los que a continuación se resumen:

Rodríguez Gómez le prestó servicios dependientes a la sociedad, en calidad de vendedor, en las divisiones 15, 34 y 49. La relación de trabajo se inició el 9 de diciembre de 1.954 y terminó el 20 de enero de 1.959 por decisión unilateral del patrono, sin motivo justificado. El salario pactado fue una suma fija y un porcentaje sobre ventas, que en el último año de servicio ascendió a un promedio mensual de $762.30. Al efectuar la liquidación y pago del salario, la empresa no le canceló al trabajador el valor correspondiente a los descansos legales, ni de consiguiente, lo que en realidad le correspondía por primas de servicio, vacaciones y cesantía. Rodríguez Gómez laboró semanalmente seis horas y media en jornada nocturna sin haber recibido el recargo legal. En vista de que la empresa dió por terminado el contrato sin justa causa, le debe al demandante el valor de los salarios por el tiempo que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo.

En derecho se acoge el demandante a las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda acepta el vínculo contractual de trabajo y niega los demás hechos, oponiéndose a las condenas que solicita la parte petitoria de la demanda. Propuso, en la primera audiencia de trámite, estas excepciones: carencia de legitimación en causa de la sociedad, prescripción, pago, inexistencia de la obligación y compensación.

Terminó el juicio en primera instancia por sentencia de fecha 31 de mayo de 1.961, proferida por el Juzgado Séptimo del Trabajo de Bogotá. La resolución (ordinal segundo) declara probada la excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al 14 de febrero de 1.956. Condena a la sociedad (ordinal tercero) a pagar al demandante, lo siguiente: a) $ 1.814.17, por domidicales; b) $ 891.37, por días festivos; c) $ 1.376. 13, por reajuste de cesantía; d) $ 880.oo, por reajuste de primas de servicio; e) $ 425.oo, por reajuste de vacaciones; y f) $2.928.93, por lucro cesante. Absuelve a la empresa de los demás cargos (ordinal cuarto); y la condena en un 70% de las costas (ordinal quinto).

De la anterior providencia apeló la parte demandada. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia del 21 de junio de 1.961, decidió la relación de apelación, confirmando en su totalidad el fallo de primer grado con costas a cargo del apelante.

La misma parte interpuso el recurso de casación contra el fallo de segundo grado, que le fue concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Acerca de la súplica sobre pago de los descansos legales, que en el juicio es la cuestión jurídica fundamental, el Tribunal hace estas consideraciones:

"En cuanto a la petición referente al pago de descansos dominicales y festivos, tenemos lo siguiente: Como en el presente caso no se trata de un salario fijo, el salario computable para los efectos de la remuneración del descanso obligatorio, es el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta sólamente los días trabajados como lo ordena el art. 176 del C. S..T.. Y como al ex-trabajador demandante se le consideró como empleado a sueldo, caso en el cual se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado, es claro que dejaron de pagársele los domingos y festivos teniendo derecho a que se le pagaran".

LA DEMANDA DE CASACION.

Aspira a que se case parcialmente la sentencia del **ad quem** en cuanto confirmó las condenas de su ordinal primero, literales a), b), c), d) y e), a efecto de que la Corte, en fallo de instancia, revoque el del **a quo** en la condena relacionada, confirmando sus demás disposiciones.

Con fundamento en la causal primera formula dos cargos, que serán examinados a continuación.

Primer Cargo.

Violación del art. 133, en relación con los arts. 22-2, 57-4, 127, 132, 141, 172, 173, 174, 176 y 177 del C.S.T., por errónea interpretación.

Para demostrar el cargo expone el recurrente:

El planteamiento del sentenciador desemboca en estas conclusiones: la de que tanto el sueldo como el jornal constituyen siempre salario fijo; y la de que el art. 176 del Código, en cuanto a la remuneración de los descansos legales cuando el salario es variable, es autónomo.

Replica las conclusiones con estos argumentos: No se puede negar que existen salarios variables que son sueldo, porque no dependen del solo transcurso del tiempo, como el de un trabajador que consista en una base mínima fija y un porcentaje sobre las utilidades de la empresa, ni tampoco que haya salarios fijos resultantes, con exclusividad, del mero trabajo desarrollado por el empleado, como el que obtiene la persona a quien se paga por unidad de obra y que, en razón de su habilidad y experiencia, ejecuta siempre, dentro del mismo lapso, un número igual de unidades. Desde un punto de vista jurídico, debe tomarse razón de que el art. 133 del Código, interpretado erróneamente por la sentencia, no formula la distinción que hace ésta entre salario con el simple carácter de tales, ni menos entre salarios sueldos-fijos o salarios-jornales y salarios-variables.

Si es verdad que las partes, respetando el salario mínimo legal, pueden convertir la remuneración en las diversas modalidades que enunciativamente expresa el art. 132 del C.S.T., de su texto no es lícito deducir las consecuencias que contiene el fallo, porque el propio legislador, en el art. 22, inciso 2 ibídem se encarga de definir el salario, indicando en el art. 127 de la misma obra, los elementos que lo integran. De acuerdo con la definición del salario y sus elementos integradores, la estipulación por días o periodos mayores puede y debe referirse también a la remuneración del servicio, "cualquiera que sea su forma", es decir, "fija u ordinaria", "por porcentajes sobre ventas", "por comisiones", "por participación de utilidades", etc

La argumentación expuesta demuestra: no es cierto que el sueldo y jornal consistan siempre en un salario fijo; tampoco es cierto que el salario variable sea sólamente salario y nunca sueldo ni jornal.

Si todo salario por remuneración del servicio, cualquiera que sea su forma, tiene que ser sueldo o jornal, el variable, que es un salario, no puede ser materia de regulación autónoma, como lo pretende el Tribunal, por-

que es indispensable tomar en cuenta, para la remuneración de los descansos legales, la calidad de sueldo o de jornal que haya podido tener el salario variable de que se trate. En consecuencia, resulta errónea la última de las conclusiones de la sentencia acerca de la manera autónoma, sin correspondencia con las restantes normas que el cargo singulariza, como pretende que opere el art. 176 del Código respecto a la remuneración de dominicales y festivos de trabajadores con salario variable porque esa norma, concordada con aquellas otras, sólo resulta aplicable a los salarios estipulados por días.

Concluye el cargo diciendo que la correcta interpretación de las normas ya citadas, conduce a estas conclusiones: que la sociedad pagó al actor el salario convenido, de acuerdo con lo prescrito en el art. 57-4 del Código; que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo; y que, para la decisión del caso de autos, la norma aplicable es la del 2º. inciso del art. 174 del estatuto laboral.

Segundo cargo.

Violación directa, por aplicación indebida, de los arts. 186, 192, 249, 253 y 306 del C.S.T., en relación con las normas legales que relaciona el primer cargo.

Para sustentarlo dice el acusador:

"En efecto, el ad quem, como consecuencia necesaria de la interpretación errónea de las normas que este cargo singulariza, para cuya demostración me remito a lo ya expuesto en el anterior, ordenó pagar $1.376.13 por diferencia de cesantía, $800.oo por diferencia de primas y $425.oo por reajuste de vacaciones, aplicando en forma indebida los otros textos legales sustantivos acerca de los cuales se predica violación directa, es decir, producida independientemente de toda cuestión de hecho. Evidentemente, si el sentenciador no hubiera incurrido en la interpretación errónea indicada, que constituye en este cargo una infracción medio, habría concluido en la absolución de la parte que represento por los conceptos a que se contrae esta acusación".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. En caso igual al presente, decidido por sentencia del 7 de febrero de 1.964 (juicio de Arturo Iván Sánchez Zapata contra "Sears Roebuck del Caribe"), dijo esta Sala de la Corte:

"1. La palabra "salario" es genérica: comprende la remuneración que el patrono paga por sus servicios al trabajador dependiente, cualquiera que sea su forma (art. 22, inciso 2 del C.S.T.).

"Formas del salario son únicamente dos: por unidad de tiempo o por resultado (art. 132 ibídem). Acorde con la ley, la doctrina de los expositores no conoce sino esas dos.

"El de la primera forma es fijo: se retribuye la duración del trabajo y no el esfuerzo realizado. Para su adquisición basta el solo transcurso del tiempo, que sirve de medida de la remuneración. En el de la segunda, no es el tiempo la medida del salario, sino el resultado de la actividad del trabajador. Modalidades de esta clase es el salario obra o a destajo y por tarea, que a título de ejemplo menciona el art. 132 del Código. Otras especies de esta clase, entre las muchas que pueden citarse, son el salario por comisión y por participación en las utilidades. El hecho de que el valor de la retribución se subordine a la actividad del trabajador, es lo que permite calificar de variable esta categoría salarial.

"Para efectos de la remuneración de los descansos en domingos y otros días festivos, el Código citado toma en cuenta las dos categorías del salario, y al efecto, dispone:

"Como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordinario sencillo; en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado (art. 174).

"Jornal y sueldo son especies del salario fijo o por unidad de tiempo, pero sólo respecto de la segunda el mandato legal preceptúa que el pago del sueldo comprende el de los descansos. El trabajador a jornal, al tenor de la disposición, debe recibir con el salario, si presta el servicio en los términos que indica el art. 173, inciso 1, el correspondiente al descanso dominical, como el de los demás días festivos, sin los requisitos a que se refiere el citado precepto, de acuerdo con lo previsto en el art. 177, inciso 2.

"Para la remuneración del descanso en todos los tipos de remuneraciones variables, el art. 176 señala cuál es el salario computable.

"Congruente con el anterior precepto es el del art. 141. Según sus términos, sólo en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, pueden estipularse salarios básicos fijos, para solucionar, entre otras obligaciones, el descanso dominical, en los casos en que la remuneración sea fija.

"No se requieren mayores esfuerzos de dialéctica para demostrar que el salario a comisión es tipo de remuneraciòn variable. A la mente se presenta con todos los atributos de una verdad evidente. Así lo patentiza en el asunto litigioso la inspecciòn judicial. Relaciona ésta el salario devengado por el trabajador semanalmente, y aunque en muchas es igual, en otras es diferente.

"2. La acusación dicè que no es cierto que el sueldo y jornal consistan siempre en salario fijo, como tampoco lo es que el variable sea solo salario y nunca sueldo ni jornal. Sienta esa premisa para extraer la conclusión de que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo.

"Ninguna de las dos afirmaciones es exacta.

"El sueldo y el jornal son tipos de salarios fijos. Así se desprende claramente de la definición de los dos vocablos, contenida en el art. 133. Los días y los períodos mayores de días, expresiones de que se vale el precepto para definir el salario a jornal y a base de sueldo, son fracciones de tiempo. Reafirma el concepto el art. 134, inciso 1, al señalar el periodo de pago en las dos modalidades de la remuneración; para jornales no deben exceder de una semana y para sueldos de un mes. Precisado el concepto de sueldo y el de jornal, con base en la ley, no cabe dentro de la noción de uno y otro vocablo, la opinión de que la comisión sobre ventas, forma de salario pactada por los litigantes, "aunque variable", fue un sueldo. "Fijo", según el diccionario de la lengua, significa permanentemente establecido sobre reglas determinadas, y no expuesto a movimiento o alteración"; la palabra "variable" según la misma fuente, significa: "inestable, inconstante y mudable". Es patente la antítesis entre las dos dicciones. Si el sueldo es asignación variable, y si los dos conceptos, en buen romance son distintos, no puede la comisión ser a la vez salario fijo y salario variable. Como se ve, la tesis de la impugnación resulta contradictoria.

"Las partes, en uso de la facultad que les otorga el art. 132, pueden acordar cualquiera de las dos clases de remuneración, o combinar el salario por unidad de tiempo con una cualquiera de las modalidades del variable. Lo que sí no les está permitido es escoger el variable, denominándolo sueldo, tipo de asignación fija, para colocar la estipulación bajo el imperio del art. 174, inciso 2 del Código del Trabajo, como lo pretende la acusación. Un pacto de tal clase vulnera el derecho del trabajador a los descansos legales, contrario a lo previsto en el art. 43 de ese Código, en pugna también con el principio de su art. 13. Uno y otro, para el caso en examen, son restricciones a la libertad contractual.

"3. Para el acusador no hay sino un solo tipo de salario: sueldo y jornal. De manera que -arguye- siendo salario el variable, no puede operar de manera autónoma, para efectos de la remuneración de los descansos legales, el art. 176, sino en concordancia con los demás de que hace mérito. Concreta la aplicación del citado precepto, al caso de salarios variables estipulados por días.

"La Sala observa que el jornal y el sueldo son especies del salario por unidad de tiempo, como se dijo y explicó en pasajes anteriores de esta providencia. También se dejó esclarecido que el Código del Trabajo (art. 132) enuncia el salario por unidad de tiempo como categoría distinta de las demás que menciona (por obra o a destajo o por tarea). Separa, como también se apuntó, para los fines de la remuneración de los descansos, las dos clases, sometiendo la variable al régimen del art. 176. No era, pues, del caso aplicar regla distinta de la mencionada. Que ella solo opere respecto de salarios variables estipulados por días, es argumento inaceptable, primero porque esa modalidad no es variable sino fija, y segundo, porque respecto de ella, la disposición pertinente es la del art. 74, inciso 1 del estatuto laboral".

La misma doctrina contenida en la providencia anterior sostuvo la Corporaciòn en la de fecha 30 de enero pasado. (Juicio de Fabio Duque contra Sears Roebuck S. A).

Con apoyo en las consideraciones expuestas por la Sala en el primero de los fallos citados, desecha el primer cargo.

2. En relación con el segundo cargo, observa la Sala:

Acogida la petición de la demanda inicial sobre pago de los descansos legales, cuyo importe es parte integrante del salario de acuerdo con lo dispuesto por el art. 127 del C.S.T., era forzoso imputarlo al valor de la remuneración para liquidar la cesantía, vacaciones y primas de servicio. Por consiguiente, la condena al reajuste de las prestaciones relacionadas fue una consecuencia de la decisión que reconoció el derecho a la retribución de los descansos, por lo cual, desechado el primer cargo, cuyo objeto era la quiebra de la sentencia por haber accedido a dicho reconocimiento, el que se examina, por sustracción de materia, resulta también infundado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. -Roberto de Zubiría C.- Luis Fernando Paredes. -José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECURSO DE HOMOLOGACION. NATURALEZA Y FUENTES DEL ARBITRAJE SEGUN SUS DISTINTAS ESPECIES. EL COMPROMISO Y LA CLAUSULA COMPROMISORIA. PODERES Y LIMITACIONES DE LOS ARBITROS. CONTRATO DE TRABAJO Y PLAZO PRESUNTIVO. TRIBUNALES O COMISIONES PERMANENTES DE CONCILIACION Y ARBITRAJE.

1. Importante papel de las asociaciones profesionales de trabajadores y Patronos en la vida económico social de los pueblos. La tutela intervencionista y la libertad colectiva de las asociaciones obrero patronales. 2. Conciliación obligatoria y arbitraje voluntario. Arbitraje obligatorio en los conflictos que afectan los servicios públicos. 3. Naturaleza y efectos jurídicos del laudo arbitral según decidida cuestiones de índole económica o de índole jurídica. Control judicial del laudo mediante el recurso de homologación. Amplitud de las facultades del árbitro que decide cuestiones de naturaleza económica. En los conflictos en que se discuten cuestiones de derecho, el árbitro no tiene otro poder que el de aplicar el derecho tal cual es. 4. Papel que desempeña el plazo presuntivo en el contratc de trabajo. Nulidad del laudo en cuanto dispuso que la Empresa no podrá invocar el plazo presuntivo como causa de terminación del contrato. 5. El proceso arbitral y la libertad de las partes. Semejanzas y diferencias entre el compromiso y la cláusula compromisoria. Tanto el uno como la otra presuponen un acuerdo fundamental entre las partes y tienen, por lo mismo, los caracteres de un contrato con objeto y contenido no solo procesales, sino también capaces de afectar el régimen de ejercicio de las acciones en sentido sustancial y la suerte de las mismas. Requisitos legales de forma y de contenido del compromiso y la cláusula compromisoria. Es equivocada la interpretación que pretende ver en el Decreto 2017 de 1.952 la posibilidad de considerar al laudo arbitral como fuente del arbitraje. Los árbitros no pueden sustituír a las partes en conflicto a efectos de deferir al arbitraje permanente la solución de las controversias que entre ellas puedan presentarse. El arbitraje obligatorio tampoco puede tener origen en el compromiso o la cláusula compromisoria, que suponen un acuerdo de las partes; nace del poder coercitivo del Estado, que impone el sistema a través de la ley. Por otra parte, el arbitraje obligatorio no tiene vigencia indefinida sino temporal y aplicación específica para un determinado caso.

1. El Derecho del trabajo moderno busca la armonización del derecho individual con el colectivo. Es un derecho de integración. Cumple ese propósito, principalmente, a través del derecho colectivo que propicia y permite la colaboración de las asociaciones profesionales de ambos lados —trabajadores y patronos—, a quienes corresponde desempeñar un importante papel en la vida económico-social de los pueblos y cuya existencia garantizan las propias Constituciones, como lo hace la de nuestro país. Esa colaboración se patentiza, primordialmente, mediante la negociación, en común, de las condiciones de trabajo que deben regir para determinada profesión o industria, por medio de las convenciones colectivas. Se ha conseguido, así, que la reglamentación del trabajo no sea totalmente obra del Estado, sino que pase en gran parte a manos de los directamente interesados, quienes a través de la contratación colectiva llegan hasta sustituír la legislación preexistente. La tutela intervencionista alterna, de esta manera, con la libertad colectiva de las asociaciones obrero patronales, cuyo objetivo principal consiste en la defensa de sus intereses. En esta forma, los conflictos colectivos deben resolverse, y se resuelven en primer término, dentro de la esfera de la automìa que la propia ley reconoce a las asociaciones. Las partes actúan dentro del amplio campo de las relaciones contractuales, con libertad de disposición, sin más límites que todo aquello que pueda afectar

normas imperativas de jerarquía superior, como son las que se refieren al orden público y a las buenas costumbres.

2. Si la oposición de intereses económicos y profesionales entre los trabajadores de un establecimiento o empresa y sus patronos no puede resolverse mediante el acuerdo directo de los contendientes, la legislaciòn del trabajo prevé y organiza formas de ayuda para conseguir el acuerdo, a través de la mediación y el arbitraje.

En el campo del derecho laboral el juicio arbitral se ha generalizado para buscar solución a los conflictos colectivos. El regimen legislativo correspondiente (C. S. T.), prefiere el sistema de la conciliación obligatoria y del arbitraje voluntario. El arbitraje obligatorio no se aplica a cualquier conflicto colectivo del trabajo. Lo reserva la ley para aquellos casos en que el conflicto, de no solucionarse, puede afectar actividades vitales que exceden el ámbito de los directamente interesados, perjudicar círculos más amplios de la población y poner en peligro la seguridad interior o exterior, la salud u otros bienes de la colectividad, tal como ocurre cuando el desacuerdo se presenta entre partes que tienen a su cargo la ejecución de actividades consideradas como de servicio público. Al respecto, el artículo 452 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone:

"1o. Los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos, y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación, serán sometidos al arbitramento obligatorio.

"2o. Los conflictos colectivos en otras empresas o establecimientos pueden ser sometidos al arbitramento, por acuerdo de las partes".

3. La naturaleza de las cuestiones que dan origen a los conflictos colectivos de trabajo, pueden ser de índole económica y también jurídica o de derechos, como se admite por la doctrina y la jurisprudencia. Tampoco se controvierte hoy que el juez del conflicto colectivo de naturaleza económica, tiene capacidad para decidir el de carácter jurídico. Sin embargo, debe establecerse distinción en uno u otro caso respecto a la naturaleza y efectos jurídicos del laudo arbitral. Si resuelve cuestiones de índole económica o de intereses, el laudo además de poner fin al conflicto, tendrá la naturaleza de un acto creador, normativo, puesto que no habiendose estatuído derecho alguno con anterioridad al conflicto, por él se prescriben reglas de conducta continua para las partes, encaminadas a fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, razón por la cual, en cuanto a esta materia, tiene el carácter de convención colectiva. (Artículo 461 del C. S. T.).

Si por el contrario el laudo resuelve cuestiones de índole jurídica, la naturaleza del mismo, al igual de lo que ocurre con el proferido en un conflicto individual, es la que corresponde a un acto jurisprudencial, en que el Juez ha de decidir conforme a la ley, y hacer lo que ésta le manda que haga. En estos casos, el mérito del laudo hará tránsito a cosa juzgada y sólo será susceptible del recurso de homologación. (Artículo 140 del C. de P. L.).

De igual manera, los límites del poder arbitral también difieren, según sea la naturaleza de las cuestiones en conflicto. Tanto en el arbitraje obligatorio como en el voluntario (art. 455 del C. S. T.) las restricciones a las facultades de los árbitros están contenidas en el artìculo 458 ibídem, en armonía con lo estatuído por los artículos 142 y 143 del Código Procesal del Trabajo.

Dice el artículo 458 del C. S. T.:

"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".

El artículo 142 del C. de P. L., dice, en lo pertinente:

"Si el laudo se ajustare a los términos del compromiso o de las cláusulas compromisorias y no afectare derechos o facultades reconocidos por la Constitución, por las leyes, o por las normas convencionales a cualquiera

de las partes, el Tribunal lo homologará. En caso contrario, lo anulará y dictará la providencia que lo reemplace. Contra estas decisiones del Tribunal Seccional no habrá recurso alguno".

En las normas que se dejan transcritas, ha establecido la ley un control judicial de forma y de fondo para el laudo, mediante el recurso de homologación que se interponga para ante la Corte o el Tribunal Superior respectivo, según se trate de arbitraje obligatorio o voluntario.

Además el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo al regular el recurso de homologación en el arbitraje obligatorio, dispone lo siguiente:

"La Corte "verificará la regularidad del laudo y lo declarará exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si el Tribunal de arbitramento no hubiera extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en el caso contrario".

Según jurisprudencia de esta Sala de la Corte y del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, esta norma establece un control judicial de forma, respecto al laudo que decide cuestiones de naturaleza puramente económica y ha aceptado que, para estos casos, las facultades de los árbitros sólo están limitadas por el petitum (pliego de peticiones), sin màs restricciones que los dictados de la equidad. La juridicidad de tal criterio interpretativo se afianza en la doctrina que distingue en la posición del árbitro modalidades distintas de las del arbitrador, lo que es evidente si se considera que en las cuestiones de naturaleza económica o de intereses, generalmente no hay "derechos" estatuídos con anterioridad al conflicto, que surge precisamente, con la finalidad de conseguir una reglamentación al respecto. Si fracasa la autocomposición, el árbitro sustituye a las partes y crea la norma reguladora para solucionar los intereses en conflicto. El juez arbitral, en tales casos, no tendrá el problema de la búsqueda y la elección de la norma jurídica. Se atendrá a la equidad y la aplicará como justicia en el caso singular, encontrando en sí mismo, sin concurso extraño, los presupuestos sustanciales en qué inspirar su pronunciamiento. Debe recordarse, sin embargo, que en los juicios según equidad, los árbitros tampoco pueden prescindir de observar las normas jurídicas fundamentales que tengan carácter imperativo, o sean consideradas como indeclinables garantías de justicia desde el punto de vista del orden o del interés público. En cambio, en los conflictos en que se discuten cuestiones de derecho, el árbitro no ha de comportarse como un amigable componedor y no tiene otro poder que el de aplicar el derecho tal cual es.

4. El pliego de peticiones presentado por el Sindicato a la Empresa, solicitó se elimitara el plazo presuntivo como modo para la terminación legal de los contratos. El laudo, sobre este particular, accedió a lo pedido y dispuso que la Empresa no podrá invocar la terminación del plazo presuntivo como causa para terminar el contrato de trabajo.

El artículo 47 del C. S. T. preceptúa que los contratos cuya duración no haya sido expresamente estipulada o no resulte de la naturaleza de la obra o servicio que debe ejecutarse, se presume celebrados por términos sucesivos de seis en seis meses. A su vez el artículo 49 de la misma obra, prevé la prórroga del contrato de trabajo. Por su parte, el artículo 61 ibídem, literal a), dispone que el contrato de trabajo termina: "por expiración del plazo pactado o presuntivo".

Dice el impugnador que el laudo viola las citadas disposiciones legales, contrariándose así lo dispuesto por el artículo 458 del C. S. T., que señala el límite de los poderes de los árbitros. Sobre el punto en examen, esta Sala de la Corte ha expresado su criterio en varias oportunidades al revisar los laudos proferidos en arbitraje obligatorio en que se ha discutido el mismo problema.

Asi, en fallo de fecha 27 de enero de 1.961, que corre publicado en la Gaceta Judicial, Tomo XCIV, se lee lo siguiente en la página 738:

"Para la Corte no hay duda de que los artículos 47 y 49 del Código en cita, sobre plazo presuntivo, instituye derechos en favor del patrono y del trabajador. Por norma de derecho, en sentido material y objetivo, se entiende la que tiene por objeto crear, modifi-

car o extinguir relaciones jurídicas. Y el papel que desenpeña 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 C. S. T.".

La misma providencia, luego de hacer 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, para demostrar la oposición palmaria existente entre la ley y el fallo recurrido, agrega lo siguiente:

"Se cumple, pues, en el presente caso, los presupuestos necesarios para que no reciban homologación las decisiones del laudo a la 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 la renovación períodica, previo el lleno de ciertas condiciones, no puede el árbitro, sin desconocer el artículo 458 del Código del Trabajo, suprimir los medios establecidos por aquél para que la relación termine".

Está justificado el cargo y, por lo tanto, no podrá homologarse lo dispuesto por el laudo en este punto.

5. En el derecho del trabajo, al igual de lo que ocurre en el campo civil, el arbitramento voluntario puede tomar origen del compromiso o de la cláusula compromisoria.

La elección o recurso del proceso arbitral que induce a un pronunciamiento de contenido vario (según derecho o según equidad), se remite siempre, excepto en el arbitraje obligatorio, a la libre voluntad de las partes, en los límites de la disponibilidad a ellas reconocida y en el preciso ámbito en que esa voluntad se haya manifestado, pues la determinación de la materia del litigio está reservada a las partes y constituye un límite al juicio de los árbitros.

De la misma forma, la estipulación del compromiso o de la cláusula compromisoria que dan origen al arbitramento, sólo pueden ser útilmente concluídas por los sujetos activa y pasivamente legitimados en orden a la acción, a quienes corresponde luégo la calidad de partes del juicio arbitral, en sentido sustancial, legitimadas para estar en él y con capacidad para comprometer.

El Código Procesal del Trabajo acepta la relación de arbitramento surgida del compromiso, al disponer en su artículo 130: "Los patronos y los trabajadores podrán estipular que las controversias que surjan entre ellos por razón de sus relaciones de trabajo sean dirimidas por arbitradores".

El arbitraje originado en la cláusula compromisoria lo permite el mismo Código, al establecer en el artículo 131, lo siguiente: "La cláusula compromisoria deberá hacerse constar siempre por escrito, bien en el contrato individual, en el contrato sindical, en la convención colectiva, o en cualquier otro documento otorgado posteriormente".

La ley 2a. de 1.938, en su artículo 1o., reconoce validez a la cláusula compromisoria en los contratos celebrados por personas capaces de transigir. La misma norma dice que se entiende por cláusula compromisoria aquella por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir, o algunas de ellas".

De acuerdo con la definición legal, la cláusula compromisoria aparece, a su vez, como un acto accesorio a otro contrato o relación principal de derecho sustancial, con que las partes convienen en encomendar, desde ahora y para más adelante, a una o más personas (árbitros) el encargo de decidir las diferencias que puedan surgir entre ellas. Por el compromiso, las partes encomienda a árbitros el encargo de decidir determinadas controversias surgidas entre las mismas. Síguese de lo dicho, que tanto el compromiso como la cláusula compromisoria se concluye inter partes, el primero para una controversia actual, la segunda para una controversia futura, que no se determina todavía, sino que es determinable en orden a la relación o contrato principal. Por lo demás los efectos que nace del compromiso y de la cláusula compromisoria son análogos, al punto de que las normas contenidas en el Código Procesal del Trabajo, referentes al nombramiento de los árbitros, al procedimiento a la sen-

tencia arbitral y a las impugnaciones, se refieren ya al arbitraje que nace del compromiso, ya al arbitraje que nace de la cláusula compromisoria.

Lo anterior no significa que el acuerdo contenido en el compromiso o en la cláusula compromisoria, deba ser siempre concluído personalmente por los comprometentes. Lo ordinario es que éstos obren en nombre propio siendo plenamente capaces. Si son personas físicas incapaces, deberán ser representadas por quien tenga su representación legal. Las personas jurídicas, lo harán por conducto de sus órganos representativos de acuerdo con la ley o sus estatutos o reglamentos. Puede, finalmente ser concluído el compromiso o la cláusula compromisoria, en nombre y por cuenta ajena, por mandatarios nombrados y provistos de representación.

Si se atiende a la naturaleza y estructura del compromiso y de la cláusula compromisoria actos jurídicos que, como se ha visto, presuponen un acuerdo fundamental entre las partes, no puede negarse que tienen los caracteres de un contrato con objeto y contenido no sólo procesales, sino también capaces de afectar al régimen de ejercicio de las acciones en sentido sustancial y a la suerte de las mismas, opinión que encuentra apoyo seguro e indudable en el propio texto de los Códigos Procesal Civil y Procesal Laboral en la parte dedicada a regular el arbitramento, y en lo preceptuado por el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1.938, que reconoce validez a la cláusula compromisoria.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, tanto para el compromiso como para la cláusula compromisoria, la ley exige requisitos que miran no sólo al contenido sino también a la forma del acto. Estos son de carácter extrínseco; aquéllos son intrínsecos y consisten en los elementos estructurales del contrato (acuerdo de hacer dicidir, objeto de la controversia, conferimiento del encargo, nombramiento inmediato o mediato de los árbitros, etc.). En cuanto a la forma del acto, la exigencia legal impone que el compromiso debe hacerse por escrito (artículo 1216 del C. J.); también debe constar por escrito la cláusula compromisoria (art. 131 del C. de P. Laboral).

Al disponer la Ley que la cláusula compromisoria deberá constar siempre por escrito en cualquiera de los actos jurídicos mencionados por los artículos 131 del Código Procesal del Trabajo y 1o. del Decreto No 2017 de 1.952, simplemente está indicando, que el contrato individual, el contrato sindical, la convención colectiva, el "pacto colectivo" o "cualquier otro documento otorgado posteriormente", constituyen modos adecuados, para hacer constar, en su forma extrínseca, la manifestación de voluntad de las partes que acuerden hacer decidir por medio de árbitros las diferencias que puedan surgir de un contrato celebrado por ellas.

El Decreto No 2017 de 1.952 menciona el "fallo arbitral" al referirse a la forma de constitución de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje de que trata ese estatuto, por lo cual algunos pretenden ver en ello la posibilidad de tener el laudo como fuente del arbitraje. Semejante interpretación es equivocada, si se tiene en cuenta la naturaleza y estructura del arbitramento voluntario y se atiende a los diversos actos jurídicos de que resulta. Antes se vio que el arbitraje voluntario se origina de un acuerdo entre las partes. La designación y el encargo conferido a los árbitros es también acto de las partes, que depende y presupone necesariamente un anterior acuerdo compromisorio entre las mismas (compromiso, cláusula compromisoria). Los árbitros al proferir el laudo no pueden sustituír a las partes en conflicto para efectos de deferir al arbitraje permanente la solución de las controversias que entre ellas puedan presentarse. Los árbitros son jueces del litigio y no las partes del mismo.

Si el acuerdo en el compromiso o en la cláusula compromisoria, tiene una eficacia jurídica desde el mismo instante en que se produce la manifestación final de una voluntad concorde, unificada, no se ve cláramente como puedan equiparársele disposiciones de otra procedencia, así sea que provengan de una decisión arbitral, pues los árbitros no tienen la titularidad y disponibilidad de los derechos, de las acciones o de las pretensiones que constituyen el objeto del compromiso o de la cláusala compromisoria. Además, sólo las

partes podían eficazmente transigir. Por tanto, la referencia del estatuto que se comenta no permite, jurídica ni legalmente, aceptar la constitución de Tribunales, o Comisiones de Arbitramento utilizando el laudo arbitral como modo o instrumento idóneo para ello.

Por otro aspecto si la Ley del Trabajo (C.S.T.) prevé para ciertos conflictos colectivos un arbitraje que resulta obligatorio, debe tenerse en cuenta que la obligación de deferir la decisión a los árbitros forma también parte de la ley y no de una cláusula libremente pactada por los contratantes. De esta suerte, como es obvio, el arbitraje "obligatorio" no puede tener origen en ninguno de los actos anteriores (compromiso, cláusula compromisoria), que suponen un acuerdo de las partes. Nace, simplemente, del poder coercitivo del Estado que impone el sistema a través de la norma positiva, para casos especiales y como único camino para obtener una determinada providencia capaz de solucionar el conflicto. (Art. 452 del C. S. T., numeral 1o.).

Además, siendo el arbitraje obligatorio un medio o elemento idóneo para superar y allanar, en casos provistos por la ley, la oposición de intereses entre los patronos y trabajadores, debe concluírse que no se le puede considerar con permanencia indefinida en el tiempo, sino como instrumento que tiene aplicación para cada conflicto colectivo que llegue a presentarse, y por tanto, de vigencia temporal y aplicación específica para un determinado caso.

Resulta de lo anterior que los organismos arbitrales permanentes, cuya creación prevé el artículo 139 del C. de P. L.; sólo pueden ser producto del acuerdo de las partes que celebren una Convención Colectiva, acto en el cual deberá hacerse constar la estipulación respectiva que asume, de esta forma, la característica de una cláusula compromisoria, accesoria al contrato principal.

En apoyo de lo que se deja dicho, la Sala estima conveniente referirse en esta ocasión a lo que tuvo oportunidad de expresar, sobre el punto que se examina, en sentencia de fecha 28 de octubre de 1.960 (Juicio de Luis A. Hidalgo contra la Asociación Nacional de Navieros, Gaceta Judicial, XCIII, 963) cuando dijo:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigésima primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declaró impotente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según el artículo 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su artículo 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes les puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el artículo 1o. del Decreto 2017 de 1.952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas".

La jurisprudencia anterior fue reiterada por esta Sala en fallos posteriores, y se amplió más en sentencia de fecha 11 de octubre de 1.961, que decidió el recurso de casación interpuesto en el juicio ordinario laboral promovido por Diógenes Urquijo contra la Asociación Nacional de Navieros. En esta oportunidad expresó lo siguiente:

"El Decreto Legislativo 2017 de 1.952 (art. 1°.) no establece la cláusula compromisoria, origen de la jurisdicción arbitral. La norma se limita a disponer que es de la competencia privativa de esa jurisdicción la decisión de los conflictos entre las partes, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral.

"Entiende, pues, la disposición que las leyes vigentes a la época de su expedición, permiten estipular la cláusula compromisoria en convención, pacto o fallo arbitral. Ello es así, porque el adjetivo "respectiva" se usa para indicar persona o cosa antes determinada. Y ocurre que la legislación anterior al decreto referente al arbitraje voluntario (artículos 130 a 143 del C. P. L.) que sólo tiene cabida para la decisión de conflictos jurídicos, no incluye el pacto y el fallo arbitral como fuente del arbitraje permanente, sino únicamente la convención colectiva (art. 139). Es más amplio el mencionado estatuto en cuanto al arbitraje transitorio u ocasional, pues permite pactar la cláusula compromisoria en el contrato individual, el sindical, la convención colectiva y cualquier otro documento otorgado posteriormente. Pero en las dos modalidades del arbitramento en el derecho del trabajo -transitorio o permanente- está excluído el fallo arbitral como origen de la cláusula en referencia.

"Es de simple lógica que si para la decisión de conflictos jurìdicos el arbitraje es voluntario, deja de serlo si a las partes se lo puede imponer un laudo arbitral. Reafirma, pues, la Sala el concepto que sobre el punto impuso en la sentencia del 28 de octubre de 1.960 y las posteriores a esa fecha que la han reiterado".

Las anteriores consideraciones de índole jurídica y legal, aplicadas al caso sub judice, permiten a la Sala llegar a la conclusión de que es violatorio de la ley, por afectar derechos o facultades de las partes, lo dispuesto en el punto segundo del laudo, por medio del cual se crea, con carácter permanente, una Comisión de Conciliación y Arbitraje, se dispone sobre su constitución, se le señala competencia para conocer de todos los conflictos que se susciten entre la entidad patronal y sus trabajadores, relacionados directa o indirectamente con el contrato de trabajo, se indica el procedimiento a seguir para resolver las controversias que se presenten, y se establece como medio de impugnación respecto a las decisiones de carácter jurídico, el recurso de homologación para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

En efecto, no puede remitirse a duda que el contenido de la citada disposición arbitral, entraña una cuestión eminentemente jurídica, por cuya razón los arbitros estaban obligados a atemperar su decisión a los mandatos de la ley y a proceder de conformidad con ella. El Tribunal arbitral no procedió así, al resolver el punto en examen, pues, según lo preceptuado en los artículos 452 del Código Sustantivo del Trabajo, 131 del Código Procesal Laboral y 1o. de la ley 2a. de 1.938 el arbitramento voluntario que se origina en la cláusula compromisoria, tiene como fundamento el acuerdo de las partes.

Y en definitiva, ese acuerdo no se produjo entre las partes del conflicto colectivo de que trata este proceso.

La decisión contenida en el punto segundo del laudo, al imponer al "Instituto" y a sus trabajadores afiliados al sindicato, que sea una comisión permanente de Conciliación y Arbitraje la que debe conocer de todos los conflictos que dentro de ellos se susciten, viola lo preceptuado por el artículo 2o. del C. P. L. que atribuye a la jurisdicción del trabajo la decisión de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo, y viola también, por contrariarlo, el precepto del artículo 139 del mismo Código Procesal, al establecer una Comisión de Arbitraje permanente, por un acto jurídico distinto a la Convención Colectiva de trabajo.

Lo expuesto acerca de la resolución recaída al punto segundo del Pliego, lleva a la conclusión de que ella no es exequible en cuanto asigna funciones y atribuye facultades de Tribunal de Arbitramento a la Comisión que allí se crea, regula el procedimiento y establece medios de impugnación contra las decisiones de la misma.

Así, declarada la nulidad de lo que resulta contrario a la ley, la disposición contenida en el punto segundo del laudo quedan despojadas de los vicios que la afectan, manteniéndose la subsistencia de la Comisión a fin de que pueda intervenir en aquellas otras materias "cuyo conocimiento se le atribuye" conforme a lo dispuesto en los puntos 4o., 6o., 11o., 14o. y 15o. del mismo laudo.

La Sala estima que las funciones y atribuciones que se asignan por estas disposiciones a la Comisión, no contrarían la ley, ni exceden los límites del poder arbitral en materia de naturaleza economico-social, como es la que corresponde a la que por ellas se regula.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. diez y seis de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

El Gerente del Instituto de Fomento Algodonero, por medio de apoderado y en la oportunidad legal interpuso el recurso de Homologación contra el laudo de fecha 11 de diciembre de 1.963, proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento, convocado por el Ministerio del Trabajo mediante Resolución número 1786 de 11 de septiembre de 1.963, para dirimir el "conflicto colectivo de trabajo" existente entre el Sindicato de Trabajadores del Instituto de Fomento Algodonero (SITIFA) y el mencionado Instituto.

Por ello, corresponde a esta Sala de la Corte revisar dicho laudo y procede a cumplir su cometido, previas las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES.

El Sindicato de Trabajadores del Instituto de Fomento Algodonero (SITIFA), con autorización recibida de la Asamblea General de afiliados, verificada el 4 de agosto de 1.962, en representación de los mismos y con base en lo preceptuado por el art. 357 del C. S. T., en el mes de noviembre de dicho año presentó a la consideración del Gerente del mencionado Instituto, el pliego de peticiones que obra de folios 54 a 61 del cuaderno número 2, consistente en trece puntos y destinado a promover la celebración de una convención colectiva, reguladora de las relaciones laborales entre el Instituto y sus trabajadores.

No fué posible que las partes acordaran soluciones definitivas y satisfactorias en la etapa de arreglo directo. En la conciliación, tampoco se pudo resolver el diferendo ni se logró el acuerdo entre las mismas por las razones consignadas en el acta suscrita por los conciliadores, documento que obra al folio 11 del cuaderno número 1.

En vista de lo narrado anteriormente, el Ministerio del Trabajo, por medio de la resolución número 1786 ya citada, ordenó la constitución de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para decidir el conflicto, el cuál quedó integrado por los doctores Francisco Yesid Triana, Gonzalo Vargas Rubiano y Luis Francisco Cuervo, como árbitros designados, en su orden, por el Sindicato, el Instituto y el Gobierno Nacional, según aparece de la Resolusión Número 2286, de fecha 15 de noviembre de 1.963, originaria de dicho Ministerio.

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 obtener un mayor conocimiento de causa, profirió el laudo decisorio del conflicto con fecha 11 de diciembre de 1.963. El árbitro designado por la empresa salvó su voto, por no estar conforme con la resolución de aumento de salarios, en atención a la grave situación financiera del Instituto; también discrepó en cuanto al término señalado para la vigencia del laudo, pues, estimó que el Tribunal debió conceder el plazó máximo permitido por la ley.

EL RECURSO.

El apoderado de la Empresa, en escrito sustentatorio del recurso interpuesto, precisa el objeto de la impugnación, limitándola, exclusivamente, a las decisiones contenidas en el Punto Segundo del laudo, que dispone la creación, con carácter permanente, de una Comisión de Conciliación y Arbitraje, para conocer de todos los conflictos que se susciten entre el Instituto y los trabajadores, y a lo dispuesto en el Parágrafo del artículo Tercero, que prohibe al Instituto, invocar la expiración del plazo presuntivo para la terminación del contrato de trabajo.

Después de transcribir las disposiciones impugnadas, manifiesta que la constitución de un Tribunal de Arbitramento, viola el artículo 26 de la Carta, y que al disponer que la Comisión, "conocerá de todos los conflictos que se susciten entre el Instituto y sus trabajadores,

relacionados directa o indirectamente con el contrato de trabajo y de aquellas materias cuyo conocimiento se le atribuye en este laudo", está obligando al Instituto a someterse a la jurisdicción de jueces que no son competentes porque esa competencia está descrita, en forma exclusiva a los jueces de la jurisdicción laboral, por mandato del artículo segundo del Código Procesal del Trabajo.

Dice, que tanto en materia civil como laboral, las partes que celebren un contrato y específicamente el contrato de trabajo, pueden acordar mediante conpromiso o también por cláusula compromisoria que las diferencias surgidas o que surjan como motivo del mismo, sean decididas por un Tribunal de Arbitramento. Sin embargo, agrega, esa facultad que la ley les otorga, además de estar sujeta en su ejercicio a la solemnidad específica de que conste por escrito, "no puede en ningún caso salirse del campo sagrado de la autonomía de las personas".

Manifiesta qne si los árbitros quedan investidos de jurisdicción privativa, derogándose, por decirlo así, la jurisdicción ordinaria que crea la Constitución Nacional (art. 58), para que se realice válidamente ese fenómeno de tan indudable importancia, es necesario se atienda a las condiciones propias para su creación previstas en la ley, pues ésta es la que los inviste de aquella, mediante la realización de ciertos supuestos necesarios que están definidos, en materia laboral, por los artículos 130, 131, 132 del C. de P. L. Reproduce luego el texto del artículo 131 y añade que, esta norma, no menciona en parte alguna el Laudo Arbitral como fuente válida del compromiso, por lo que no se dan en tal evento, los supuestos esenciales para que por mandato de la ley se invista válida y excepcionalmente a un particular de la facultad jurisdiccional. Dice que el hecho de que no figure como fuente válida de la cláusula compromisoria el Laudo Arbitral, no se debe a olvido o yerro del legislador, sino que es consecuencia de la naturaleza jurídica de tal cláusula. En apoyo de lo anterior, transcribe jurisprudencia de esta Sala de la Corte, contenida en la sentencia de casación, de fecha 28 de octubre de 1.960.

Se refiere luego a lo dispuestó en el artículo 1o. del Decreto 2017 de 1.952, y dice que algunos han creído ver en esa norma que el legislador amplió la fuente de la cláusula compromisoria, adicionándola con el **pacto o fallo arbitral** antes no mencionado como origen de aquella. Con apoyo en la citada jurisprudencia de esta Sala de la Corte, niega que pueda producirse tal fenómeno y agrega que esa interpretación podria aceptarse únicamente respecto al laudo proferido en el arbitraje voluntario, en donde puede verse que hay un pirncipio, si nò inmediato, por lo menos mediato de voluntariedad. Termina diciendo que el punto Segundo del laudo viola, además del art. 26 de la Constitución Nacional, el artículo 2o. del Código del Procedimiento del Trabajo, en cuanto, sin facultad legal, deroga la jurisdicción ordinaria laboral para adscribirla a un Tribunal especial de arbitramento.

En la segunda parte de su alegato, se refiere el impugnador a lo dispuesto en el parágrafo del punto Tercero del laudo. Dice que esa resolución viola la ley, al contrariar ostensiblemente lo dispuesto en el ordinal a) del art. 61 del C. S. T., en relación con el art. 47 ibidem. Que la prohibición al Instituto para que aplique la ley, es inmoral y atentatoria contra la organización jurídica del país.

Examen de la demanda:

Se vió antes que el desacuerdo entre las partes que condujo al Arbitraje obligatorio comprendió la totalidad del pliego de peticiones, y que la inconformidad del Instituto con la decisión arbitral se contrae únicamente a dos aspectos: el relativo a la creación de una Comisiòn de Conciliación y Arbitraje, con carácter permanente, y, a la prohibición que se establece para el Instituto de terminar los contratos de trabajo por extinción del plazo presuntivo de los mismos. Según el pliego de peticiones lo solicitado al respecto por los trabajadores fue lo siguiente:

Punto Primero. Estabilidad.

El IFA eliminará de los contratos de trabajo suscritos con el personal sindicalizado, la cláusula de reserva y el período presuntivo".

"Punto Segundo. Ingerencia del Sindicato.

El IFA creará un Comité de Relaciones Industriales y otros de Valuación, compuesto por tres (3) miembros designados así: uno por parte de la Empresa, otro por parte del Sindica-

to y un tercero elegido de común acuerdo entre los anteriores. Si no hay acuerdo, el tercero lo nombrará el Ministerio del Trabajo.

"Estos Comités conocerán, en consecuencia, de todos los problemas de carácter laboral que afecten a los trabajadores y sus decisiones, tomadas por mayoría, serán obligatorias para las partes. Contra ellas cabe el recurso de apelación ante el Tribunal Seccional del Trabajo.

"Estos Comités se reunirán como mínimo una vez por semana y las veces que los casos las requieran para las soluciones inmediatas.

"Las funciones del Comité de Valuación serán independientes de las del Comité de Relaciones Industriales y se limitarán a analizar lo relacionado con escalafón.

"Los miembros de los Comités tendrán suplentes nombrados de la misma manera que los principales y, de todas maneras, los delegados por el Sindicato actuarán ad-referendum ante la Junta Directiva".

Para fundamentar la decisión el Tribunal expresó, lo siguiente:

"1. **Estabilidad.** El Sindicato solicita la eliminación de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo de los contratos de trabajo celebrados por el personal sindicalizado.

"El Tribunal ha buscado procurar la mayor estabilidad posible para los trabajadores, pero ha tenido también en cuenta razones de orden técnico que aduce la Empresa para conservar cierta elasticidad en la administración de su personal. Por tal circunstancia se adoptará en éste laudo un sistema intermedio entre las pretensiones de las partes, cual es el ampliar el término del preaviso para el ejercicio de la "Cláusula de Reserva" en proporción al tiempo de servicios de los trabajadores y el de suprimir el término presuntivo de los contratos de trabajo, ya que su existencia haría inoperante en muchos casos la ampliación del preaviso que se ha contemplado.

La mayor estabilidad para el personal que se ha buscado incrementará las buenas relaciones entre asalariados y patronos y no irá en desmedro de la mayor productividad de los primeros ni de la equidad".

"2. **Creación del comité de relaciones industriales y de evaluación:** El sindicato solicita la creación de estos dos comités para conocer y definir de todos los problemas de carácter laboral que afecten a los trabajadores y de los asuntos relacionados con el escalafón.

El Tribunal ha considerado que un solo organismo de esta naturaleza puede cumplir simúltaneamente ambas funciones y adoptará por eso la creación de una comisión permanente de conciliación y arbitraje.

El procedimiento mediante el cual funcionará la comisión hará mas expedita la vía para que las partes lleguen a una solución efectiva y rápida de sus problemas, evitando la necesidad de que acudan a los procedimientos judiciales ordinarios. Se fijará un término preclusivo dentro del cual la comisión debe decidir los asuntos a ella sometidos. Vencido tal término, las partes podrán llevar sus diferencias ante la justicia ordinaria laboral, de manera que cualquier demora de la comisión en decidir no les cortará la vía ordinaria que tienen, ni provocará la existencia de dos jurisdicciones simultáneas sobre el mismo caso.

"La Comisión estará integrada por tres miembros designados, dos por las partes, y el tercero por éstos. En caso que los dos miembros designados por las partes no lleguen a un acuerdo en relación con el nombre del tercero, su designación corresponderá al Ministerio del Trabajo.

"La Comisión así integrada conocerá de todos los asuntos relacionados con ascensos, despidos, provisión de nuevos cargos en los casos expresamente previstos en este laudo, reclamaciones por prestaciones sociales legales y extralegales, aplicación del escalafón y demás materias relacionadas directa o indirectamente con el contrato de trabajo".

El fallo arbitral decidió las anteriores súplicas, así:

"Segundo. Créase con carácter permanente una Comisión de Conciliación y Arbitraje, que estará integrada por tres (3) miembros designados así: uno por el Instituto de Fomento Algodonero, otro por el Sindicato de Trabajadores del Instituto de Fomento Algodonero ("SITIFA") y el tercero de común acuerdo por los primeros. Estos tres miembros deberán ser trabajadores del Instituto.

En caso de que los miembros designados por las partes no se pusieren de acuerdo para designar al tercero, éste será nombrado por el Ministerio del Trabajo, y podrá no ser trabajador del Instituto.

PARAGRAFO 1o. Esta Comisión conocerá de todos los conflictos que se susciten entre el Instituto y sus trabajadores, relacionados directa o indirectamente con el contrato de trabajo y de aquellas materias cuyo conocimiento se le atribuye en este laudo.

PARAGRAFO 2o. En la solución de los conflictos a ella sometidos, la Comisión aplicará, en cuanto a su naturaleza le permita, el procedimiento señalado en el Decreto No. 2158 de 1.948 para los juicios de única instancia, y deberá siempre intentarse en primer término la conciliación.

La Comisión deberá proferir su decisión dentro del término improrrogable de sesenta (60) días contados desde la fecha en que se formule la queja o demanda. Vencido este término sin que la Comisión haya fallado, perderá definitivamente su jurisdicción, y las partes quédarán con derecho para acudir a la justicia ordinaria laboral cuando a ello haya lugar.

PARAGRAFO 3o. Contra las decisiones definitivas proferidas por la Comisión respecto de conflictos de carácter jurídico, procederá el recurso de Homologación ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 141 del Código Procesal del Trabajo.

TERCERO. El Instituto de Fomento Algodonero al hacer uso de la cláusula de reserva para dar por terminados los contratos de trabajo, deberá dar al interesado aviso con la anticipación siguiente: 45 días, cuando el trabajador tiene un año o menos de servicios; y quince días más por cada año de servicios que exceda de uno. El Instituto podrá prescindir del preaviso pagando los salarios correspondientes a los lapsos que se han indicado.

PARAGRAFO. El Instituto no podrá invocar como causa para dar por terminado un contrato de trabajo el vencimiento del término presuntivo de duración del mismo".

SE CONSIDERA:

El Derecho del Trabajo moderno busca la armonización del derecho individual con el colectivo. Es un derecho de integración. Cumple ese propósito, principalmente, a través del derecho colectivo que propicia y permite la colaboración de las asociaciones profesionales de ambos lados -trabajadores y patronos-, a quienes corresponde desempeñar un importante papel en la vida economico-social de los pueblos y cuya existencia garantizan las propias Constituciones, como lo hace la de nuestro país. Esa colaboración se patentiza, primordialmente, mediante la negociación, en común, de las condiciones de trabajo que deben seguir para determinada profesión o industria, por medio de las convenciones colectivas. Se ha conseguido, así, que la reglamentación del trabajo no sea totalmente obra del Estado, sino que pase en gran parte a manos de los directamente interesados, quienes a través de la contratación colectiva llegan hasta sustituir la legislación preexistente. La tutela intervencionista, alterna de esta manera, con la libertad colectiva de las asociaciones obrero patronales, cuyo objetivo principal consiste en la defensa de sus intereses. En esta forma, los conflictos colectivos deben resolverse, y se resuelven en primer término, dentro de la esfera de la autonomía que la propia ley reconoce a las asociaciones. Las partes actúan dentro del amplio campo de las relaciones contractuales, con libertad de disposición, sin mas límite que todo aquello que pueda afectar normas imperativas de jerarquía superior, como son las que se refieren al orden público y a las buenas costumbres.

EL ARBITRAJE.

Si la oposición de intereses económicos y profesionales entre los trabajadores de un establecimiento o empresa y sus patronos no puede resolverse mediante el acuerdo directo de los contendientes, la legislación del trabajo prevé y organiza formas de ayuda para conseguir el acuerdo, a través de la mediación y el arbitraje.

En el campo del derecho laboral el juicio arbitral se ha generalizado para buscar solución a los conflictos colectivos. El régimen legislativo correspondiente (C. S. T.), prefiere el sistema de la conciliación obligatoria y del

arbitraje voluntario. El arbitraje obligatorio no se aplica a cualquier conflicto colectivo del trabajo. Lo reserva la ley para aquellos casos en que el conflicto, de no solucionarse, puede afectar actividades vitales, que exceden el ámbito de los directamente interesados, perjudicar círculos más amplios de la población, y poner en peligro la seguridad interior o exterior, la salud u otros bienes de la colectividad, tal como ocurre cuando el desacuerdo se presenta entre partes que tienen a su cargo la ejecución de actividades consideradas como de servicio público. Al respecto, el artículo 452 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone:

"1. Los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos, y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación, serán sometidos al arbitramento obligatorio.

"2. Los conflictos colectivos en otras empresas o establecimientos pueden ser sometidos al arbitramento, por acuerdo de las partes".

La naturaleza de las cuestiones que dan origen a los conflictos colectivos del trabajo, pueden ser de índole económica y también jurídica o de derechos, como se admite por la doctrina y la jurisprudencia. Tampoco se controvierte hoy que el juez del conflicto colectivo de naturaleza económica, tiene capacidad para decidir el de carácter jurídico. Sin embargo, debe establecerse distinción en uno u otro caso respecto a la naturaleza y efectos jurídicos del laudo arbitral. Si resuelve cuestiones de índole económica o de intereses, el laudo además de poner fin al conflicto, tendrá la naturaleza de un acto creador, normativo, puesto que no habiéndose estatuido derecho alguno con anterioridad al conflicto, por él se prescriben reglas de conducta contínua para las partes, encaminadas a fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, razón por la cual, en cuanto a esta materia, tiene el carácter de convención colectiva. (Art. 461 del C. S. T.).

Si, por el contrario el laudo resuelve cuestiones de índole jurídica, la naturaleza del mismo, al igual de lo que ocurre con el proferido en un conflicto individual, es la que corresponde a un acto jurisdiccional, en que el juez ha de decidir conforme a la ley, y hacer lo que ésta le manda que haga. En estos casos, el mérito del laudo, hará tránsito a cosa juzgada, y sólo será susceptible del recurso de homologación. (Art. 140 del C. de P. L.).

De igual manera, los límites del poder arbitral también difieren, según sea la naturaleza de las cuestiones en conflicto. Tanto en arbitraje obligatorio como en el voluntario (art. 455 del C.S.T.) las restricciones a las facultades de los árbitros están contenidas en el artículo 458 ibidem, en armonía con lo estatuido por los artículos 142 y 143 del Código Procesal del Trabajo.

Dice el artículo 458 del C. S. T.:

"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".

El artículo 142 del C. de P. L., dice, en lo pertinente:

"Si el laudo se ajustare a los términos del compromiso o de las cláusulas compromisorias y no afectare derechos o facultades reconocidos por la Constitución, por las leyes o por normas convencionales a cualquiera de las partes, el Tribunal lo homologará. En caso contrario, lo anulará y dictará la providencia que lo reemplace. Contra estas decisiones del Tribunal Seccional no habrá recurso alguno".

En las normas que se dejan transcritas, ha establecido la ley un control judicial de forma y de fondo para el laudo, mediante el recurso de homologación que se interponga para ante la Corte o el Tribunal Superior respectivo, según se trate de arbitraje obligatorio o voluntario.

Además el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo al regular el recurso de homologación en el árbitraje obligatorio, dispone lo siguiente:

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 el caso contrario".

Según jurisprudencia de esta Sala de la Corte y del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, ésta norma establece un control judicial

de forma, respecto al laudo que decide cuestiones de naturaleza puramente económica y ha aceptado que, para estos casos, las facultades de los árbitros sólo están limitadas por el petitum (pliego de peticiones), sin más restricciones que los dictados de la equidad. La juridicidad de tal criterio interpretativo se afianza en la doctrina que distingue en la posición del árbitro modalidades distintas de las del arbitrador, lo que es evidente si se considera que en las cuestiones de naturaleza económica o de intereses, generalmente no hay "derechos" estatuídos con anterioridad al conflicto, que surge precisamente, con la finalidad de conseguir una reglamentación al respecto. Si fracasa la autocomposición, el árbitro sustituye a las partes y crea la norma reguladora para solucionar los intereses en conflicto. El juez arbitral, en tales casos, no tendrá el problema de la búsqueda y la elección de la norma jurídica. Se atendrá a la equidad y la aplicará como justicia en el caso singular, encontrando en si mismo, sin concurso extraño, los presupuestos sustanciales en qué inspirar su pronunciamiento. Debe recordarse, sin embargo, que en los juicios según equidad, los árbitros tampoco pueden prescindir de observar las normas jurídicas fundamentales que tengan carácter imperativo, o sean consideradas como indeclinables garantías de justicia desde el punto de vista del orden o del interés público. En cambio, en los conflictos en que se discuten cuestiones de derecho, el árbitro no ha de comportarse como un amigable componedor y no tiene otro poder que el de aplicar el derecho tal cual es.

Con base en las consideraciones jurídicas que se dejan expuestas, la Sala procede a examinar los cargos que plantea la acusación.

El plazo presuntivo.

En la relación de antecedentes del conflicto, se dijo que el pliego de peticiones presentado por el Sindicato "SITIFA" al Instituto de Fomento Algodonero, solicita se elimine el plazo presuntivo como modo para la terminación legal de los contratos. El Laudo, en el Parágrafo del Punto Tercero, accede a lo pedido y dispone que el Instituto no podrá invocar la terminación del plazo presuntivo como causa para terminar el contrato de trabajo.

El artículo 47 del C.S.T. preceptúa que los contratos cuya duración no haya sido expresamente estipulada o no resulte de la naturaleza de la obra o servicio que debe ejecutarse, se presumen celebrados por términos sucesivos de seis en seis meses. A su vez, el artículo 49 de la misma obra, prevé la prórroga del contrato de trabajo. Por su parte, el artículo 61 ibídem, literal a), dispone que el contrato de trabajo termina: "Por expiración del plazo pactado o presuntivo".

Dice el impugnador que el laudo viola las citadas disposiciones legales, contrariándose así lo dispuesto por el art. 458 del C.S.T., que señala el límite de los poderes de los árbitros. Sobre el punto en examen, esta Sala de la Corte ha expresado su criterio en varias oportunidades al revisar laudos proferidos en arbitraje obligatorio, en que se ha discutido el mismo problema. Por tanto, para resolver la acusación en el caso concreto, basta tener en cuenta, además de las consideraciones de orden jurídico y legal que se han expuesto anteriormente, lo expresado por la Sala al decidir el recurso de homologación interpuesto contra el laudo proferido en el conflicto colectivo surgido entre varios Bancos y los Sindicatos de los mismos establecimientos, con fecha 27 de enero de 1.961, que se halla publicado en la Gaceta Judicial Tomo XCIV. Nos. 2235-2236, pag. 738. Dice el fallo, en lo pertinente:

"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 y 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 C.S.T.".

La misma providencia, luego de hacer 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, para demostrar la oposición palmaria existente entre la ley y el fallo recurrido, agrega, lo siguiente:

"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 re-

lación 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".

Está justificado el cargo y, por tanto, no podrá homologarse lo dispuesto por el laudo en el Parágrafo del punto tercero.

LA COMISION DE CONCILIACION Y ARBITRAJE.

En el derecho del trabajo, al igual de lo que ocurre en el campo civil, el arbitramento voluntario puede tomar origen del compromiso o de la cláusula compromisoria.

La elección o recurso del proceso arbitral que induce a un pronunciamiento de contenido vario (según derecho o según equidad), se remite siempre, excepto en el arbitraje obligatorio, a la libre voluntadad de las partes, en los límites de disponibilidad a ellas reconocida y en el preciso ámbito en que esa voluntad se haya manifestado, pues la determinación de la materia del litigio está reservada a las partes y constituye un límite al juicio de los árbitros.

De la misma forma, la estipulación del compromiso o de la cláusula compromisoria que dan origen al arbitramento, solo pueden ser utilmente concluídas por los sujetos activa y pasivamente legitimados en orden a la acción, a quienes corresponde luego la calidad de partes del juicio arbitral, en sentido sustancial, legitimadas para estar en él y con capacidad para comprometer.

El Código Procesal del Trabajo acepta la relación de arbitramento surgida del compromiso, al disponer en su artículo 130: "Los patronos y los trabajadores podrán estipular que las controversias que surgan entre ellos por razón de sus relaciones de trabajo sean dirimidas por arbitradores".

El arbitraje originado en la cláusula compromisoria lo permite el mismo Código, al establecer en el artículo 131, lo siguiente: "La cláusula compromisoria deberá hacerse constar siempre por escrito, bien en el contrato individual, en el contrato sindical, en la convención colectiva, o en cualquier otro documento otorgado posteriormente".

La ley 2ª. de 1.938, en su artículo 1º., reconoce validez a la cláusula compromisoria en los contratos celebrados por personas capaces de transigir. La misma norma, dice que se entiende por cláusula compromisoria aquella por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir, o algunas de ellas".

De acuerdo con la definición legal, la cláusula compromisoria aparece, a su vez, como un acto accesorio a otro contrato o relación principal de derecho sustancial, con que las partes convienen en encomendar, desde ahora y para más adelante, a una o mas personas (árbitros) el encargo de decidir las diferencias que puedan surgir entre ellas. Por el compromiso, las partes encomiendan a árbitros el encargo de decidir determinadas controversias surgidas entre ellas. Síguese de lo anterior, que tanto el compromiso como la cláusula compromisoria se concluyen inter partes, el primero para una controversia actual, la segunda para una controversia futura, que no se determina todavía, sino que es determinable en orden a la relación o contrato principal. Por lo demás, los efectos que nacen del compromiso y de la cláusula compromisoria son análogos, al punto de que las normas contenidas en el Código Procesal del Trabajo, referentes al nombramiento de los árbitros, al procedimiento, a la sentencia arbitral y a las impugnaciones, se refieren ya al arbitraje que nace del compromiso, ya al arbitraje que nace de la cláusula compromisoria.

Lo anterior no significa que el acuerdo contenido en el compromiso o en la cláusula compromisoria, deba ser siempre concluido personalmete por los comprometentes. Lo ordinario es que éstos obren en nombre propio, siendo plenamente capaces. Si son personas físicas incapaces, deberán ser representadas por quien tenga su representación legal. Las personas jurídicas, lo harán por conducto de sus órganos representativos de acuerdo con la ley o sus estatutos o reglamentos. Puede, finalmente ser concluido el compromiso o la cláusula compromisoria, en nombre y por cuenta ajena, por mandatarios nombrados y provistos de representación.

Si se atiende a la naturaleza y estructura del compromiso y de la cláusula conpromiso-

ria actos jurídicos que, como se ha visto, presuponen un acuerdo fundamental entre las partes, no puede negarse que tienen los caracteres de un contrato con objeto y contenido no sólo procesales, sino tambien capaces de afectar al régimen de ejercicio de las acciones en sentido sustancial y a la suerte de las mismas, opinión que encuentra apoyo seguro e inducable en el propio texto de los Codigos Procesal Civil, y Procesal Laboral en la parte dedicada a regular el Arbitramento, y en lo preceptuado por el Art. 1o. de la ley 2a. de 1.938, que reconoce validez a la cláusula compromisoria.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que tanto para el compromiso como para la cláusula compromisoria la ley exige requisitos que miran no sólo al contenido sino tambien a la forma del acto. Estos son de carácter extrínseco; aquèllos son intrínsecos y consisten en los elementos estructurales del contrato (acuerdo de hacer decidir, objeto de la controversia, conferimiento del encargo, nombramiento inmediato o mediato de los àrbitros, etc.). En cuanto a la forma del acto, la exigencia legal impone que el compromiso debe hacerse por escrito (art. 1216 del C. J.); también debe constar por escrito la clàusula compromisoria. (art. 131 del C. de P. L.).

Al disponer la Ley que la cláusula compromisoria deberá constar siempre por escrito en cualquiera de los actos jurídicos mencionados por los artículos 131 del Còdigo Procesal del Trabajo y 1o. del Decreto Número 2017 de 1.952, simplemente está indicando, que el contrato individual, el contrato sindical, la convención colectiva, el "pacto colectivo" o "cualquier otro documento otorgado posteriormente", constituyen modos adecuados, para hacer constar, en su forma extrínseca, la manifestación de voluntad de las partes que acuerdan hacer decidir por medio de árbitros las diferencias que puedan surgir de un contrato celebrado por ellas.

El Decreto Número 2017 de 1.952 menciona el "fallo arbitral" al referirse a la forma de constitución de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje de que trata ese estatuto, por lo cual algunos pretenden ver en ello la posibilidad de tener el laudo como fuente del arbitraje. Semejante interpretación es equivocada, si se tiene en cuenta la naturaleza y estructura del arbitramento voluntario y se atiende a los diversos actos jurídicos de que resulta. Antes se vió que el arbitraje voluntario se origina de un acuerdo entre las partes. La designación y el encargo conferido a los árbitros es también acto de las partes, que depende y presupone necesariamente un anterior acuerdo compromisorio entre las mismas. (compromiso, cláusula compromisoria). Los árbitros al proferir un laudo no pueden sustituir a las partes en conflicto para efecto de deferir al arbitraje permanente la solución de las controversias que entre ellas puedan presentarse. Los àrbitros son jueces del litigio y no las partes del mismo.

Si el acuerdo en el compromiso o en la cláusula compromisoria, tiene una eficacia jurídica desde el mismo instante en que se produce la manifestación final de una voluntad concorde, unificada, no se ve claramente cómo puedan equiparársele disposiciones de otra procedencia, asi sea que provengan de una decisión arbitral, pues los árbitros no tiene la titularidad y disponibilidad de lòs derechos, de las acciones o de las pretensiones que constituyen el objeto del compromiso o de la cláusula compromisoria. Además, solo las partes podrian eficazmente transigir. Por tanto, la referencia del estatuto que se comenta no permite, jurídica ni legalmente, aceptar la constitución de Tribunales o Comisiones de Arbitramento utilizando el laudo arbitral como modo o instrumento idóneo para ello.

Por otro aspecto si la Ley del Trabajo (C. S. T.) prevé para ciertos conflictos colectivos un arbitraje que resulta obligatorio, debe tenerse en cuenta que la obligación de deferir la decisión a los árbitros forma también parte de la ley y no de una cláusula libremente pactada por los contratantes. De esta suerte, como es obvio, el arbitraje "obligatorio" no puede tener origen en ninguno de los actos anteriores (compromiso, cláusula compromisoria), que suponen un acuerdo de las partes. Nace, simplemente, del poder coercitivo del Estado que impone el sistema a través de la norma positiva, para casos especiales y como único camino para obtener una determinada providencia capaz de solucionar el conflicto (Art. 452 del C.S.T. numeral 1.).

Además, siendo el arbitraje obligatorio un medio o elemento idòneo para superar y allanar,

en casos previstos por la ley, la oposición de intereses entre patronos y trabajadores, debe concluirse que no se le puede considerar con permanencia indefinida en el tiempo, sino como instrumento que tiene aplicación para cada conflicto colectivo que llegue a presentarse, y por tanto, de vigencia temporal y aplicación específica para un determinado caso.

Resulta de lo anterior que los organismos arbitrales permanentes, cuya creación prevé el art. 139 del C. de P. L., solo pueden ser producto del acuerdo de las partes que celebren una Convenciòn Colectiva, acto en el cual deberá hacerse constar la estipulación respectiva que asume, de esta forma, la característica de una cláusula compromisoria, accesoria al contrato principal.

En apoyo de lo que se deja dicho, la Sala estima conveniente reproducir en esta ocasión lo que tuvo oportunidad de expresar, sobre el punto que se examina, en sentencia, de fecha 28 de octubre de 1.960, al decidir el recurso de casación interpuesto dentro del juicio ordinario laboral promovido por Luis A. Hidalgo contra la Asociación Nacional de Navieros (Adenavi).

Se dijo, entonces, lo siguiente:

"El laudo negó la petición de la cláusula vigèsima-primera porque el arbitraje permanente que ella solicita sólo puede ser obra de un acuerdo de las partes, y el Tribunal no lo puede imponer, lo cual significa que se declarò incompetente para resolverla. Es esa la doctrina acogida por el Código Procesal del Trabajo, pues como fuente de la cláusula compromisoria no señala ese estatuto el fallo arbitral sino el contrato individual, el sindical y la convención colectiva, o cualquier otro documento otorgado posteriormente, según su art. 131, permitiendo que en la convención puedan crearse organismos arbitrales permanentes, conforme a su art. 139. El derecho de comprometer en toda clase de asuntos, mediante compromiso o cláusula compromisoria, es y ha sido siempre cuestión reservada a la voluntad contractual cuando tiene por objeto la decisión de diferencias actuales o futuras susceptibles de transacción. Y es obvio que el arbitraje voluntario pierde su carácter si a las partes le puede ser impuesto mediante fallo arbitral. Ha hecho la Sala estas observaciones, porque el art. 1o. del decreto 2017 de 1.952 supone que la ley vigente a la época de su expedición recibe el laudo como origen del arbitraje permanente, y ello no es así, pues el punto lo regula el estatuto procesal del trabajo en los dos textos citados y en el 130, en cuanto concierne al arbitraje para definir cuestiones jurídicas".

La jurisprudencia anterior fué reiterada por esta Sala, en fallos posteriores y se amplió más, en sentencia de fecha 11 de octubre de 1.961 que decidiò el recurso de casación interpuesto en el juicio ordinario laboral promovido por Diógenes Urquijo contra la Asociación Nacional de Navieros. En ésta oportunidad, se expresó lo siguiente:

"El Decreto Legislativo 2017 de 1.952 (art. 1o.) no establece la cláusula compromisoria, origen de la jurisdicción arbitral. La norma se limita a disponer que es de la competencia privativa de esa jurisdicción la decisión de los conflictos entre las partes, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral.

"Entiende, pues, la disposición que las leyes vigentes a la época de su expedición permiten estipular la cláusula compromisoria en convención, pacto o fallo arbitral. Ello es así, porque el adjetivo "respectiva" se usa para indicar persona o cosa antes determinada. Y ocurre que la legislación anterior al decreto referente al arbitraje voluntario (arts. 130 a 143 del C. P. L.) que solo tiene cabida para la decisión de conflictos jurídicos, no incluye el pacto y el fallo arbitral como fuente del arbitraje permanente, sino únicamente la convención colectiva (art. 139). Es mas amplio el mencionado estatuto en cuanto al arbitraje transitorio u ocasional, pues permite pactar la cláusula compromisoria en el contrato individual, el sindical, la convención colectiva y cualquier otro documento otorgado posteriormente. Pero en las dos modalidades del arbitramento en el derecho del trabajo -transitorio o permanente- está excluído el fallo arbitral como origen de la cláusula en referencia.

"Es de simple lógica que si para la decisión de conflictos jurídicos el arbitraje es voluntario, deja de serlo si a las partes se lo puede imponer un laudo arbitral. Reafirma, pues, la Sala el concepto que sobre el punto expuso en la sentencia del 28 de octubre de 1.960 y las posteriores a esa fecha que la han reiterado".

Las anteriores consideraciones de índole jurídica y legal, aplicadas al caso sub judice, permiten a la Sala llegar a la conclusiòn de que es violatorio de la ley, por afectar derechos o facultades de las partes, lo dispuesto en el punto Segundo del laudo, por medio del cual se crea, con carácter permanente, una Comisión de Conciliación y Arbitraje, se dispone sobre su constitución, se le señala competencia para conocer de todos los conflictos que se susciten entre el Instituto de Fomento Algodonero y sus trabajadores, relacionados directa o indirectamente con el contrato de trabajo, se indica el procedimiento a seguir para resolver las controversias que se presenten, y se establece como medio de impugnación respecto a las decisiones de carácter jurídico, el recurso de homologación para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

En efecto, no puede remitirse a duda que el contenido de la citada disposición arbitral, entraña una cuèstiòn eminentemente jurídica, por cuya razòn los árbitros estaban obligados a atemperar su decisión a los mandatos de la ley y a proceder de conformidad con ella. El Tribunal arbitral no procedió así, al resolver el punto en examen, pues, según lo preceptuado en los artículos 452 del Código Sustantivo del Trabajo, 131 del Código Procesal Laboral y 1o. de la ley 2ª. de 1.938, el arbitramento voluntario que se origina en la cláusula compromisoria, tiene como fundamento el acuerdo de las partes. En definitiva, ese acuerdo no se propujo entre las partes del conflicto colectivo de que trata este proceso. De haberse producido, en las etapas de arreglo directo o de conciliación, como afirma el señor apoderado del Sindicato, "SITIFA", lo solicitado en el Pliego de Peticiones sobre constitución de una Comisión de Arbitraje no habría podido ser materia de la decisión del Tribunal. Habría sido estipulación para consignarse en la Convención Colectiva cuya celebración buscaba el conflicto surgido del Pliego de Peticiones presentado por el Sindicato al Instituto.

La decisión contenida en el punto Segundo del laudo, al imponer al Instituto de Fomento Algodonero y a sus trabajadores afiliados al "SITIFA" que sea una comisiòn permanente de Conciliación y Arbitraje la que debe conocer de todos los conflictos que entre ellos se susciten, viola lo preceptuado por el artículo 2o. del C. de P. L. que atribuye a la jurisdicción del trabajo la decisión de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo, y viola también, por contrariarlo, el precepto del artículo 139 del mismo Código Procesal, al establecer una Comision de Arbitraje permanente, por un acto jurídico distinto a la Convención colectiva de trabajo.

Lo expuesto acerca de la resolución recaída al punto Segundo del Pliego, lleva a la conclusión de que ella no es exequible, en cuanto asigna funciones y atribuye facultades de Tribunal de Arbitramento a la Comisión que allí se crea, regula el procedimiento y establece medios de impugnación contra las decisiones de la misma. Por tanto, la inexequibilidad que se observa será declarada por la Corte.

Así, mediante la anulación de lo que resulta contrario a la ley, la disposición contenida en el punto Segundo del laudo queda despojada de los vicios que la afectan, manteniéndose la subsistencia de la Comisión a fin de que pueda intervenir en aquellas otras materias "cuyo conocimiento se le atribuye" conforme a lo dispuesto en los puntos Cuarto, Sexto, Dècimo Primero, Décimo Cuarto y Décimo Quinto del mismo laudo. La Sala estima que las funciones y atribuciones que se asignan por estas dispocisiones a la Comisión, no contrarían la ley, ni exceden los límites del poder arbitral en materia de naturaleza económico-social, como es la que corresponde a la que por ellas se regula.

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 "Segundo" del laudo de fecha 11 de diciembre de 1.963, pero solo en cuanto asigna funciones de "Arbitraje" a la Comisiòn que allí se crea, y en cuanto dispone, por el Parágrafo 1o., que dicha Comisión conocerá "de todos los conflictos que se susciten entre el Instituto y sus trabajadores relacionados directa o indirectamente con el con-

trato de trabajo". Igualmente, se declaran inexequibles los Parágrafos 2o. y 3o. del mismo punto Segundo. Esta disposición es exequible en lo demás.

Segundo. Se declara inexequible lo dispuesto en el Parágrafo del punto Tercero del laudo.

Tercero. Se homologa el laudo arbitral en sus demás disposiciones.

Cuarto. Copia de esta providencia y del fallo arbitral se remitirán al Ministerio de trabajo.

Tiénese al doctor Héctor Pabón Lasso, como apoderado judicial del Sindicato de Trabajadores del Instituto de Fomento Algodonero (SITIFA).

Publíquese, Cópiese, Notifíquese, Insértese en la Gaceta Judicial y Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. - José Joaquín Rodríguez.- Roberto de Zubiría C. - Luis Fernando Paredes.- A. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. SALARIOS FIJOS Y SALARIOS VARIABLES. DOCTRINAS DE LA SALA. REAJUSTE DE PRESTACIONES.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. diez y ocho de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Manuel Guillermo Borda Sáenz, por medio de apoderado, estableció juicio ordinario laboral, contra la Sociedad Sears Roebuck de Colombia S. A, para que fuese condenada a pagarle las sumas de dinero que resulten por concepto de reajuste de cesantía y de prima de servicios, remuneración de descanso en domingos y festivos, indemnización moratoria y costas del juicio.

Como fundamentos de hecho, dijo su apoderado, que el actor trabajó al sevicio de la sociedad, como vendedor, en los almacenes de Chapinero y el Centro, desde el 2 de mayo de 1.956 hasta el 6 de julio de 1.958; que la Sociedad pagó al trabajador, como retribución por sus servicios, el 5o/o sobre el valor de las ventas; que semanalmente la sociedad demandada liquidó y pagó al trabajador el porcentaje que le correspondía como remuneración, y que cuando en una semana el trabajador no efectuaba ninguna venta, la sociedad le anticipaba una suma para descontársela del valor del porcentaje que le correspondiera en la semana inmediatamente posterior; que el salario que devengó el trabajador fue variable; que al liquidarle y pagarle el auxilio de cesantía y primas de servicios, la demandada nò incluyó el valor de la remuneración correspodiente a días domingos y festivos, y que tampoco le ha cancelado esta remuneración; que durante el tiempo que prestó sus servicios a la demandada, el actor trabajó todos los días laborables.

En derecho, cita los arts. 22, 23, 24, 47, 127, 132, 161, 168, 172, 173, 174, 177, 176, 249, 253, 306 y 65 del C. S. T.; arts. 593 y siguientes del C. C. art. 2o. del decreto 243 de 1.951 y los arts. pertinentes del Código de Procedimiento Laboral.

Posteriormente, en la primera audiencia de trámite, el actor corrigió la demanda, para señalar como representante legal de la Sociedad al señor Daniel A. Cummings. Admitida, el Juzgado ordenó correr nuevo traslado de la demanda y de su corrección a la parte demandada. En esta oportunidad, la Sociedad por medio de apoderado constituído al efecto, dió respuesta al libelo, oponiéndose a que se hicierán las condenas impetradas. Repecto a los hechos, dijo atenerse a lo que se demuestre, con relación al primero, cuarto y quinto; negó el tercero, el noveno, el décimo y el undécimo; al sexto y séptimo, dijo atenerse al texto de la liquidación; al octavo manifestó no ser cierto, y agregó que al liquidarse las prestaciones se tuvo en cuenta la remuneración de dominicales y festivos, ya de antemano incluída en el sueldo mensual del actor.

La relación de primer grado terminó por sentencia de fecha 18 de marzo de 1.960, proferida por el Juzgado Tercero Laboral de esta ciudad. Por medio de ella se condena a la Sociedad a pagar al demandante, lo siguiente:

1o., $ 8.328.53 por remuneración de domingos y festivos; 2o., $ 632. 95 por reajuste de cesantía; 3o., $ 559.62 por reajuste de prima de servicios (numeral primero). Se absuelve a la sociedad de la indemnización por mora (numeral segundo), y se la condena al pago del 75o/o de las costas del juicio (numeral tercero).

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, resolvió el recurso de apelación interpues-

to por ambas partes, contra la sentencia del Juzgado. El fallo de segundo grado, de fecha 23 de noviembre de 1.960, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada. No hizo condena en costas.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación que les fue concedido. Tramitado aquí en debida forma, se declaró desierto el recurso interpuesto por la parte demandante. Se pasa a decidir el recurso de la parte demandada. No hubo escrito de réplica.

LA DEMANDA DE CASACION.

Aspira a que la Corte case parcialmente la sentencia impugnada, para que en su lugar, convertida en Tribunal de instancia, revoque la de primer grado, en su numeral primero, y absuelva a la sociedad demandada del pago de la remuneración por descanso en dias domingos y festivos y de los reajustes de cesantía y primas de servicios.

Con base en la causal primera del art. 87, del C.P.L., formula dos cargos, que serán examinados, en su orden.

Primer cargo.

Dice que el fallo acusado viola, por interpretación errònea, el art. 133 del C.S.T., en relación con los arts. 22, ordinal 2o., 57-4, 127, 132, 141, 172, 173, 174, 176 y 177 del mismo Estatuto.

Para demostrar el cargo, expone el recurrente:

El planteamiento del sentenciador desemboca en estas conclusiones: la de que tanto el sueldo como el jornal constituye siempre salario fijo; y la de que el art. 176 del Código, en cuanto a la remuneración de los descansos legales cuando el salario es variable, es autónomo.

Replica las conclusiones con estos argumentos: nadie es osado a negar que existen salarios variables que son sueldos, porque no depende del solo transcurso del tiempo, como el de un trabajador que consista en una base fija y un porcentaje sobre las utilidades de la empresa, ni tampoco que haya salarios fijos resultantes, con exclusividad, del mero trabajo desarrollado por el empleado, como el obtenido por la persona a quien se paga por unidad de obra, y que, en razón de su habilidad y experiencia ejecuta siempre, dentro del mismo lapso un número igual de unidades; ni, por último, que el salario variable particularmente el que consiste en el pago de una comisión, es compatible, en la teoría y en la práctica, con el sometimiento del trabajador a una jornada determinada y con su obligación de trabajar todos los días laborables de la semana. Desde un punto de vista jurídico, dede tomarse razón de que el art. 133 del Código Sustantivo del Trabajo, interpretado erróneamente por la sentencia, no formula la distinción que hace ésta entre salarios con carácter de jornal o sueldo y salarios con el simple carácter de tales, ni menos, entre salarios-sueldos-fijos o salarios - jornales - fijos y salarios - salarios-variables.

Si bien es cierto que las partes, respetando el mínimo legal, pueden convenir el salario en diversas modalidades que enunciativamente expresa el art. 132 del C.S.T., no lo es menos que de allí tampoco es lícito deducir las consecuencias contenidas en el fallo impugnado, porque el propio legislador, en el artículo 22 ordinal 2o. del mismo estatuto, se encarga de definir el salario, indicando en el artículo 127 ibídem, los elementos que lo integran. De acuerdo con la definición del salario y sus elementos integradores, la estipulación por días o por períodos mayores puede y debe referirse también a la remuneración del servicio, "cualquiera que sea su forma" es decir, "fija u ordinaria", "por porcentajes sobre ventas", "por comisiones", "por participación de actividades", etc.

La argumentación expuesta demuestra: no es cierto que el sueldo y el jornal consistan siempre en un salario fijo; tampoco es cierto que el salario variable sea solamente salario y nunca sueldo ni jornal.

Si todo salario o remuneración del servicio, cualquiera que sea su forma o modalidad, tiene que ser sueldo o jornal, el salario variable, que es un salario, no puede ser materia de regulación autónoma, como lo pretende el sentenciador porque es indispensable tomar en cuenta para la remuneración de los descansos legales, la calidad de sueldo o de jornal que haya podido tener el salario variable de que se trate. En consecuencia, resulta errónea la última de las conclusiones de la sentencia a-

cerca de la manera autónoma, sin correspondencia con las restantes normas que el cargo singulariza, como pretende que opere el art. 176 del Código, respecto a la remuneración del descanso dominical y en días festivos de los trabajadores que devengan un salario variable, porque esta norma, concordada con aquellas otras, sólo resulta aplicable a los salarios variables estipulados por días.

Agrega, que la interpretación correcta de las normas ya mencionadas, conduce a las siguientes conclusiones: que la Sociedad demandada pagó al demandante el salario convenido de conformidad con lo prescrito en el artículo 57-4 del Código; que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo; y que, para resolver el caso sub-judice, la norma aplicable es el inciso 2o. del artículo 174 del C.S.T.

Segundo cargo.

Dice que la sentencia violó directamente, por aplicación indebida, los art. 249, 253 y 306 del C.S.T., en relación con el 127 ibídem, como consecuencia de la interpretación errónea del art. 133, en relación con los arts. 22, ordinal 2o., 57-4, 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del mismo Código.

Manifiesta el recurrente que el ad quem, como consecuencia necesaria de la interpretación errónea de las normas que este cargo singulariza, para cuya demostración se remite a lo expuesto en el anterior, ordenó pagar $ 632.95 por diferencia de cesantía y $ 559. 62 por diferencia de primas, aplicando en forma indebida los otros textos legales, acerca de los cuales se predica violación directa. Agrega que si el sentenciador no hubiera incurrido en la interpretación errónea indicada que constituye en este cargo una infracción medio, habría concluido en la absolución de la Sociedad demandada, por los conceptos a que se refiere esta acusación.

LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Acerca de la súplica sobre el pagó de los descansos legales, que constituye la cuestión jurídica fundamental en el presente juicio, el Tribunal hace estas consideraciones:

"La sentencia apelada condenó a la Sociedad a pagar la suma de $8. 328. 53 por concepto de remuneración del descanso dominical y en días festivos por el lapso comprendido entre el 2 de abril de 1.956 y el 6 de julio de 1.958. El artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo dice que en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado. El artículo 132 del mismo Estatuto enseña que las partes pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra o a destajo, por tarea, etc. A continuación, el artículo 133 define como jornal el salario estipulado por días y como sueldo el estipulado por períodos mayores. Si se armonizan las anteriores disposiciones, se llega a la conclusión general de que sólo puede denominarse jornal o sueldo el salario estipulado por unidad de tiempo, y no el estipulado en otras modalidades, entre las cuales se encuentra la de comisiones sobre ventas, en cuyo caso, cualquiera que sea el período de pago, el salario no debe ser calificado como sueldo, y es inaplicable la disposición contenida en el inciso 2o. del ya citado artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo".

LA CORTE CONSIDERA:

En sus aspectos esenciales, de hecho y de derecho, en las decisiones de instancia y en casación, el presente juicio es igual al seguido contra Sears Roebuck del Caribe, por Arturo Iván Sánchez Zapata.

En vista de la igualdad de situaciones en los dos procesos, para resolver el que se examina, basta transcribir lo dicho por la Sala en sentencia de 7 de febrero de 1.964, al decidir el citado negocio. Dijo en esa oportunidad esta Sala de la Corte:

"1 La palabra "salario" es genérica; comprende la remuneración que el patrono paga por sus servicios al trabajador dependiente, cualquiera que sea su forma (art. 22, inciso 2 del. C.S.T.).

"Formas del salario son únicamente dos: Por unidad de tiempo o por resultado (art. 132 ibídem). Acorde con la ley, la doctrina de los expositores no conoce sino esa dos.

"El de la primera es fijo: se retribuye la duración del trabajo y no el esfuerzo realizado. Para su adquisición basta el solo transcurso del tiempo, que sirve de medida de la

remuneración. En el de la segunda, no es el tiempo la medida del salario, sino el resultado de la actividad del trabajador. Modalidades de esta clase es el aslariopor obra o a destajo y por tarea, que a título de ejemplo menciona el art. 132 del Código. Otras especies de esta clase, entre las muchas que pueden citarse, son el salario por comisión y por participación en las utilidades. El hecho de que el valor de la retribución se subordine a la actividad del trabajador, es lo que permite calificar de variable esta categoria salarial.

"Para efectos de la remuneración de los descansos en domingos y otros días festivos, el Código citado toma en cuenta las dos categorías del salario, y al efecto, dispone:

"Como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordinario sencillo; en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado (art. 174).

"Jornal y sueldo son especies del salario fijo o por unidad de tiempo, pero sólo respecto de la segunda el mandato legal preceptúa que el pago del sueldo comprende el de los descansos. El trabajador a jornal, al tenor de la disposición, debe recibir con el salario, si presta el servicio en los términos que indica el art. 173, inciso 1, el correspondiente al descanso dominical, como el de los demás días festivos, sin los requisitos a que se refiere el citado precepto, de acuerdo con lo previsto en el art. 177, inciso 2.

"Para la remuneración del descanso en todos los tipos de remuneraciones variables, el art. 176 señala cuál es el salario computable.

"Congruente con el anterior precepto es el del art. 141. Según sus términos, sólo en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, pueden estipularse salarios básicos fijos, para solucionar, entre otras obligaciones, el descanso dominical, en los casos en que la remuneración no sea fija.

"No se requieren mayores esfuerzos de dialéctica para demostrar que el salario a comisión es tipo de remuneración variable. A la mente se presenta con todos los atributos de una verdad evidente. Así lo patentiza en el asunto litigioso la inspección judicial. Relaciona ésta el salario devengado por el trabajador semanalmente, y aunque en muchas es igual, en otras es diferente.

"2. La acusación dice que no es cierto que el sueldo y el jornal consistan siempre en salario fijo, como tampoco lo es que el variable sea sólo salario y nunca sueldo ni jornal. Sienta esa premisa para extraer la conclusión de que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo.

"Ninguna de las dosafirmaciones es exacta.

"El sueldo y el jornal son tipos de salarios fijos. Así se desprende claramente de la definición de los dos vocablos, contenida en el art. 133. Los días y los periodos mayores de días, expresiones de que se vale el precepto para definir el salario a jornal y a base de sueldo, son fracciones de tiempo. Reafirma el concepto el art. 134, inciso 1, al señalar el período de pago en las dos modalidades de la remuneración; para jornales no deben exceder de una semana y para sueldos de un mes. Precisado el concepto de sueldo y el de jornal, con base en la ley, no cabe dentro de la noción de uno y otro vocablo, la opinión de que la comisión sobre ventas, forma de salario pactada por los litigantes, "aunque variable", fue un sueldo. "Fijo", según el diccionario de la lengua, significa permanentemente establecido sobre reglas determinadas, y no expuesto a movimiento o alteración"; la palabra "variable" según la misma fuente, significa: "inestable, inconstante y mudable". Es patente la antítesis entre las dos dicciones. Si el sueldo es asignación fija y la comisión asignación variable, y si los dos conceptos, en buen romance son distintos, no puede la comisión ser a la vez salario fijo y salario variable. Como se ve, la tesis de la impugnación resulta contradictoria.

"Las partes, en uso de la faculad que les otorga el art. 132, pueden acordar cualquiera de las dos clases de remuneración, o combinar el salario por unidad de tiempo con una cualquiera de las modalidades del variable. Lo que sí no les está permitido es escoger el variable denominándolo sueldo, tipo de asignación fija, para colocar la estipulación bajo el imperio del art. 174, inciso 2 del Código del Trabajo, como lo pretende la acusación. Un pacto de tal clase vulnera el derecho del trabajador a los descansos legales, contrario a lo previsto en el art. 43 de ese Código, en pugna también con el principio de su art. 13. Uno y otro, para el caso en examen, son restricciones a la libertad contractual.

"3. Para el acusador no hay sino un solo tipo de salario: sueldo y jornal. De manera que -arguye- siendo salario el variable, no puede operar de manera autónoma, para efectos de la remuneración de los descansos legales, el art. 176, sino en concordancia con las demás de que hace mèrito. Concreta la aplicación del citado precepto, al caso de salarios variables estipulados por días.

"La Sala observa que el jornal y el sueldo son especies del salario por unidad de tiempo, como se dijo y explicó en pasajes anteriores de esta providencia. También se dejó esclarecido que el Código del Trabajo (art. 132) enuncia el salario por unidad de tiempo como categoria distinta de las demás que menciona (por obra o a destajo o por tarea). Separa, como también se apuntó, para los fines de la remuneración de los descansos, las dos clases, sometiendo la variable al régimen del art. 176. No era, pues, del caso aplicar regla distinta a la mencionada. Que ella sólo opere respecto de salarios variables estipulados por días, es argumento inaceptable, primero porque esa modalidad no es variable sino fija, y segundo, porque respecto de ella, la disposición pertinente es la del art. 174, inciso 1 del estatuto laboral".

Con fundamento en las consideraciones expuestas por la Sala en la sentencia cuyos apartes fundamentales se han transcrito, se desecha el primer cargo.

En relación con el segundo cargo, observa la Sala:

Acusa violación directa de la ley por aplicación indebida de las normas del Código Sustantivo del Trabajo que regulan lo referente al auxilio de cesantía y prima de servicios. Todo el razonamiento del impugnador se funda en el supuesto de que hubiese prosperado el cargo anterior por interpretación errónea del art. 133 del mismo estatuto y de las demás normas que allí se mencionan. Así las cosas, si se tiene en cuenta que la Sala rechazó esa acusación, pues encontró acertado el criterio interpretativo del ad-quem al aplicar las disposiciones que el recurrente consideraba violadas, se concluye que tampoco pueden resultar infringidas las disposiciones legales que se citan en el cargo que se examina. En efecto, la condena al pago de la remuneración por los descansos legales, se produjo porque en el salario variable recibido por el demandante no estaba comprendido dicho pago, como lo pretendía la parte demandada, según se vió al estudiar el primer cargo. De esta manera, la remuneración por descanso en dominicales y festivos, que constituye parte integrante del salario según lo dispuesto por el art. 127 del C. S. T., debía tenerse en cuenta e imputarse al valor de la retribución recibida por el trabajador, para efectos de liquidar y pagar el importe de su cesantía y prima de servicios. Así resultan debidamente aplicadas las disposiciones que el recurrente considera violadas por la sentencia, pues, la condena al reajuste de lo pagado por cesantía y prima de servicios fue una consecuencia de la decisión que reconoció al demandante el derecho a la remuneración por los descansos legales. Se rachaza el cargo.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la Repùblica de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 23 de noviembre de 1.960.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, Notifíquese, Cópiese, Insértese en la Gaceta Judicial y Devuélvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes A.- Roberto de Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. REAJUSTE DE PRESTACIONES SOCIALES. EXENCION DE LA SANCION MORATORIA.

Ratificación de doctrinas relacionadas con la clasificación de los salarios y su influencia en la remuneración de los descansos legales a que tiene derecho el trabajador. Jurisprudencia de la Corte sobre exención de la sanción moratoria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E., diez y ocho de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Ricardo Gòmez Lizarralde, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra la sociedad denominada Sears Roebuck de Colombia S. A., para que con audiencia de su representante fuera condenada al pago de reajuste de cesantía, de prima de servicios, a la remuneraciòn por descanso en los domingos y festivos y por trabajo extra en día laborables, al pago de la indemnizaciòn moratoria y a las costas del juicio.

Afirma la demanda, en sus fundamentos de hecho, que Gómez Lizarralde trabajó al servicio de la Sociedad demandada, como vendedor de la divisiòn 42 de Sears Chapinero, desde el 5 de abril de 1.956 hasta el 26 de novienbre 1.958; que para retribuir los servicios del trabajador se pactó un salario del cinco por ciento (5%) de las ventas que efectuara semanalmente, retribución que le fue pagada oportunamente y qué, cuando en alguna semana no efectuaba ventas, el patrono le anticipaba una suma para descontarla del valor que le correspondiera en la semana inmediatamente posterior; que el salario devengado por el trabajador fue siempre variable; que el demandante laboró en cada semana más de 48 horas; que al liquidarle y pagarle el auxllio de cesantía y prima de servicios, la Sociedad no incluyó el valor correspondiente a la remuneración de horas extras ni la de domingos y festivos, ni le ha pagado lo devengado por estos conceptos; que el demandante mientras estuvo al servicio de la sociedad demandada, trabajó todos los días, excepto los domingos y festivos.

En derecho, funda las pretensiones en lo dispuesto por los arts. 22, 23, 24, 47, 127, 132, 161, 168, 172, 173, 174, 176, 177, 249, 253, 306 y 65 del C.S.T.; art. 2o. del Decreto 243 de 1.951; art. 593 y siguientes del C. J.; arts .2o., 5o., 20, 25, 26, 42, 55 y 74 y demás concordantes del C. P.L.

La demanda no fue contestada.

Agotado el trámite de rigor, el Juez Tercero Laboral de esta ciudad, profirió sentencia de primera instancia, con fecha 25 de enero de 1.961, por medio de la cual condena a la Sociedad demandada a pagar al actor, las siguientes sumas de dinero: $ 8.398.10, por concepto de dominicales: $ 2.133.58 por descanso remunerado en días festivos; $ 17.77 como reajuste de cesantía, y $ 907.34 por reajuste de prima de servicios y, la absuelve de los demás cargos. Condenó a la demanda al pago de un 60% de las costas.

Ambas partes apelaron de la anterior providencia. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, resolvió el recurso de alzada por sentencia de fecha 7 de marzo de 1.961, por medio de la cual modificó la de primer grado, en las condenas contenidas en los literales A), B), C) y D) del punto primero y dispuso que la demanda pagaría al actor $ 5.555.18 por dominicales, $ 1.961.49 por concepto de festivos, $ 2.021.20 por reajuste de cesantia y $753.09 por concepto de reajuste de prima de servicios.

Confirmó los numerales 2o. y 3o. del fallo apelado, y no hizo condenación en costas en la segunda instancia.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra el fallo de segundo grado, que les fue concedido. Admitido y tramitado debidamente, la Sala procede a decidir, teniendo en cuenta las demanda de casación y los correspondientes escritos de réplica, presentados oportunamente.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA.

Pretende que la Corte case parcialmente la sentencia impugnada para que en su lugar, convertida en Tribunal de instancia, revoque el numeral 1o. de la providencia del **a quo** y absuelva a la demandada de las condenas por remuneración de descansos en domingos y festivos, reajuste de cesantía y prima de servicios. Con fundamento en lo previsto en la causal primera del art. 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula dos cargos, que serán examinados, en su orden.

Primer cargo.

Acusa violación, por interpretación errónea, del art. 133 del C.S.T., en relación con los arts. 22 ordinal segundo, 57, ordinal cuarto, 127, 132, 141, 172, 173, 174, 176, 177 del mismo estatuto.

Para demostrar el cargo, dice que el Tribunal además de las consideraciones especiales consignadas en la sentencia, apoyó la decisión en la jurisprudencia sostenida reiteradamente por la misma entidad al decidir casos análogos, y, principalmente, en las razones expuestas en sentencia de fecha 24 de noviembre de 1.960 proferida en el juicio laboral promovido por Jaime Castellanos Morris, contra la misma Sociedad que ahora se demanda. El recurrente acompaña copia auténtica de la providencia citada por el Tribunal, hace una relación sintética de los razonamientos en élla contenidos, y, expresa luego, lo siguiente:

El planteamiento del Tribunal, según el cual tanto el jornal como el sueldo solo son concebibles como el resultado necesario de un lapso determinado (hora, día, semana, mes, etc.) y los salarios variables no son ni jornal ni sueldo, desemboca en estas conclusiones: a) la de que asi el sueldo como el jornal constituyen siempre salario fijo; y b) la de que el ordenamiento contenido en el art. 26 del C.S.T. es autónono, en lo que dice relación a la manera como debe remunerarse el descanso en domingos y festivos de los trabajadores que devengan salario variable.

Replica las conclusiones con estos argumentos: Nadie es osado a negar que existen salarios variados que son sueldos, porque no dependen del solo transcurso del tiempo, como el de un trabajador que consista en una base fija y un porcentaje sobre las utilidades de la empresa, ni tampoco que haya salarios fijos resultantes, con exclusividad, del mero trabajo desarrollado por el empleado, como el obtenido por la persona a quien se paga por unidad de obra, y que, en razón de su habilidad y experiencia ejecuta siempre, dentro del mismo lapso un número igual de unidades, ni, por último, que el salario variable particularmente el que consiste en el pago de una comisión, es compatible, en la teoría y en la práctica, con el sometimiento del trabajador a una jornada determinada y con su obligación de trabajar todos los días laborables de la semana. Desde un punto de vista jurídico, debe tomarse razón de que el art. 133 del Código Sustantivo del Trabajo, interpretado erróneamente por la sentencia, no formula la distinción que hace ésta entre salarios con carácter de jornal o sueldo y salarios con el simple carácter de tales, ni menos, entre salarios -sueldos- fijos o salarios -jornales- fijos y salario -salarios- variables.

Si bien es cierto que las partes, respetando el mínimo legal, pueden convenir el salario en diversas modalidades que enunciativamente expresa el art. 132 del C. S. T., no lo es menos que de allí tampoco es lícito deducir las consecuencias contenidas en el fallo impugnado, porque el propio legislador, en el artículo 22 ordinal 2o. del mismo estatuto, se encarga de definir el salario, indicando en el artículo 127 ibídem, los elementos que lo integran. De acuerdo con la definición del salario y sus elementos integradores, la estipulación por días o por períodos mayores puede y debe referirse también a la remuneración del servicio, "cualquiera que sea su forma" es decir, "fija u ordinaria", "por porcentajes sobre ventas", "por comisiones", "por participación de actividades" etc.

La argumentación expuesta demuestra: no es cierto que el sueldo y el jornal consistan siempre en un salario fijo; tampoco es cierto que el salario variable sea solamente salario y nunca sueldo ni jornal.

Si todo salario o remuneración del servicio, cualquiera que sea su forma o modalidad, tiene que ser sueldo o jornal, el salario variable, que es un salario, no puede ser materia de regulación autónoma, como lo pretende el sentenciador porque es indispensable tomar en cuenta para la remuneración de los descansos legales, la calidad de sueldo o de jornal que haya podido tener el salario variable de que se trate. En consecuencia, resulta errónea la última de las conclusiones de la sentencia acerca de la manera autónoma, sin correspondencia con las restantes normas que el cargo singulariza, como pretende que opere el art. 176 del Código, respecto a la remuneración del descanso dominical y en días festivos de los trabajadores que devengan un salario variable, porque esta norma, concordaba con aquellas otras, solo resulta aplicable a los salarios variables estipulados por días.

Concluye el cargo diciendo que la interpretación correcta de las normas ya mencionadas, conduce a las siguientes conclusiones: que la Sociedad demandada pagó al demandante el salario convenido, de conformidad con lo prescrito en el artículo 57-4 del Código; que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo, y que; para resolver el caso sub-judice, la norma aplicable es el inciso 2o. del artículo 174 del C. S. T.

El opositor observa que la proposición jurídica en el cargo es incompleta pues no se citan todas las disposiciones que consagran los derechos de cesantía y prima de servicios y que son materia de condena en la sentencia. Respecto a las consideraciones jurídicas que invoca el recurrente dice que, hace suyas las expuestas por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, al decidir el juicio promovido por Antonio de la Hoz contra la Sociedad demandada, y al efecto reproduce lo que estima conducente de ese fallo.

Segundo Cargo.

Manifiesta que la sentencia recurrida violó directamente, por aplicación indebida, los arts. 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 127 ibidem, como consecuencia de la interpretación errónea del art. 133 del mismo Código, en relación con los arts. 22, ordinal segundo, 57-4, 127, 132, 141, 172, 173, 174, 176 y 177 del mismo Estatuto.

Sostiene el recurrente que como consecuencia de la interpretación errónea de las normas que singulariza el cargo, para cuya demostración se remite a lo expuesto en el anterior, el Tribunal ordenó pagar $ 2.021. 20 por reajuste de cesantía y $ 753. 09 por diferencia de primas, aplicando en forma indebida los otros textos legales, acerca de los cuales se predica violación directa, con independencia de toda cuestión de hecho; que si el fallador no hubiera incurrido en la interpretación errónea demostrada en el primer cargo, que constituye en éste una infracción medio, había concluído en la absolución de la demandada, respecto a las súplicas sobre reajuste de cesantía y prima de servicios.

El opositor alega que para el rechazo del cargo es suficiente tener en cuenta que en èl se acusa aplicación indebida, por violación directa, de los artículos 249 y 306 del C.S.T., lo cual, en su concepto, es contrario a la técnica de casación, pues que la aplicación indebida es la típica y única forma de violación indirecta.

Se estudia:

El Tribunal, en la sentencia impugnada, admite que el contrato de trabajo y el tiempo de servicios, son hechos demostrados en el juicio por medio del contrato escrito que se acompañó a la demanda y con el documento visible al folio 5 sobre liquidación de las prestaciones del trabajador; acepta, también, el salario devengado por el actor, consistente en comisiones sobre ventas, de cuyo importe semanal da cuenta la Inspección Ocular que consta en las Actas visibles a folios 44 a 47 y 53 a 54. Así, procede luego al estudio de las peticiones de la demanda y expresa, de acuerdo con el a quo, que el salario señalado al trabajador era variable, por lo cual debía regularse por lo dispuesto en el art. 176 del C.S.T., sin que pudiera tenerse en cuenta, para el caso de autos, el art. 174 de la misma obra. Agrega que, sobre la forma como deben liquidarse los dominicales de aquellos

trabajadores que no perciben un salario fijo sino variable, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse en varios casos y se remite a lo dicho en sentencia de 24 noviembre de 1.960, proferida en el juicio instaurado por Jaime Castellanos Morris contra Sears Roebuck.

LA CORTE CONSIDERA:

En caso igual al presente, dijo esta Sala:

"1o. La palabra "salario" es genérica; comprende la remuneración que el patrono paga por sus servicios al trabajador dependiente, cualquiera que sea su forma (art. 22, inciso 2 del C.S.T.).

"Formas del salario son únicamente dos: por unidad de tiempo o por otro resultado (art. 132 ibídem). Acorde con la ley, la doctrina de los expositores no conoce sino esas dos.

"El de la primera forma es fijo: se retribuye la duración del trabajo y no el esfuerzo realizado. Para su adquisición basta el solo transcurso del tiempo, que sirve de medida de la remuneración. En el de la segunda, no es el tiempo la medida del salario, sino el resultado de la actividad del trabajador. Modalidades de esta clase es el salario por obra o a destajo y por tarea, que a título de ejèmplo menciona el art. 132 del Código. Otras especies de esta clase, entre las muchas que pueden citarse, son el salario por comisión y por participación en las utilidades. El hecho de que el valor de la retribución se subordine a la actividad del trabajador, es lo que permite calificar de variable esta categoría salarial.

"Para efectos de la remuneración de los descansos en domingos y otros días festivos, el Código citado toma en cuenta las dos categorías del salario, y al efecto, dispone:

"Como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordinario sencillo; en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en dias en que es legalmente obligatorio y remunerado (art. 174).

"Jornal y sueldo son especies de salario fijo o por unidad de tiempo, pero sólo respecto de la segunda el mandato legal preceptúa que el pago del sueldo comprende el de los descansos. El trabajador a jornal, al tenor de la disposición, debe recibir con el salario, si presta el servicio en los términos que indica el art. 173, inciso 1, el correspondiente al descanso dominical, como el de los demás días festivos, sin los requisitos a que se refiere el citado precepto, de acuerdo con lo previsto en el art. 177, inciso 2.

"Para la remuneración del descanso en todos los tipos de remuneraciones variables, el art. 176 señala cuál es el salario computable.

"Congruente con el anterior precepto es el del art. 141. Según sus términos, sólo en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, pueden estipularse salarios básicos fijos, para solucionar, entre otras obligaciones, el descanso dominical, en los casos en que la remuneración no sea fija.

"No se requieren mayores esfuerzos de dialéctica para demostrar que el salario a comisión es tipo de remuneración variable. A la mente se presenta con todos los atributos de una verdad evidente. Así lo patentiza en el asunto litigioso la inspección judicial. Relaciona ésta el salario devengado por el trabajador semanalmenie, y aunque en muchas es igual, en otras es diferente.

"2. La acusación dice que no es cierto que el sueldo y el jornal consistan siempre en salario fijo, como tampoco lo es que el variable sea solo salario y nunca sueldo ni jornal. Sienta esa premisa para extraer la conclusión de que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo.

"Ninguna de las dos afirmaciones es exacta.

"El sueldo y el jornal son tipos de salarios fijos. Así se desprende claramente de la definición de los dos vocablos, contenida en el art. 133. Los días, y los periodos mayores de días, expresiones de que se vale el precepto para definir el salario a jornal y a base de sueldo, son fracciones de tiempo. Reafirma el concepto el art. 134, inciso 1, al señalar el período de pago en las modalidades de la remuneración; para jornales no deben exceder de una semana y para sueldos de un mes. Precisado el concepto de sueldo y el de jornal, con base en la ley, no cabe dentro de la noción de uno y otro vocablo, la opinión de que

la comisión sobre ventas, forma de salario pactada por los litigantes, "aunque variable", fue un sueldo. "Fijo", según el diccionario de la lengua, significa "permanentemente establecido sobre reglas determinadas, y no expuesto a movimiento o alteración"; la palabra "variable" según la misma fuente, significa: "inestimable, inconstante y mudable". Es patente la antítesis entre las dos dicciones. Si el sueldo es asignación fija y la comisión asignación variable, y si los dos conceptos, en buen romance son distintos, no puede la comisión ser a la vez salario fijo y salario variable. Como se ve, la tesis de la impugnación resulta contradictoria.

"Las partes, en uso de la facultad que les otorga el art. 132, pueden acordar cualquiera de las dos clases de remuneración, o combinar el salario por unidad de tiempo con una cualquiera de las modalidades del variable. Lo que si no les está permitido es escoger el variable, denominándolo sueldo, tipo de asignación fija, para colocar la estipulación bajo el imperio del art. 174, inciso 2 del Código del Trabajo, como lo pretende la acusación. Un pacto de tal clase vulnera el derecho del trabajador a los descansos legales, contrario a lo previsto en el art. 43 de ese Código, en pugna también con el principio de su art. 13. Uno y otro, para el caso en examen, son restricciones a la libertad contractual.

"3. Para el acusador no hay sino un solo tipo de salario; sueldo y jornal. De manera que -arguye- siendo salario el variable, no puede operar de manera autónoma, para efectos de la remuneración de los descansos legales, el art. 176, sino en concordancia con las demás de que hace mérito. Concreta la aplicación del citado precepto, al caso de salarios variables estipulados por días.

"La Sala observa que el jornal y el sueldo son especies del salario por unidad de tiempo, como se dijo y explicó en pasajes anteriores de esta providencia. También se dejó esclarecido que el Código del Trabajo (art. 132) enuncia el salario por unidad de tiempo como categoría distinta de las demás que menciona (por obra o a destajo o por tarea). Separa, como también se apuntó, para los fines de la remuneración de los descansos, las dos clases, sometiendo la variable al régimen del art. 176. No era, pues, del caso aplicar regla distinta a la mencionada. Que ella solo opere respecto de salarios variables estipulados por días, es argumento inaceptable, primero porque esa modalidad no es variable sino fija, y segundo, porque respecto de ella, la disposición pertinente es la del art. 174, inciso 1 del estatuto laboral".

La misma doctrina contenida en la anterior sentencia sostuvo la corporación al decidir el recurso de casación interpuesto dentro del juicio de Fabio Duque contra "Sears Roebuck S. A.", en fallo de fecha 30 de enero pasado.

Con fundamento en las consideraciones expuestas por la Sala en la sentencia cuyos apartes fundamentales se han transcrito, se desecha el primer cargo.

En relación con el segundo cargo, observa la Sala:

Acusa violación directa de la ley por aplicación indebida de las normas del Código Sustantivo del Trabajo que regulan lo referente al auxilio de cesantía y prima de servicios. Todo el razonamiento del impugnador se funda en el supuesto de que hubiese prosperado el cargo anterior por interpretación errónea del artículo 133 del mismo estatuto y de las demás normas que allí se mencionan. Así las cosas, si se tiene en cuenta que la Sala rechazó esa acusación, pues encontró acertado el criterio interpretativo del **ad quem** al aplicar las disposiciones que el recurrente consideraba violadas, se concluye que tampoco pueden resultar infringidas las disposiciones legales que se citan en el cargo que se examina. En efecto, la condena al pago de la remuneración por los descansos legales, se produjo porque en el salario variable recibido por el demandante no estaba comprendido dicho pago, como lo pretendía la parte demandada, según se vió al estudiar el primer cargo. De esta manera, la remuneración por descanso en dominicales y festivos, que constituye parte integrante del salario según lo dispuesto por el art. 127 del C.S.T., debía tenerse en cuenta e imputarse al valor de la retribución recibida por el trabajador, para efectos de liquidar y pagar el importe de su cesantía y prima de servicios. Así, resultan debidamente aplicadas las disposiciones que el recurrente considera violadas por la sentencia, pues, la condena al reajuste de lo pagado por cesantía y prima de servicios fue una consecuencia de la decisión

que reconoció al demandante el derecho a la remuneración por los descansos legales. Se rechaza el cargo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Alcance de la impugnación. Aspira a que se case parcialmente el fallo del ad-quem, para que convertida la Corte en Tribunal de instancia se modifique la sentencia del Juzgado y se condene a la demandada a pagar al demandante el valor de la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del C.S.T., equivalente a la suma de $51.44 diarios, por cada día de retardo, a partir del 22 de noviembre de 1.958 y hasta cuando se cancelen los salarios y prestaciones debidas.

Con base en la causal 1a. prevista en el art. 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula un cargo contra la sentencia.

Cargo Unico.

Acusa la sentencia de violar, por vía indirecta, los numerales 1o. y 2o. del art. 65 del C. S. T., que dejó de aplicar, debiendo hacerlo, en concordancia con el art. 1624 del Código Civil, a causa de eminentes errores de hecho al estimar unas pruebas y desestimar otras.

Pruebas mal apreciadas.

Señala como erróneamente apreciado el contrato de trabajo, en su cláusula segunda, documento visible al folio 6 del expediente.

Para sustentar el cargo, por este primer aspecto, dice el recurrente que el Tribunal consideró que la Sociedad demandada no obró de mala fe al incluir en la liquidación de cesantía y primas el valor del descanso dominical, en atención a la forma como se redactó la cláusula segunda del contrato, por lo cual no consideró procedente imponer la sanción por mora, confirmando en esto la decisión del a quo.

Se debe observar -agrega- que el fallo proferido por el Tribunal admite que es ambigua la cláusula contractual que contiene la estipulación sobre salario, como quiera que ofrece mas de una interpretación, pues denomina sueldo mensual lo que en realidad es salario variable semanal. Pues bien, frente a la ambigüedad de esa estipulación contractual, debió aplicarse lo dispuesto en el inciso segundo del art. 1624 del Código Civil, interpretando la cláusula contra la parte demandada, que la redactó, pues, el contrato escrito de trabajo fue elaborado por la Sociedad; se trata de un ejemplar mimeografiado, que después llenó con el nombre de la empresa, denominación del cargo, etc., sin haber dado explicación sobre el alcance de lo que llaman "sueldo mensual", siendo así que la remuneración no se pactó por unidad de tiempo o salario fijo, sino por porcentaje o salario variable. A causa del error en la apreciación de la prueba, se dejó de aplicar el art. 65 del C. S. T., significando ausencia de mala fe donde realmente la hay. Si se procede conforme a lo dispuesto por la norma del Código Civil ya citada, habría tenido que deducir renuencia en el patrono y mala fe de su parte, al no pagar la remuneración correspondiente a descanso dominical y feriado, y al no haber incluido en la liquidación de cesantía y prima de servicios, el valor correspondiente a esos descansos.

Pruebas no apreciadas.

Dice que el Tribunal omitió apreciar, por lo que se refiere a la petición de salarios caídos, la confesión del representante de la Empresa, contenida en posiciones y la diligencia de Inspección Ocular.

Al respecto, expresa el recurrente que en la confesión provocada, el representante de la Empresa aceptó que el salario devengado por el demandante siempre fue variable (respuesta a la pregunta quinta del pliego, folio 35). Agrega, que la diligencia de inspección ocular demuestra esa peculiaridad de la remuneración, lo mismo que no se le pagó al trabajador suma alguna por descansos en dominicales y festivos. De esas pruebas se concluye en forma evidente que el salario devengado por el demandante fue siempre variable, equivalente a un porcentaje de las ventas que efectuara semanalmente, remuneración que no podía considerarse como sueldo, por no tratarse de un salario estipulado por unidad de tiempo. Que el Tribunal, por no haber tenido en cuenta esas pruebas, interpretó equivocadamente una cláusula ambigua del contrato, redactada por la parte demandada, llegando a consecuencias liberatorias donde debió encontrar renuencia patronal. Que en el caso de autos aparece

acreditado plenamente que la sociedad demandada no pagó al trabajador ni sus prestaciones completas ni la remuneración por descanso en días domingos y festivos.

La parte opositora sostiene que la cláusula segunda del contrato de trabajo no es ambigua ni el sentenciador la tuvo por tal. Que en ella se habla específicamente del sueldo mensual y que éste fué el entendimiento del sentenciador al apreciarla. Que el art. 1624 del Código Civil contiene una regla probatoria que no obliga en materia laboral, porque los jueces de esta jurisdicción no están sujetos a tarifa legal ninguna. Con relación a los elementos probatorios que el impugnador afirma no haber sido apreciados, dice que lo que se deduce del propio razonamiento del acusador es que el Tribunal sí los apreció, desde luego que condenó al pago del descanso en domingos y festivos, y de los reajustes de prima de servicios y cesantía, con base en tales pruebas.

SE CONSIDERA:

Esta Sala, por sentencia de fecha 31 de enero del presente año, al decidir una situación semejante al caso que se examina, dentro del juicio promovido por Emma Esperanza Rocha de Padilla contra la Sociedad "Sears Roebuck", expresó lo siguiente, que es aplicable para el presente caso:

"Puede admitirse que el patrono redactó la cláusula que la sentencia estima confusa, como lo sostiene el acusador. Sobre esta base conviene dilucidar si la sola ambigüedad de la cláusula autoriza para concluír que el patrono obró de mala fe, esto es, con el deliberado propósito de burlar los derechos del empleado. Una afirmación categórica en tal sentido no puede hacerse. Descubrir la intención de los contratantes es cuestión distinta de la de saber cual es la voluntad declarada. La que emerge del contrato entre las partes, relativa al salario, examinada a la luz de la razón, no lleva con necesidad lógica a la conclusión de que además de su ilegalidad, constituye prueba evidente de que al redactarla, el patrono obró de mala fe. Así lo estima la Sala en atención a que la ley del trabajo (art. 132) autoriza a las partes para convenir libremente el salario en sus diversas modalidades. Las partes, en uso de esa libertad, creyeron que podían ajustar el salario en la forma pactada. Ahora, si la cláusula, examinada frente a otros preceptos legales, resulta opuesta a ellos, desprovista de fuerza vinculante entre las partes, capaz de obligar al trabajador, esa situación apenas plantea un problema de interpretación, susceptible de error pero no inductivo de una conducta contraria a la buena fe, merecedora de sanción.

"Es cierto que en posiciones el representante de la sociedad admitió el hecho de que el salario convenido fue variable, e igualmente que así resulta de la inspección ocular, como lo afirma el recurrente. Todo ello sirve para corroborar las anteriores observaciones de la Sala, pues el patrono tuvo la creencia de que esa forma de retribución incluía el pago de los descansos en domingos y demás días festivos. Para pensarlo así se fundó en la consideración que puede estimarse errónea pero no fraudulenta, de que si el salario se estipulaba por períodos mayores de días aunque sea variable, recibe la denominación de sueldo, tomando en cuenta lo dispuesto por el art. 133 del C.S.T. Para el patrono no era, pues, cierta, la deuda proveniente de los descansos legales; al contrario, consideró haberla cancelado al hacer el pago de las comisiones. Por tal motivo al consignar lo que estimó deber a la demandante, se abstuvo de solucionar la obligación por el concepto expresado".

Debe tenerse en cuenta, además, que la jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte ha dicho que si el patrono discute con razones valederas la existencia de una obligación emanada del contrato laboral, puede ser eximido de la condena a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del Código del Trabajo, situación que precisamente es la que se confronta en el caso de autos. Por otra parte, no se advierte error evidente de hecho en la actividad probatoria del sentenciador, pues, la decisión del Tribunal, por lo que respecta a la cuestión debatida en el juicio, comprende, en el fondo, un problema de interpretación de normas y no exclusivamente de hecho. Y si se considera que la cuestión que se discute es esencialmente de hecho, el error de esta clase, si lo hubo, no aparece en forma manifiesta y ostensible, que es la condición requerida por la ley que pueda desquiciarse la sentencia.

El cargo no prospera.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 7 de marzo de 1.961.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insèrtese en la Gaceta judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes A.- Roberto de Zubiría C.- José joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. REAJUSTE DE PRESTACIONES. RATIFICACION DE DOCTRINAS RECIENTEMENTE EXPUESTAS POR LA SALA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotà, D. E. dieciocho de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquin Rodriguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida en el juicio ordinario que Federico Dávila Rueda promovió contra la sociedad anónima denominada "Sears Roebuck de Bogotà".

A). ANTECEDENTES.

Dávila Rueda trabajó al servicio de la sociedad, como vendedor, desde el 11 de julio de 1.955 hasta el 2 de diciembre de 1.958. Como remuneración por el servicio se estipuló un 5% de las ventas, que arrojó un promedio mensual de $3.600.oo. El empleado laboró todas las semanas durante el tiempo del contrato, a pesar de lo cual el patrono no le pagó el valor de los descansos legales. El empleado fue desmejorado en su cargo, pues se le trasladó a divisiones de categoria inferior y, además, se le redujo el salario en un ½%, determinación tomada por la empresa desde el lo. de junio de 1.957. Tampoco le pagó el patrono las horas extras que trabajó.

Con fundamento en los hechos expuestos, el apoderado del demandante pide que la sociedad sea condenada al pago de dominicales y festivos, reajuste del salario, de la cesantía y primas de servicio, y a la cancelación del trabajo suplementario. Señala el valor de las obligaciones, ateniéndose, en subsidio, a lo que se pruebe. Como peticiones adicionales hace las siguientes: condena por reajuste de vacaciones y trabajo nocturno y la de salarios indemnizatorios.

En derecho sustentan las súplicas las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda acepta la relación contractual de trabajo, manifestando, respecto de la remuneración en domingos y festivos, que fue cubierta al pagarle al empleado el sueldo mensual estipulado. Negó que éste hubiera sido desmejorado en su cargo. En relación con los demás hechos, se atuvo a lo que resulte probado en el juicio.

B). LOS FALLOS DE INSTANCIA.

La relación de primer grado terminó por sentencia de fecha 15 de septiembre de 1.960 proferida por el Juzgado 7º. del Trabajo de Bogotá. La resolución absuelve a la sociedad de todos los cargos, y le impone las costas al demandante.

Apeló la parte vencida. Decidió la relación de apelación el Tribunal Superior de Bogotà, Sala Laboral, por sentencia de fecha 4 de julio de 1.961. La providencia revoca la del inferior y, en su lugar, condena a la sociedad a pagar al demandante, lo siguiente: a) $7.851.34, por dominicales y festivos: b) $588.55, por reajuste de cesantía; y c) $540.78, por reajuste de primas de servicio. La absuelve de los demás cargos, condenàndola en un 70% de las costas causadas en primera instancia, y a la totalidad de las de segunda.

Contra el fallo del Tribunal interpuso la parte demandada el recurso de casación, que le fue concedido. Fue admitido aquí por la Sala y sometido al trámite correspondiente, hallàndose en estado de recibir sentencia.

Motivan la decisión recurrida en cuanto a las sùplicas sobre pago de los descansos legales, las siguientes consideraciones:

"La demandada pretende que en el pago de las comisiones está comprendida la remuneración correspondiente a los días de descanso obligatorio. Veamos si ésto es verdad.

"El art. 174 del C. S. del T., dice que en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado. Cuando el art. 133 denomina jornal al salario estipulado por días y sueldo al estipulado por periodos mayores, se está refiriendo al salario estipulado por unidad de tiempo y no en sus otras modalidades entre las cuales se encuentra la de comisiones sobre ventas, en cuyo caso cualquiera que sea el periodo de pago el salario no debe ser calificado como sueldo.

"Mal puede llamarse sueldo al salario determinado a destajo o por unidad de obra, cuando en su determinación no juega papel el tiempo, sino el resultado del trabajo mismo. Resulta entonces inaplicable la disposición del inciso 2 del ya citado art. 174 a aquellos casos en que el salario es estipulado a destajo y no por unidad de tiempo.

"Tampoco puede decirse que de acuerdo con el art. 127 del C. S. del T., al pagarle al actor los porcentajes sobre ventas, se le pagó lo que le correspondia por días de descanso obligatorio, porque dicha norma lo que viene a aclarar es que se considera salario no sólo lo que se paga al trabajador como remuneración fija u ordinaria por sus servicios, sino que además de èste se debe computar y añadir al salario fijo lo que devengue por concepto de porcentaje sobre ventas, comisiones, etc. Pero como aquí no había salario fijo al que pudiera agregarse lo que el actor devengara por comisiones de venta, sino que el salario lo constituía dicho porcentaje sobre las ventas que efectuara, hay que concluir que no se le pagó la que ha debido pagársele por concepto de remuneración por dominicales y días feriados".

C). DEMANDA DE CASACION.

Aspira a que se case la sentencia del ad-quem y a que en su reemplazo se confirme la de primer grado, pero no por las razones de su parte motiva sino por las que ha sostenido la sociedad desde la promoción del juicio.

Con apoyo en la causal primera de casación formula dos cargos, que sarán examinados en su orden.

Primer cargo.

Violación del art. 133, en relación con los arts. 22- 2, 57-4, 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del C.S.T., por errónea interpretación.

Para demostrarlo dice el recurrente que la tesis del Tribunal contradice el espiritu de la ley porque somete a un molde determinado la estipulación sobre el sálario; que el Código del Trabajo no prohibe que la remuneración se fije en atención al tiempo servido y a la labor realizada, ni que aquélla se estipule como sueldo, como tampoco impide a las partes convenir como sueldo un salario variable por cada mes de servicio, pues deja a su voluntad darle el carácter de jornal o de sueldo a las modalidades de la retribución, como lo expresa su art. 133; que por vía de interpretación no pueden derogarse o limitarse las facultades de que las partes gozan al respecto; que si de acuerdo con la norma citada sueldo es el salario estipulado por periodos mayores de un día, no hay razón para interpretarla en un sentido que perjudique al patrono, porque fuera de que la disposición contiene una clara facultad dada a los contratantes para acordar el salario como sueldo o jornal, hay otras normas del Código que le dan fuerza, como las contenidas en los arts. 22-2, 132, 127, 174-2 y 157-4; que los arts. 173 y 176 de la misma obra, conexos y complementarios, sólo se aplican cuando se estipula el salario por días, fijo o variable, conclusión a que se llega también si se relacionan los dos textos citados con el art. 174, inciso 1; que la errónea convicción del Tribunal sobre el alcance de las normas relacionadas, provocó la condena al pago de la deuda por los descansos legales, reajuste de cesantía y primas de servicio.

Al responder el cargo, dice el opositor que la tesis sostenida por varios Tribunales en casos iguales al presente, es la de que el art. 133 del C.S.T., que define el salario por jornal o a sueldo, se refiere a la remuneración por unidad de tiempo, de lo cual se infiere que no puede llamarse sueldo el salario a destajo o por unidad de obra, porque en su determinación no juega papel el tiempo sino el resultado del trabajo; que en consecuencia, el art.

174-2 ibidem resulta inaplicable cuando lo convenido por las partes sea un salario a destajo y no por unidad de tiempo; que, en tal hipótesis, la disposición aplicable es la del art. 176 de la misma obra. Agrega que la doctrina expuesta, acogida en el asunto litigioso, es la correcta, pues no hay duda de que el salario pactado (5% sobre ventas) era variable y no por unidad de tiempo.

Segundo cargo.

Violación de los mismos textos legales que enumera el primer cargo, de manera indirecta, a causa de evidentes errores de hecho en la estimación de unas pruebas.

Consistieron los errores en que la sentencia dió por demostrado, sin estarlo, que el demandante se obligó a trabajar todos los días de la semana y que su remuneración dependía solamente del resultado obtenido por él.

Las pruebas mal apreciadas fueron el contrato de trabajo (fls. 5 y 10) y la inspección ocular (fls. 64 a 71).

Dice la acusación que en el contrato las partes estipularon, a título de salario, un sueldo mensua correspondiente a un determinado porcentaje sobre ventas, habiendo convenido además en que el patrono anticiparía al empleado, semanalmente, la suma de $ 76.15, dentro de la cual quedaban incluidos los días de descanso legal. Da a conocer el contenido de los arts. 132, 127, 22-2, 133 y 174-2 del C.S.T., y agrega: De manera que si el actor tenía asignada una remuneracion mensual, no estaba obligado el patrono a pagarle por separado el valor del descansos en domingos y festivos, porque en todo sueldo se entiende comprendido el pago de los descansos en tales días.

Con referencia a la inspección ocular, alega que con base en las sumas que el empleado recibió a buena cuenta de comisiones, de que da cuenta la inspección, no puede liquidarse el descanso dominical que ordena pagar el art. 173 en relación con el 176, si no aparecen los días trabajados en cada semana y demostrada la obligación del trabajador de prestar sus servicios en todos los días laborables de esa unidad de tiempo, por lo cual la empresa ha debido ser exonerada de cancelar el valor de los descansos. Agrega que al decir la sentencia que como en el caso de autos no había salario fijo al cual pudiera agregarse el de las comisiones sobre ventas, sino únicamente el segundo, por lo cual era del caso condenar al pago de los descansos, estimó indebidamente la inspección, porque en la diligencia consta que el actor devengó, en los diversos lapsos de tiempo que enumera, remuneraciones mensuales de $ 400.oo, $ 550.oo y $ 700.oo, más el ½% sobre ventas.

Concluye el cargo diciendo que si el fallo valora las pruebas en su verdadero significado, habría llegado a la conclusión de que no eran aplicables al caso del pleito, los arts. 173, 176 y 177 del C.S.T.

Al replicar el cargo el opositor sostiene que la sentencia no incurrió en los errores de hecho que le imputa, por estas razones: el salario convenido (5% sobre ventas) fue variable, modalidad que no puede llamarse sueldo, aunque las partes le hayan dado tal nombre, pues para los fines legales la calificación no interesa, sino la realidad de los hechos. De no ser así se llegaría a la violación de normas de orden público y nada significarían los arts. 176 y 141, que consagran derechos especiales para el empleado cuando el salario es variable. Con referencia a la inspección ocular dice que ella registra el promedio de lo devengado por el demandante, a título de comisión, en promedio, semana por semana, de acuerdo con los días trabajados.

SE CONSIDERA:

1. Dice la sentencia que la cláusula segunda del contrato de trabajo celebrado por las partes, consignado en el documento de folio 5, se estipuló que el empleado devengaría un sueldo mensual consistente en un 5% sobre las ventas, considera esa forma de remuneración como tipo de salario variable, al cual no es aplicable el art. 174-2 del C.S.T. sino el 176 ibidem, con arreglo al cual decidió la súplica sobre pago de los descansos legales.

2. La Sala estima acertado el juicio del Tribunal. Así lo considera por las razones que en caso igual al presente expuso al decidir el recurso de casación contra la sentencia que en segunda instancia definió el juicio seguido por Fabio Duque contra "Sears Roebuck S. A." de fecha 30 de enero de 1.964. A ella pertenecen los pasos que en seguida transcriben.

"6. No pugna la tesis del Tribunal, como lo afirma el cargo, con el precepto legal que faculta a las partes para estipular libremente el salario, (art. 132 del C.S.T.). Debe éste interpretarse tomandó en cuenta el tipo de remuneración pactado y su régimen legal. Si escogen el salario, por unidad de tiempo denominado sueldo, para remunerar los descansos en domingos y festivos la regla aplicable es la del art. 174-2; si optan por el salario variable, opera la doctrina del art. 176. Como antes se ha visto, se trata de dos categorías jurídicas distintas, cada una de las cuales debe ser gobernada por las respectivas normas legales.

"7. Que las partes tengan facultad para estipular el salario, no conduce a la conclusión de que si escogen el variable pero dándole la denominación de "sueldo" o "jornal", deba respetarse su voluntad, como lo pretende el recurrente. La libertad contractual acerca del punto en examen, no autoriza a los contratantes para alterar la esencia de las instituciones jurídicas, pues en el derecho del trabajo domina el principio de que sus normas reguladoras son del orden público en cuanto procuran la protección de asalariado, esto es, de naturaleza imperativa. Por tanto, los aspectos no tienen la calidad que quieran darle los contratantes, sino la que realmente les corresponda.

"8. La libertad para estipular el salario no sólo tiene las restricciones de que trata el art. 132, sino otras de especial importancia, entre las cuales cabe destacar la de que no producen efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del asalariado en relación con lo que disponga la ley laboral, de conformidad con lo preceptuado en el art. 43.

"Ahora bien: el art. 172 del C.S.T. establece el principio de que todo trabajador tiene derecho al descanso dominical remunerado, con una duración mínima de 24 horas; el art. 177 ibidem le concede el mismo derecho en los días festivos que relaciona.

"Distingue el mismo estatuto, para el efecto de la remuneración de los descansos referidos, entre el salario a base de sueldo y el variable. El primero, como se deduce de su definición legal (art. 133) está sometido a la unidad de tiempo; su pago debe hacerse, cuando se trata de sueldos, por períodos que no excedan de un mes, en moneda legal (art. 134, inciso 1). En esa modalidad salarial el pago del sueldo incluye el de los descansos legales (art. 174, inciso 2).

"El segundo -salario variable- no es fijo en su cuantía. La unidad de tiempo no sirve para conocer su valor, aunque para liquidarlo se haya fijado por las partes un determinado lapso, pues su importe no depende de que éste transcurra, sino del esfuerzo y capacidades del empleado. Para la remuneración de dominicales y festivos, el legislador se limita a señalar el procedimiento que debe seguirse, expresando que está representada en el promedio de lo devengado por el empleado en la semana inmediatamente anterior, tomando en cuenta únicamente los días trabajados, si de dominicales se trata (art. 176) y sin descuentos por faltas al trabajo para el pago del descanso en los demás días festivos (art. 177, inciso 2).

"No hay equivalencia entre el salario por unidad de tiempo y el variable, en sus diversas modalidades, como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la norma establecida para el pago de los descansos en el primero, no es aplicable para su cancelación en el segundo. Debe descartarse, por consiguiente, el argumento a pari o de analogía.

"No se trata, pues, de que no habiendo establecido el legislador para el pago de los descansos legales, cuando el salario sea variable, la misma regla del art. 174-2, lo haya sustraído por ese sólo hecho del imperio de esa norma, sino de situaciones jurídicas distintas en cuanto a las modalidades de retribución de los servicios del asalariado, con diferente régimen legal. Así lo confirma la circunstancia de que de manera expresa señala para la remuneración variable cuál es el salario computable para cancelar la deuda proveniente de los mencionados descansos, lo cual demuestra que no la estimó solucionada con el pago de la retribución.

"No es exacto, como lo asevera el acusador, que el art. 176 del Código solo se aplica a "los salarios variables estipulados por días". Observa la Sala que esa modalidad salarial no es tipo de retribución variable sino fija, como claramente se deduce de lo dispuesto por el art. 133, en relacion con el 134, inciso 1 del

estatuto laboral. De otro lado, el primero de los indicados textos legales no se refiere a salarios fijos sino variables, sin consideración al período que regule su pago.

"El nombrado art. 174 contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea fijo, sino el de que el pactado lo sea a base de sueldo. Por consiguiente, cualquiera otra especie de remuneración, fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos.

"Según lo axpuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales, se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.

"La situacion juridica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentaje sobre ventas, pór ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (art. 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período de tiempo (semanas, quincenas o meses).

"Por último, en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del art. 21 del C.S.T., el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador".

Reafirma la Sala la anterior doctrina y con base en élla, desecha el cargo.

3. Con relación al segundo cargo, observa la Sala:

No estimó la sentencia con desacierto el contrato de trabajo en las cláusulas relativas al salario, pues lo que ellas demuestran no es el hecho de que lo convenido por las partes hubiera sido un sueldo mensual, sino una remuneración variable. Sobre este punto, al examinar el primer cargo, la Sala expuso las razones en que funda la anterior conclusión, y a ello se remite.

4. La inspección ocular demuestra que durante el tiempo del contrato fue continuo el trabajo del demandante y el hecho de no haber recibido el valor correspondiente a los descansos legales, esto es, extremos contrarios a los que afirma la acusación. Las tarjetas que registran la remuneración devengada por el actor, semanalmente, examinadas en la diligencia de inspección, anotan sumas mensuales fijas y porcentajes sobre ventas, es decir, un tipo de asignación mixta, sistema de remuneración variable como se expuso en la sentencia de esta Sala de que antes se hizo mérito.

No prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, Notifíquese, Publíquese, Insértese en la Gaceta Judicial y Devuélvase el Expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes.- Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LEGALES DEL TRABAJADOR. DOCTRINAS DE LA SALA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotà, D. E. veinte de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

José María Palacio González, por medio de apoderado, demandó a la Sociedad "Sears Roebuck de Colombia S. A." representada por su Gerente señor Johnson Hagood, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se condenase a la Sociedad demandada a pagarle las sumas que resulten demostradas por los conceptos de cesantía, remuneración por descanso en dominicales y festivos, vacaciones, primas de servicios y las costas del juicio.

Para fundamentar los anteriores pedimentos relató los hechos que se sintetizan:

Que el actor entró a prestar sus servicios a la demandada en el año de 1.954; que según el contrato suscrito debía recibir una comisión de un 5% del valor de las ventas; que la Sociedad no pagó al actor la remuneración de los descansos legales; que el trabajador fue retirado en el año de 1.958 sin habérsele pagado las prestaciones demandadas.

En derecho invocó el C. S. T. y el C. de P. L.

La entidad demandada, por medio de apoderado, se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas pedidas; aceptó los dos primeros hechos y negó los demás manifestando que le habían sido canceladas todas las prestaciones a que tenía derecho y que la causa de la terminación del contrato fue la renuncia presentada por el trabajador. Propuso las excepciones perentorias de pago y transacción.

Tramitada la controversia, correspondió decidirla al Juez Primero del Trabajo del Circulo Judicial de Barranquilla, que fue el del conocimiento, mediante sentencia de 21 de enero de 1.959, por la cual condenó a la entidad demandada a pagar al actor $ 3.469.57 por dominicales y festivos; declaró probada la excepción de prescripción propuesta en la primera audiencia de trámite; absolvió en lo demás, y se abstuvo de condenar en costas.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla -Sala Laboral-, entidad que decidió el negocio en segunda instancia por sentencia de 3 de febrero de 1.960, la cual reformó el numeral 1o. de la providencia recurrida, en el sentido de condenar a la demandada a pagar al actor únicamente la suma de $ 3.023.21 por dominicales y festivos. En lo demás, la confirmó.

El apoderado de la Sociedad interpuso el recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal. Admitido y tramitado legalmente, la Corte pasa a decidirlo. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Persigue el recurrente la casación parcial de la sentencia impugnada para que la Corte, convertida en Tribunal de instancia, revoque el fallo del a-quo y absuelva a la sociedad demandada por el concepto a que fue condenada.

Con base en la causal 1a. del art. 87 del C. de P. L., formula un cargo contra la sentencia.

Cargo único.

Acusa la sentencia de ser violatoria, por interpretación errónea, del art. 133 del C. S. del T. en relación con los arts. 22 ordinal 2o.,

57, obligación 4ª., 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 de la misma obra.

Afirma el recurrente que el sentenciador finca su razonamiento sobre estos hechos indiscutidos: a) que al actor se le reconoció como remuneración una comisión equivalente al 5o/o del valor de las ventas que efectuara la que se le cubrió por semanas vencidas y que el texto del contrato habla de "sueldo mensual"; y b) que al actor se le reconoció por concepto de anticipo en dinero efectivo y por semanas vencidas $76.15, suma que le era descontada en la semana siguiente al valor de las comisiones.

Agrega que tal razonamiento consiste, en síntesis, en lo siguiente: 1o.) cuando el artículo 133 del C. S. del T. habla de jornal y sueldo se refiere exclusivamente a los "salarios pactados por unidad de tiempo"; 2o.) como la comisión es una forma especial de salario por unidad de obra, no se le puede considerar ni como sueldo ni como jornal, ni se le puede aplicar el artículo 174 del C. S. del T, aunque se haya estipulado como "sueldo mensual"; 3o.) siendo así que la comisión que recibió el actor a título de salario fué variable, la norma a aplicar es el artículo 176 del C. S. del T. Dice que el planteamiento del Tribunal, según el cual tanto el jornal como el sueldo solo son concebibles como el resultado necesario de un lapso determinado de tiempo y los salarios variables no son ni jornal ni sueldo, lleva a las siguientes conclusiones: la de que tanto el sueldo como el jornal constituyen siempre salario fijo; y la de que el ordenamiento consagrado en el art. 176 del C. S. del T. es autónomo, en lo que dice relación a la manera como debe remunerarse el descanso en dominicales y festivos a los trabajadores que devengan salario variable.

Replica las conclusiones contra estos argumentos:

Nadie es osado a negar que existen salarios variables que son sueldos, porque no dependen enteramente, pero, ni siquiera en buena parte, del solo transcurso del tiempo, como el de un trabajador que consista en una base mínima fija y un porcentaje sobre las utilidades de la Empresa a la que se encuentra vinculado; ni tampoco que hay salarios fijos resultantes, con exclusividad, del mero trabajo desarrollado por el empleado, como el obtenido por la persona a quien se paga por unidad de obra y que, en razón de su habilidad y experiencia, ejecuta siempre, dentro del mismo lapso, un número igual de unidades.

Desde un punto de vista jurídico debe tomarse razón de que el artículo 133 del C. S. del T., interpretado erradamente por el sentenciador, no formula la distinción que éste hace entre salarios con carácter de jornal o sueldo y salario con el carácter simplemente de salarios, ni menos, entre salarios sueldos-fijos o salarios- jornales-fijos y salarios- salarios- variables.

Arguye, de otro lado, que si bien es cierto que las partes, respetando el mínimo legal pueden convenir el salario al tenor del artículo 132 del C. S. del T., de su texto no es lícito deducir las consecuencias contenidas en la construcción de la sentencia impugnada, desde luego que el propio legislador, en el artículo 22 ordinal 2º., se encargó previamente de definir el salario y señalar en el artículo 127 de la misma obra los elementos que lo integran. De acuerdo con tales definición y elementos, la estipulación del salario, por días o períodos mayores, puede y debe también referirse a la remuneración del servicio "cualquiera que sea su forma" es decir "fija u ordinaria", "por porcentajes sobre ventas", "por comisiones", etc.

Dice que con la anterior argumentación cree haber demostrado:

a). Que no es cierto que el sueldo y el jornal consistan siempre, en forma exclusiva, en un salario fijo; y

b). Que tampoco es cierto que el salario variable sea solamente salario y nunca sueldo ni jornal.

Si todo salario o remuneración de servicio, cualquiera que sea su forma, tiene que ser sueldo o jornal, el variable, que es un salario, no puede ser materia de regulación autónoma, como lo pretende el Tribunal, porque es indispensable tomar en cuenta, para la remuneración de los descansos legales, la calidad de sueldo o de jornal que haya podido tener el salario variable de que se trate. En consecuencia, resulta errónea la última de las conclusiones de la sentencia acerca de la manera autónoma, sin correspondencia con las restantes normas singularizadas en el cargo, como pretende que opere el artículo 176 del C.S.T., res-

pecto a la remuneración de dominicales y festivos de trabajadores con salario variable, porque esa norma, concordaba con aquellas otras, solo resulta aplicable a los salarios estipulados por días.

Finaliza el cargo diciendo que la correcta interpretación de las citadas normas, conduce a estas conclusiones: a) Que la sociedad pagó al actor el salario convenido, conforme al art. 57-4 del Código; b). Que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo; y c) Que para resolver el caso sub-judice, la norma aplicable es la del segundo inciso del art. 174 de la ley laboral.

SE CONSIDERA:

En cuanto a la súplica relativa al pago de la remuneración de los descansos legales, la sentencia acusada contiene, entre otras, estas consideraciones:

Conforme al art. 132 del C. S. T., patrono y trabajador están en completa libertad, respetando el salario mínimo, de estipular el salario en cualquiera de las modalidades "como por unidad de tiempo, por obra o a destajo y por tarea, etc.", lo que implica a no dudarlo, que una cosa bien distinta es el salario por unidad de tiempo y otra el que tiene por base la productividad de la labor realizada, como ocurre con el estipulado a destajo. Que cuando el art. 133 del C. S. T. denomina jornal al salario estipulado por días y sueldo el estipulado por períodos mayores, no hay duda alguna que se refiere al salario estipulado por unidad de tiempo; que entonces, mal puede llamarse sueldo el salario a destajo o por unidad de obra, cuando en su determinación no juega el tiempo sino el resultado del trabajo mismo. Concluye que en la remuneración pagada al trabajador no se comprendió la relativa a los descansos en domingos y festivos, y que la norma aplicable para liquidar su importe, es la contenida en el art. 176 de la obra citada.

Para resolver la acusación que se formula en el presente negocio, la Sala estima suficiente transcribir lo que se dijo al decidir el recurso de casación interpuesto dentro del juicio promovido por Arturo Iván Sánchez Zapata contra Sears Roebuck del Caribe, en sentencia de fecha 7 de febrero de 1.964, pues, en ese juicio, las cuestiones debatidas, en sus aspectos esenciales, de hecho y de derecho, en sus fallos de instancia y en la impugnación contra la sentencia de segundo grado, se contemplan situaciones idénticas a las del presente caso que se debate. De esta forma, para el rechazo del cargo que se examina, son suficientes las razones expuestas por la Sala en el mencionado fallo, en el cual se expresó, en lo pertinente, lo que a continuación se transcribe:

"1. La palabra "salario" es genèrica; comprende la remuneración que el patrono paga por sus servicios al trabajador dependiente, cualquiera que sea su forma (art. 22, inciso 2 del C. S. T.).

"Formas del salario son únicamente dos: por unidad de tiempo o por resultado (art. 132 ibídem). Acorde con la ley, la doctrina de los expositores no conoce sino esas dos.

"El de la primera forma es fijo: se retribuye la duración del trabajo y no el esfuerzo realizado. Para su adquisición basta el solo transcurso del tiempo, que sirve de medida de la remuneración. En el de la segunda, no es el tiempo la medida del salario, sino el resultado de la actividad del trabajador. Modalidades de esta clase es el salario por obra o a destajo y por tarea, que a título de ejemplo menciona el art. 132 del Código. Otras especies de esta clase, entre las muchas que pueden citarse, son el salario por comisión y por participación en las utilidades. El hecho de que el valor de la retribución se subordine a la actividad del trabajador, es lo que permite calificar de variable esta categoría salarial.

"Para efectos de la remuneración de los descansos en domingos y otros días festivos, el Código citado toma en cuenta las dos categorías del salario, y el efecto, dispone:

"Como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordinario sencillo; en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado (art. 174).

"Jornal y sueldo son especies del salario fijo o por unidad de tiempo, pero sólo respecto de la segunda el mandato legal preceptúa que el pago del sueldo comprende el de los descansos. El trabajador a jornal, al tenor de la disposición, debe recibir con el salario, si presta el servicio en los términos que indica el art. 173, inciso 1, el correspondiente al descanso

dominical, como el de los demas días festivos, sin los requisitos a que se refiere el citado precepto, de acuerdo con lo previsto en el art. 177, inciso 2.

"Para la remuneración del descanso en todos los tipos de remuneraciones variables, el art. 176 señala cuál es el salario computable.

"Congruente con el anterior precepto es el del art. 141. Según sus términos, sólo en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, pueden estipularse salarios básicos fijos, para solucionar, entre otras obligaciones, el descanso dominical, en los casos en que la remuneración no sea fija.

"No se requieren mayores esfuerzos de dialéctica para demostrar que el salario a comisión es tipo de remuneración variable. A la mente se presenta con todos los atributos de una verdad evidente. Así lo patentiza en el asunto litigioso la inspección judicial. Relaciona ésta el salario devengado por el trabajador semanalmente, y aunque en muchas es igual, en otras es diferente.

"2. La acusación dice que no es cierto que el sueldo y el jornal consistan siempre en salario fijo, como tampoco lo es que el variable sea solo salario y nunca sueldo ni jornal. Sienta esa premisa para extraer la conclusión de que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo.

"Ninguna de las dos afirmaciones es exacta.

"El sueldo y el jornal son tipos de salarios fijos. Así se desprende claramente de la definición de los dos vocablos, contenida en el art. 133. Los días y los períodos mayores de días, expresiones de que se vale el precepto para definir el salario a jornal y a base de sueldo, con fracciones de tiempo. Reafirma el concepto el art. 134, inciso 1, al señalar el período de pago en las modalidades de la remuneración; para jornales no deben exceder de una semana y para sueldos de un mes. Precisado el concepto de sueldo y el de jornal, con base en la ley, no cabe dentro de la noción de uno y otro vocablo, la opinión de que la comisión sobre ventas, forma de salario pactada por los litigantes, "aunque variable", fue un sueldo. "Fijo", según el diccionario de la lengua, significa "permanentemente establecido sobre reglas determinadas, y no expuesto a movimiento o alteración", la palabra "variable" según la misma fuente, significa: "inestimable, inconstante y mudable". Es patente la antítesis entre las dos dicciones. Si el sueldo es asignación fija y la comisión asignación variable, y si los dos conceptos, en buen romance son distintos, no puede la comisión ser a la vez salario fijo y salario variable. Como se ve, la tesis de la impugnación resulta contradictoria.

"Las partes, en uso de la facultad que les otorga el art. 132, pueden acordar cualquiera de las dos clases de remuneración, o combinar el salario por unidad de tiempo con una cualquiera de las modalidades del variable. Lo que sí no les está permitido es escoger el variable, denominándolo sueldo, tipo de asignación fija, para colocar la estipulación bajo el imperio del art. 174, inciso 2 del Código del Trabajo, como lo pretende la acusación. Un pacto de tal clase vulnera el derecho del trabajador a los descansos legales, contrario a lo previsto en el art. 43 de ese Código, en pugna también con el principio de su art. 13. Uno y otro, para el caso en examen, son restricciones a la libertad contractual.

"3. Para el acusador no hay sino un solo tipo de salario: sueldo y jornal. De manera que -arguye- siendo salario el variable, no puede operar de manera autónoma, para efectos de la remuneración de los descansos legales, el art. 176, sino en concordancia con las demás de que hace mérito. Concreta la aplicación del citado precepto, al caso de salarios variables estipulados por días.

"La Sala observa que el jornal y el sueldo son especies del salario por unidad de tiempo, como se dijo y explicó en pasajes anteriores de esta providencia. También se dejó esclarecido que el Código del Trabajo (art. 132) enuncia el salario por unidad de tiempo como categoría distinta de las demás que menciona (por obra o a destajo o por tarea). Separa, como también se apuntó, para los fines de la remuneración de los descansos, las dos clases, sometiendo la variable al régimen del art. 176. No era, pues, del caso aplicar regla distinta a la mencionada. Que ella solo opere respecto de salarios variables estipulados por días, es argumento inaceptable, primero porque esa modalidad no es variable sino fija, y segundo, porque respecto de ella, la disposición pertinente es la del art. 74, inciso 1 del estatuto laboral".

La misma doctrina contenida en la anterior sentencia sostuvo la Corporación al decidir el recurso de casación interpuesto dentro del juicio de Fabio Duque contra Sears Roebuck S. A., en providencia de fecha 30 de enero del presente año.

Con fundamento en las consideraciones expuestas por la Sala en la sentencia cuyos apartes conducentes se han transcrito, se desecha el cargo.

A virtud 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, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, de fecha 3 de febrero de 1.960.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, Cópiese, Notifíquese, Insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes A.- Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LEGALES DEL TRABAJADOR. REAJUSTE DE PRESTACIONES SOCIALES.

Reafirma la Sala sus doctrinas sobre salario fijo y salario variable y sobre la incidencia de esta clasificación para fijar la remuneración de los descansos legales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E., veinte de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Hèctor Villegas López, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra la Sociedad denominada Sears Roebuck de Colombia S. A., representada por su Gerente, para que, previos los trámites de rigor, fuera condenada a pagarle las sumas que resulten demostradas por concepto de reajuste de cesantía, de primas de servicios, remuneración del descanso en días domingos y festivos, por trabajo en horas extras, y la indemnización por mora en el pago de las prestaciones reclamadas.

Afirma la demanda en sus fundamentos de hecho, que Villegas López le prestó servicios dependientes a la sociedad, en el cargo de vendedor, desde el 14 de mayo de 1.956 hasta el 11 de enero de 1.959; que el empleado devengó un salario del 5% de las ventas, cuyo importe le fue cubierto semanalmente y que si en alguna semana el trabajador no efectuaba ninguna venta, la Sociedad le anticipaba una suma para descontarse del valor del porcentaje que correspondiera en la semana inmediatamente posterior; que el salario devengado por el trabajador, mientras estuvo al servicio de la demandada, fue variable; que al liquidarle y pagarle la Sociedad el auxilio de cesantía y prima de servicios, no incluyó el valor de las horas extras, ni la remuneración correspondiente a días domingos y festivos, deudas que tampoco le ha cancelado; que el trabajador laboró en cada semana más de 48 horas y que trabajó todos los días laborables.

Como fundamentos de derecho, invocó los arts. 22, 23, 24, 47, 127, 132, 161, 168, 172, 173, 174, 176, 177, 249, 253, 306 y 65 del C. S. T.; art. 2o. del decreto 243 de 1.951; el art. 593 y siguientes del C.J. y los arts. 2o., 5o., 20., 25., 36, 42, 55, 74 y concordantes del Código de Procedimiento Laboral.

En la primera audiencia de trámite, el apoderado del trabajador corrigió la demanda, en el sentido de indicar como representante legal de la sociedad demandada al señor Daniel A. Cummings. Admitida la corrección, se dió nuevo traslado de la demanda a la sociedad, que en esta oprtunidad se apersonó en el juicio, por medio de apoderado constituído al efecto. La respuesta de la demanda se opone a la prosperidad de las súplicas que se formulan. En cuanto a los hechos, niega unos y exige la prueba respecto de los otros, con excepción del tercero, que acepta.

La relación de primer grado terminó por sentencia del 28 de marzo de 1.960, proferida por el Juez Tercero Laboral de Bogotá. Por medio de èlla, condena a la Sociedad a pagar al demandante, lo siguiente: $3.416.55 por remuneración de dominicales y festivos; $76.42 por reajuste de cesantìa; y $709.46 por reajuste de primas de servicio (numeral 1o.). Absuelve a la demandada de los demás cargos formulados contra ella y la condena a pagar el 60% de las costas del juicio (ordinal 2o. y 3o.).

Ambas partes interpusieron el recurso de apelación contra la anterior providencia. Re-

solvió el recurso el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de fecha 12 de septiembre de 1.960, por la cual modificó el ordinal primero del fallo apelado, en el sentido de condenar a la Sociedad a pagar al actor lo siguiente: a) $13.641.09, por remuneración de domingos y festivos; b) $796.03 por reajuste de auxilio de cesantía; c) $1.888.13 por primas de servicios. Confirmó lo resuelto en los numerales 2o. y 3o. de la sentencia apelada, y no hizo condenación en costas.

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA SENTENCIA ACUSADA.

La motivan estas consideraciones, en cuanto a la súplica sobre pago de remuneración de los descansos legales.

"El artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo dice que en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado. El artículo 132 enseña que las partes pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, como por unidad de tiempo, por obra o a destajo, y por tarea, etc. A continuación el artículo 133 define como jornal el salario estipulado por días y como sueldo el estipulado por períodos mayores. Armonizando las anteriores disposiciones, se llega a la conclusión general de que solo hay lugar a denominar jornal o sueldo el salario, cuando se ha estipulado por unidad de tiempo, y no en sus otras modalidades, entre las cuales se encuentra la de comisiones sobre ventas, en cuyo caso, cualquiera que sea el período de pago, el salario no debe ser calificado como sueldo, y es inaplicable la disposición contenida en el inciso segundo del ya citado artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo".

LA DEMANDA DE CASACION.

Invoca la causal primera prevista en el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral y con fundamento en ella, formula dos cargos, que se estudiarán en su orden.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Aspira a que se case la sentencia impugnada, en cuanto se codena a la Sociedad al pago de la remuneración de dominicales y festivos, reajuste de cesantía y prima de servicios, para que, en su lugar, la Corte convertida en Tribunal de instancia, revoque el numeral primero de la providencia del a quo y absuelva a la Sociedad de todos los cargos, por los expresados conceptos.

Primer cargo.

Acusa violación del art. 133, en relación con los arts. 22 ordinal segundo, 57 obligación 4, 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 del C.S.T., por errónea interpretación.

Para demostrar el cargo, expone le recurrente:

El planteamiento del fallador, desemboca en estas conclusiones: la de que tanto el sueldo como el jornal constituyen siempre salario fijo; y la de que el ordenamiento contenido en el art. 176 del C.S.T. es autónomo, en cuanto indica el salario para remunerar los descansos legales.

Replica las conclusiones con estos argumentos: nadie es osado a negar que existen salarios variables que son sueldos, porque no dependen enteramente, ni siquiera en buena parte del solo transcurso del tiempo, como el de un trabajador que consista en una base mínima fija y un porcentaje sobre las utilidades de la empresa a la que se encuentra vinculado; ni tampoco que haya salarios fijos resultantes, con exclusividad, del mero trabajo desarrollado por el empleado, como el obtenido por la persona a quien se paga por unidad de obra y que, en razón de su habilidad y experiencia, ejecuta siempre, dentro del mismo lapso, un número igual de unidades. Desde un punto de vista jurídico, debe tomarse razón de que el art. 133 del Código, que es el interpretado erróneamente por la sentencia, no formula la distinción que ésta hace entre salarios con el carácter simplemente de salarios, ni menos, entre salarios sueldos-fijos o salarios jornales-fijos y salarios-variables.

Si es verdad que las partes, respetando el salario mínimo legal, pueden convenir la remuneración en las diversas modalidades que enunciativamente expresa el art. 132 del C.S.T., de su texto no es lícito deducir las consecuencias que contiene el fallo, porque el propio legisla-

dor, en el art. 22, inciso 2º. del mismo estatuto, se encarga de definir el salario, indicando en el art. 127, los elementos que lo integran. De acuerdo con la definición del salario y de sus elementos integradores, su estipulación por dias o por periodos mayores puede y debe referirse también a remuneración del servicio, "cualquiera que sea su forma" es decir, "fija u ordinaria", "por porcentajes sobre ventas", "por comisiones", "por participación de utilidades", etc.

La argumentación expuesta, demuestra: No es cierto que el suedo y el jornal consistan siempre en un salario fijo; tampoco es cierto que el salario variable sea solamente salario y nunca sueldo ni jornal.

Si todo salario o remuneración de servicio, cualquiera que sea su forma, tiene que ser sueldo o jornal, el variable, que es un salario, no puede ser materia de regulación autónoma, como lo pretende el Tribunal, porque es indispensable tomar en cuenta, para la remuneración de los descansos legales, la calidad de sueldo o de jornal que haya podido tener el salario variable de que se trata. En consecuencia, resulta errónea, la última de las conclusiones de la sentencia acerca de la manera autònoma, sin correspondencia con las restantes normas singularizadas en el cargo, como pretende que opere el art. 176 del C.S.T., respecto a la remuneración de dominicales y festivos de trabajadores con salario variable, porque esta norma concordaba con aquellas otras, solo resulta aplicable a los salarios estipulados por dias.

Agrega que la interpretación correcta de las normas mencionadas, conduce a las siguientes conclusiones: Que la Sociedad demandada pagó al actor el salario convenido, de acuerdo con lo prescrito en el art. 57 ordinal 4 del Código; que el salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo; y que, para la decisión del caso de autos, la norma aplicable es la del segundo inciso del art. 174 de la ley laboral.

LA CORTE CONSIDERA:

El problema que se debate en el caso de autos, es igual, en sus aspectos esenciales de hecho y de derecho, en las decisiones de instancia, y en casaciòn, al contemplado en el juicio seguido contra Sears Roebuck del Caribe por Arturo Iván Sánchez Zapata. Por tanto, para resolver la acusacion que se examina en el presente negocio, la Sala estima suficiente transcribir lo que al respecto se dijo, al decidir el recurso de casaciòn interpuesto dentro del mencionado juicio.

En esa oportunidad, esta Sala de la Corte expresó:

"1. La palabra "salario" es genérica; comprende la remuneración que el patrono paga por sus servicios al trabajador dependiente, cualquiera que sea su forma (art. 22, inciso 2 del C. S. T.).

"Formas del salario son únicamente dos: por unidad de tiempo o por resultado (art. 132 ibidem). Acorde con la ley, la doctrina de los expositores no conoce sino esas dos.

"El de la primera forma es fijo: se retribuye la duración del trabajo y no el esfuerzo realizado. Para su adquisición basta el solo transcurso del tiempo, que sirve de medida de la remuneración. En el de la segunda, no es el tiempo la medida del salario, sino el resultado de la actividad del trabajador. Modalidades de esta clase es el salario por obra o a destajo y por tarea, que a título de ejemplo menciona el art. 132 del Código. Otras especies de esta clase, entre las muchas que pueden citarse, son el salario por comisión y por participación en las utilidades. El hecho de que el valor de la retribución se subordine a la actividad del trabajador, es lo que permite calificar de variable esta categoria salarial.

"Para efectos de la remuneración de los descansos en domingos y otros dias festivos, el Código citado toma en cuenta las dos categorías del salario, y al efecto, dispone:

"Como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordinario sencillo; en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los dias en que es legalmente obligatorio y remunerado (art. 174).

"Jornal y sueldo son especies del salario fijo o por unidad de tiempo, pero sólo respecto de la segunda el mandato legal preceptúa que el pago del sueldo comprende el de los descansos. El trabajador a jornal, al tenor de la

disposición, debe recibir con el salario, si presta el servicio en los términos que indica el art. 173, inciso 1, el correspondiente al descanso dominical, como el de los demás días festivos, sin los requisitos a que se refiere el citado precepto, de acuerdo con lo previsto en el art. 177, inciso 2.

"Para la remuneración del descanso en todos los tipos de remuneraciones variables, el art. 176 señala cuál es el salario computable.

"Congruente con el anterior precepto es el del art. 141. Según sus términos, sólo en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, pueden estipularse salarios básicos fijos, para solucionar, entre otras obligaciones, el descanso dominical, en los casos en que la remuneración no sea fija.

"No se requieren mayores esfuerzos de dialéctica para demostrar que el salario a comisión es tipo de remuneración variable. A la mente se presenta con todos los atributos de una verdad evidente. Así lo patentiza en el asunto litigioso la inspección judicial. Relaciona ésta el salario devengado por el trabajador semanalmente, y aunque en muchas es igual, en otras es diferente.

"2. La acusación dice que no es cierto que el sueldo y el jornal consistan siempre en salario fijo, como tampoco lo es que el variable sea sólo salario y nunca sueldo ni jornal. Sienta esa premisa para extraer la conclusión de que el Salario estipulado, aunque variable, fue un sueldo.

"Ninguna de las dos afirmaciones es exacta.

"El sueldo y el jornal son tipos de salarios fijos. Así se desprende claramente de la definición de los dos vocablos, contenida en el art. 133. Los **días** y los períodos mayores de **días**, expresiones de que se vale el precepto para definir el salario a jornal y a base de sueldo, son fracciones de tiempo. Reafirma el concepto el art. 134, inciso 1, al señalar el período de pago en las modalidades de la remuneración; para jornales no deben exceder de una semana y para sueldos de un mes. Precisado el concepto de sueldo y el de jornal, con base en la ley, no cabe dentro de la noción de uno y otro vocablo, la opinión de que la comisión sobre ventas, forma de salario pactada por los litigantes, "aunque variable", fue un sueldo. "Fijo", según el diccionario de la lengua, significa permanentemente establecido sobre reglas determinadas, y no expuesto a movimiento o alteración"; la palabra "variable" según la misma fuente, significa: "inestimable, incostante y mudable". Es patente la antítesis entre las dos dicciones. Si el sueldo es asignación fija y la comisión asignación variable, y si los dos conceptos, en buen romance son distintos, no puede la comisión ser a la vez salario fijo y salario variable. Como se ve, la tesis de la impugnación resulta contradictoria.

"Las partes, en uso de la facultad que les otorga el art. 132, pueden acordar cualquiera de las dos clases de remuneración, o combinar el salario por unidad de tiempo con una cualquiera de las modalidades del variable. Lo que sí no les está permitido es escoger el variable denominándolo sueldo, tipo de asignación fija, para colocar la estipulación bajo el imperio del art. 174, inciso 2 del Código del Trabajo, como lo pretende la acusación. Un pacto de tal clase vulnera el derecho del trabajador a los descansos legales, contrario a lo previsto en el art. 43 de ese Código, en pugna también con el principio de su art. 13. Uno y otro para el caso en examen, son restricciones a la libertad contractual.

"3. Para el acusador no hay sino un sólo tipo de salario: sueldo y jornal. De manera que -arguye- siendo salario el variable, no puede operar de manera autónoma, para efectos de la remuneración de los descansos legales, el art. 176, sino en concordancia con las demás de que hace mérito. Concreta la aplicación del citado precepto, al caso de salarios variables estipulados por días.

"La Sala observa que el jornal y el sueldo son especies de salario por unidad de tiempo, como se dijo y explicó en pasajes anteriores de esta providencia. También se dejó esclarecido que el Código del Trabajo (art. 132) enuncia el salario por unidad de tiempo como categoría distinta de las demás que menciona (por obra o a destajo o por tarea). Separa, como también se apuntó, para los fines de la remuneración de los descansos, las dos clases, sometiendo la variable al régimen del art. 176. No era, pues, del caso aplicar regla distinta a la mencionada. Que ella sólo opere respecto de salarios variables estipulados por días, es argumento inaceptable, primero porque esa mo-

dalidad no es variable sino fija, y segundo, porque respecto de ella, la disposición pertinente es la del art. 174, inciso 1 del estatuto laboral".

Con fundamento en las consideraciones expuestas por la Sala en la sentencia que se ha transcrito, en sus apartes conducentes, se desecha el cargo.

Segundo cargo.

Dice que la sentencia recurrida violò directamente, por aplicación indebida, los arts. 249, 253 y 306 del C. S. T., en relación con el 127 ibídem, como consecuencia de la interpretación errónea del art. 133, en relación con los arts. 22, ordinal segundo, 57, obligación cuarta, 127, 132, 172, 173, 174, 176 y 177 de ese mismo estatuto.

Para sustentarlo manifiesta que, como consecuencia de la interpretación errónea de las normas que deja singularizadas, y para cuya demostración se remite a lo expuesto en el cargo anterior, el Tribunal ordenò pagar $ 796.03 por diferencia de cesantía y $ 1.888.13 por diferencia de primas, aplicando en forma indebida los otros textos legales, acerca de los cuales se predica violación directa, con independencia de toda cuestión de hecho; que si el sentenciador no hubiera incurrido en la interpretación errónea de las normas a que se ha referido y de que trata el primer cargo, infracción que en el que se examina constituye una violación de medio, habría llegado a la conclusión de absolver a la demandada en lo relativo a las súplicas sobre reajuste de cesantía y prima de servicios.

LA SALA CONSIDERA:

Como se aprecia en lo transcrito, en este cargo el recurrente acusa la sentencia de violación directa, por aplicación indebida, de las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que regulan lo referente al auxilio de cesantía y prima de servicios. Todo su razonamiento se funda en el supuesto de la prosperidad del cargo anterior, en que se ataca la sentencia por errónea interpretación del art. 133 del mismo Código, en relación con las otras normas que allí se mencionan. Así las cosas, si se tiene en cuenta que la acusación contenida en el primer cargo no prosperó, en razón de que la Sala encontró acertado el criterio interpretativo del **ad quem** al aplicar las disposiciones que el recurrente señala como infringidas, se concluye que tampoco pueden resultar violadas las disposiciones legales citadas en el segundo cargo que se examina.

En efecto, la condena al pago de la remuneración por los descansos legales, se produjo en razón de que en el salario variable recibido semanalmente por el demandante no estaba comprendido dicho pago, según lo pretendía la parte demandada, y como se vió al estudiar el primer cargo. De esta manera, la remuneración por descanso en dominicales y festivos, que constituye parte integrante del salario según lo dispuesto por el art. 127 del C.S.T., debía tenerse en cuenta e imputarse al valor de la retribución recibida por el trabajador, para efectos de liquidar y pagar el importe de su cesantía y prima de servicios. Así, resultan indebidamente aplicadas las disposiciones que el acusador considera violadas por la sentencia, pues, la condena al reajuste de lo pagado por cesantía y prima de servicios, fue una consecuencia de la decisión que reconoció al demandante el derecho a la remuneración por los descansos legales. Se rechaza el cargo.

Con base en las anteriones consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casasación 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 de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 12 de septiembre de 1.960.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes A. Roberto de Zubiría C. - José Joaquín Rodríguez . Vicente Mejía Osorio, Secretario.

JORNADA ORDINARIA Y TRABAJO SUPLEMENTARIO. REMUNERACION DE HORAS EXTRAS. LA VOLUNTAD CONTRACTUAL FRENTE A LA LEY Y AL REGLAMENTO INTERNO DE LA EMPRESA.

1. La remuneración de los descansos legales y la del trabajo suplementario tienen, cada una, su régimen legal propio. 2. Bien pueden las partes convenir una jornada inferior a la máxima legal: en tal caso, la que exceda de la pactada es trabajo suplementario. Si el contrato es más favorable al trabajador que el reglamento interno de la empresa, le corresponde la prevalencia al primero, por voluntad de los contratantes. 3. Es a la ley y no al patrono a quien corresponde estatuir cuándo y por qué causas un derecho legítimamente adquirido puede estimarse estinguido. 4. Para el derecho del trabajo tiene la misma significación el servicio realmente prestado que aquél en que el empleado, sin ejecutar continuamente la labor se halla a órdenes del patrono

1. Fundamento principal de la sentencia acusada es el de que el valor del trabajo suplementario prestado por el actor fue cubierto por el patrono concediéndole descanso compensatorio.

Al respecto la Sala observa, que, de acuerdo con los artículos 179 a 182 del Código del Trabajo, dos son las formas de remuneración del descanso en dominicales y festivos: la de su pago en dinero, o la de la concesión del descanso en otro día de la semana. De esas formas, la primera es la única prevista por el legislador para retribuir el trabajo suplementario, conforme al artículo 168 ibídem.

Tampoco es igual el sistema de remuneración en las dos modalidades. Para retribuír el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, se toma en cuenta el salario (arts. 174 y 176 de la misma obra); en cambio el trabajo en horas extras se remunera por un porcentaje sobre el valor del salario diurno, cuya rata varía según se trate de trabajo extra-diurno o extra-nocturno de acuerdo con el citado artículo 168.

Bastan las diferencias anotadas para concluír que no son idénticas las dos instituciones. Cada una tiene su régimen legal propio, por lo cual el argumento de analogía a que acude la sentencia es improcedente.

Incurre, pues, el fallador en error de juicio al aplicar las normas legales sobre remuneración del descanso en domingos y otros días festivos al caso del trabajo suplementario, violándolas por errónea interpretación. Para los fines del recurso, basta el desconocimiento de los preceptos normativos de la segunda de las nombradas categorías jurídicas, cuya infracción acusa el cargo, para el desquiciamiento del fallo.

2. Al referido cargo, de errónea interpretación de la ley, que el médico demandante le hace a la sentencia acusada, por haber desestimado las súplicas relacionadas con el reconocimiento de horas extras, el opositor replica diciendo que los médicos de la empresa demandada quedaron excluídos de la regulación sobre la jornada legal, porque sus labores son de dirección y confianza y, además, discontínuas e intermitentes, cobijadas por las excepciones de que trata el artículo 162, literales a) y c) del Códico del Trabajo.

Esta argumentación del opositor no es aceptable. Aún admitiendo que la actividad del demandante era discontínua e intermitente, la jornada convenida por las partes en la cláusula segunda del contrato de trabajo fue la máxima legal de 8 horas al día y 48 a la semana, habiendo previsto la cláusula cuarta la

retribución del trabajo suplementario, previa exigencia por escrito del patrono.

Si bien la jornada máxima legal para trabajos de la clase indicada es hasta de 12 horas al día (art. 161, literal b, del Código del Trabajo), sin límite de tiempo cuando reside el trabajador en el sitio de labores (artículo 162, literal c, ibídem), ello no impide que las partes prescindan de la regulación de la ley señalando una jornada inferior, que fue lo ocurrido en el caso de autos, por lo cual la que exceda de la pactada es trabajo suplementario, de acuerdo con lo prescrito por los artículos 158 y 159 de la misma obra.

Por lo demás es bien sabido que, conforme al artículo 13 de Código en cita, sus disposiciones contienen el mínimo de derecho y garantías en favor de los trabajadores, por lo que las partes, en uso de la libertad contractual, tienen facultad para rebasarlas en beneficio de aquéllos.

El cargo prospera. Se casará por tanto la sentencia para reconocer al demandante los derechos a que haya lugar.

No sobra observar además: Es cierto que el reglamento de trabajo establece, para actividades intermitentes o discontínuas, el mismo régimen del Código del Trabajo en sus artículos 161, literal b, y 162, literal c. Comparado ese sistema con el estipulado por las partes en el contrato de trabajo, el de éste es más favorable al demandante. Al reglamento interno, acto unilateral emanado de la empresa, se enfrenta el nombrado contrato, acto bilateral creado por ambas partes. De los dos, le corresponde la prevalencia al segundo por voluntad de los contratantes. Tal es por lo demás el criterio que en la materia adopta el derecho del trabajo y el recibido por la doctrina. De lo expuesto se concluye que el actor sí tiene derecho al reconocimiento y pago del trabajo suplementario.

3. De conformidad con el reglamento de trabajo de la empresa demandada, la labor en horas extras requiere autorización del jefe del departamento respectivo y anotación de las horas servidas en el acto en que hayan sido trabajadas. Cumplidas estas exigencias el empleado debe reclamar su cancelación en el período de pago siguiente, que la empresa atenderá si la encuentra fundada, con la advertencia de que cubierto el salario en dicho período, sin mediar reclamos, no serán después atendidos por el patrono. No obran en autos elementos de juicio que acrediten el reclamo del demandante sobre pago de horas extras dentro del término prescrito por el reglamento de trabajo. Al respecto la Sala observa que tal requisito debe considerarse como una formalidad de orden contable, ya que siendo parte del salario el valor del trabajo suplementario (art. 127 del C.S.T.) el patrono tiene necesidad de conocerlo al tiempo en que la obligación se haya hecho exigible para imputarlo a gastos ordinarios de administración y deducirlo de las utilidades del negocio. No puede asignársele al reclamo significado distinto, ya que el derecho al pago de la deuda por trabajo extraordinario surge de la ley y no de la voluntad del patrono. Es a ella y no a éste a quien corresponde estatuír cuándo y por qué causas un derecho legítimamente adquirido puede estimarse extinguido.

4. Debe observarse que para el derecho del trabajo tiene la misma significación el servicio realmente prestado que aquél en que el empleado, sin ejecutar contínuamente la labor, se halla a órdenes del patrono. En el segundo evento hay una restricción a la libertad, con la consecuencia de que el trabajador no puede ocuparse en la atención de asuntos propios ni vincularse a otros patronos, o prestar servicios autónomos o independientes. En actividades discontínuas e intermitentes es factible que la duración de la jornada alcance a 24 horas al día, esto es, el tiempo del trabajo diurno y nocturno; no lo sería, por imposibilidad física, en servicios contínuos, al menos por períodos semanales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.)

El doctor Manuel García Núñez, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario con-

tra la sociedad anónima denominda "Colombian Petroleum Company", de nacionalidad extranjera, con sucursal en Colombia y domiciliada en Bogotà, representada por su Gerente, para que por sentencia fuera condenada a pagarle: a). La remuneración por turnos de guardia que como médico cirujano le prestó a la compañía en su hospital de Tibù y en la Clínica de Cúcuta, según la estimaciòn que de ellos se haga; b). En subsidio de la petición anterior, el valor del tiempo que trabajó haciendo guardias en el hospital de Tibú, con los recargos de ley, por jornadas extra diurna y nocturna; c) Para el caso de que no se reconozca la remuneración por los turnos en la clínica de Cùcuta, el valor del tiempo empléado en consultas de obreros, empleados y sus familiares, en domingos y dias de fiesta nacional y religiosa; d). El reajuste de la cesantía, vacaciones y primas de servicio, tomando en cuenta el valor de las condenas de que tratan lás súplicas anteriores; y e). Las costas del juicio. Expresa que para las condenas por tiempo extra debe tomarse como base el sueldo que devengó.

En la primera audiencia de trámite fue corregida la demanda. En ese acto formula el actor como petición principal la de que se condene a la sociedad a pagarle el valor correspondiente a todas las horas extras trabajadas, diurnas y nocturnas, durante la existencia del contrato laboral, liquidándolas de acuerdo con el salario que resulte probado. Solicita, para el caso de que la súplica de la enmienda no prospere, que se estudien como peticiones subsidiarias, las relacionadas antes bajo los literales a), b) y c).

Según las voces del libelo, Manuel García Núñez trabajó al servicio de la Colombian Petroleum Company, como médico cirujano, desde el 22 de febrero de 1.955 hasta el 14 de febrero de 1.959. Todo el personal de médicos de la empresa presta periodicamente sus servicios a los trabajadores de la compañia y sus familiares en el hospital de la población Tibú, centro de su explotaciòn petrolera. El doctor Alfredo Landínez Salamanca, director del departamento mèdico de la compañía, obliga a sus facultativos a hacer turnos de guardia en dicho hospital y en la clínica de la ciudad de Cúcuta. La jornada de trabajo para los médicos que no hacen turnos en el hopital de Tibú es de 6 1/2 a 11 1/2 a. m. y de 1 a 5 1/2 p. m.; el mèdico de guardia en ese hospital está obligado a permanecer en él las 24 horas del dia, pues el turno empieza a las 12 del dia el lunes y termina a la misma hora del lunes siguiente. El médico de guardia cumple una agotadora jornada de trabajó, que empieza a las 6 1/2 a. m. y termina a las 9 p.m. El demandante, como médico de guardia en Tibú, estaba obligado a atender la consulta externa con sus demás colegas, a cualquier hora del día o de la noche, y a los trabajadores enfermos de la compañía y sus familiares. En la clinica de Cúcuta tenía la misma obligación durante las horas reglamentarias de trabajo, y, además, a permanecer en su casa de habitación, y cuando de élla se ausentaba a dar cuenta a la clínica del lugar en que se hallaba, para atender los casos de urgencia, si para tal fin era requerido. García Núñez tiene derecho a que el patrono le pague el tiempo extra que trabajó, que en el hospital de Tibú fué de 11 1/2 a 1 1/2 y de 5 1/2 a 9 p. m., en caso de no aceptarse que lo debido "es el valor de las 16 horas de guardia que hacía tanto en el hospital de Tibú como en Cúcuta". Tiene también derecho a que se reajuste la cesantía y demás prestaciones legales. La cláusula segunda del contrato de trabajo, en cuanto permite imponerle al trabajador condiciones más gravosas de las que la ley autoriza, adolece de nulidad absoluta.

El numeral 6o. de la relaciòn de hechos de la demanda hace la de los turnos servidos por el actor en el hospital de Tibú, y el 8o., los prespados en la clínica de Cúcuta, con indicación de la fecha correspondiente (año, mes y días de cada turno).

En la corrección de la demanda adujo el actor un nuevo hecho, a saber: que como mèdico de la compañía trabajó 16 horas extras, diurnas y nocturnas, en los turnos que sirvió en Tibú, a cuyo pago, con los recargos de la ley, tiene derecho.

La respuesta a la demanda se opone a que se hagan las condenas que solicita. En cuanto a los hechos acepta el que afirma el vínculo laboral y el tiempo de servicios. Respecto al trabajo en horas extras dice que el actor tiene derecho a que se le pague el tiempo que pruebe haber servido, por el cual no haya recibido descanso compensatorio, y que no esté

prescrito. Anota que no están sometidos a la jornada máxima legal de los trabajadores que ejerzan cargos de confianza y los que cumplen actividades discontínuas e intermitentes; que de esta clase son las labores del médico de un hospital. Niega los demás hechos.

El juicio siguió su curso conforme al trámite que le es propio y terminó en primera instancia por sentencia del 8 de marzo de 1.960, proferida por el Juzgado del Trabajo de Cúcuta. La resolución absuelve a la compañía de todos los cargos, con costas a cargo del demandante.

Apeló la parte vencida. El Tribunal Superior de Pamplona, Sala Laboral, resolvió el recurso de alzada por sentencia del 10 de noviembre de 1.960, la cual confirmó la del inferior, con costas a cargo del apelante.

Contra la decisión del Tribunal interpuso el demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA SENTENCIA ACUSADA.

Bajo el título de "horas extras en turnos de guardia", hace estas consideraciones:

La inspección ocular practicada sobre el folder de contabilidad correspondiente al actor, demuestra que éste, como mèdico residente o de guardia prestó servicios, de acuerdo con los radiogramas que los ordenaron.

La respuesta a la demanda afirma que por el tiempo trabajado en turnos en días domingos, la empresa le concedió al demandante descanso compensatorio. Así lo acreditan las declaraciones de los doctores Víctor Salamanca, Jorge Hartman, Alfredo Landínez y Eduardo Pacheco, como la confesión rendida por el actor en posiciones, el informe del departamento médico (f. 265) y el documento que contiene la liquidación de prestaciones del trabajador. Manifiesta éste en dicho comprobante que la compañía nada le debe por salarios jornales o extraordinarios. Lo anterior significa que por el trabajo excepcional prestado en turno o en guardias, la empresa le concedió al actor descanso compensatorio remunerado. Por lo demás, no hay prueba que demuestre trabajo extraordinario realizado por aquèl en su calidad de médico de la compañía.

Concluye la sentencia diciendo que como la sociedad no está obligada al pago de ninguna de las reclamaciones de la demanda, no es el caso de decretar el reajuste de prestaciones sociales.

LA DEMANDA DE CASACION

Persigue la quiebra de la sentencia del ad quem, confirmatoria de la de primer grado, para que la Corte, en fallo de instancia, acoja las peticiones de la demanda inicial.

Invoca la causal primera de casación, y con base en ella formula cuatro cargos.

Primer cargo.

Violación de los arts. 158, 159 y 168 del C. S. T. por errónea interpretación.

Para demostrarlo, expone el recurrente:

Con la inspección ocular encuentra demostrados la sentencia los turnos servidos por el actor, pero no decreta el pago de las horas extras porque la obligación fue cancelada por la empresa concediéndole al demandante descanso compensatorio remunerado.

Refuta el argumento expresando que todo trabajo en exceso de la jornada ordinaria o de la máxima legal, es suplementario o de horas extras, según las normas citadas, a las cuales la sentencia no les dió el sentido que tienen, pues estimó que la jornada ordinaria puede exceder de ocho horas diarias, que fue la pactada en el contrato de trabajo, y que la deuda por horas extras se puede cancelar con descanso compensatorio, sistema no establecido en ninguna disposición legal. Como lo sostiene la Corte y el tratadista Cabanellas, se entiende por jornada de trabajo el lapso durante el cual el empleado se encuentra a disposición del patrono en el lugar de prestaciòn del servicio, es decir, no solo comprende el tiempo de la prestaciòn real y efectiva de la labor, sino el período en que se halla a órdenes del empleador.

El opositor replica el cargo diciendo que los mèdicos de la empresa quedaron excluídos de la regulación sobre la jornada legal, porque sus labores son de dirección y confianza y, además, discontinuas e intermitentes, cobijadas por las excepciones de que trata el art. 162, literales a) y c) del C.S.T.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Fundamento principal de la sentencia es el de que el valor del trabajo suplementario prestado por el actor fue cubierto por el patrono concediéndole descanso complementario.

2. Al respecto la Sala observa que, de acuerdo con los art. 179 a 182 del Código del Trabajo, dos son las formas de remuneración del descanso en dominicales y festivos: la de su pago en dinero, o la de la concesión del descanso en otro día de la semana. De esas formas, la primera es la única prevista por el legislador para retribuír el trabajo suplementario, conforme al art. 168 ibidem.

3. Tampoco es igual el sistema de remuneción en las dos modalidades. Para retribuír el descanso en los días en que es legalmente obligatorio, se toma en cuenta el salario) arts. 174 y 176 de la misma obra); en cambio, el trabajo en horas extras se remunera con un porcentaje sobre el valor del salario diurno, cuya rata varía según se trate de trabajo extra-diurno o extra-nocturno de acuerdo con el citado artículo 168

Bastan las diferencias anotadas para concluir que no son idénticas las dos instituciones. Cada una tiene su régimen legal propio, por lo cual el argumento de analogía a que acude la sentencia es improcedente.

Incurre, pues, el fallador en error de juicio al aplicar las normas legales sobre remuneración del descanso en domingos y otros días festivos al caso del trabajo suplementario, violándolas por errónea interpretación. Para los fines del recurso, basta el desconocimiento de los preceptos normativos de la segunda de las nombradas categorías jurídicas, cuya infracción acusa el cargo, para el desquiciamiento del fallo.

4. No es aceptable el argumento del opositor. Aun admitiendo que la actividad del demandante era discontinua o intermitente, la jornada convenida por las partes en la cláusula segunda del contrato de trabajo (f. 4) fue la máxima legal de 8 horas al día y 48 a la semana, habiendo previsto la cláusula cuarta la retribución del trabajo suplementario, previa exigencia por escrito del patrono.

Si bien la jornada máxima legal para trabajos de la clase indicada es hasta de 12 horas al día (art. 161, literal b-del C.S.T.),- sin límite de tiempo cuando el servicio se presta en el sitio de labores (art. 162, literal c- ibídem), ello no impide que las partes prescindan de la regulación de la ley señalando una jornada inferior, que fue lo ocurrido en el caso de autos, por lo cual, la que exceda de la pactada es trabajo suplementario, de acuerdo con lo prescrito por los arts. 158 y 159 de la misma obra. Por lo demás, es bien sabido que, conforme al art. 13 del Código en cita, sus disposiciones contienen el mínimo de derecho y garantías en favor de los trabajadores, por lo que las partes, en uso de la libertad contractual, tienen facultad para rebasarlas en beneficio de aquéllos.

El cargo prospera. Se casará por lo tanto la sentencia para reconocer al demandante los derechos a que haya lugar, tomando en cuenta el alcance de la impugnación.

Fines idénticos a los del primer cargo persiguen el segundo y el tercero, cuyo estudio carece de objeto por haberse acogido aquél. El último cargo aspira al reconocimiento del reajuste de vacaciones, cesantía y primas de servicio. Esta acusación fue una consecuencia de la decisión recaída a la súplica sobre pago de horas extras, cuyo examen corresponde hacer en la resolución que deba sustituír la de segundo grado.

FALLO DE INSTANCIA.

Peticiones de la demanda inicial.

A). Pago de horas extras, diurnas y nocturnas.

En la corrección de la demanda se formuló la anterior petición como principal en reemplazo de las que en esta providencia figuran bajo las letras a), b) y c).

El fallo de primera instancia denegó la súplica, porque no demostró el actor el hecho de que el jefe del departamento médico hubiera autorizado por escrito el trabajo suplementario, requisito exigido para su reconocimiento por los arts. 35 y 40 del reglamento de trabajo; agrega que en la inspección judicial se constató la orden dada al demandante para cumplir turnos de guardia, pero no aparece acreditado que comprendieran horas extras ni su número.

Acerca de la súplica en cuestión, la Sala observa:

En la respuesta a la demanda alegò el patrono que el actor carecía del derecho al pago de las horas extras porque su actividad era intermitente o discontinua. Sobre el particular la Sala se remite a las consideraciones que hizo al estudiar la demanda de casación y el alegato de rèplica.

No sobra observar además: es cierto que el reglamento de trabajo (art. 28) establece, para actividades intermitentes o discontinuas, el mismo régimen del Código del Trabajo en sus arts. 161, literal b) y 162, literal c). Comparado ese sistema con el estipulado por las partes en el contrato de trabajo, el de éste es más favorable al demandante. Al reglamento interno, acto unilateral emanado de la empresa, se enfrenta el nombrado contrato, acto bilateral creado por ambas partes. De los dos, le corresponde la prevalencia al segundo por voluntad de los contratantes. Tal es, por lo demás, el criterio que en la materia adopta el derecho del trabajo y el recibido por la doctrina.

De lo expuesto se concluye que el actor sí tiene derecho al reconocimiento y pago del trabajo suplementario.

Cumple ahora investigar si prestó realmente servicios en horas extras, y en caso afirmativo, si medió autorización por escrito del patrono.

En relación con tales extremos, obran en el juicio estas pruebas, practicadas en primera instancia:

I. La circular del jefe del departamento médico de la empresa (fls. 9 a 11).

Contiene instrucciones para el personal adscrito al nombrado departamento en el hospital de Tibù y fue reconocida por su autor en la declaración que rindió en el juicio (fls. 257 a 259). Entre sus prescripciones se destacan las siguientes: el médico residente tomarà su guardia los lunes a las 12 m., por una semana, y no podrá abandonar el hospital sin permiso previo del director; debe ayudar al médico asistente en la consulta externa, cuando sea necesario, y tendrá bajo su dependencia a un médico ayudante. Dice el documento que el doctor Salamanca, como ayudante del director clínico del hospital, doctor Hartman, es el representante jefe del servicio en la concesión Barco, autorizado para cumplir funciones administrativas, entre las cuales menciona la de ordenar la prestación de sobretiempo.

II. Testimonio de los doctores Jorge Hartman (f.256). Victor M. Salamanca (fs. 254 a 256), Alfredo Landínez (fs. 257 a 259) y Eduardo Pacheco, funcionarios de la empresa.

Dice el doctor Hartman en su declaración, que las guardias ordenadas por radiogramas no tienen un rígido significado militar de inamobilidad, como la del soldado que vigila la entrada a su cuartel; que la palabra guardia se emplea para distribuir el trabajo entre el personal del servicio en el hospital. Explica el sistema manifestando que a un médico se le asigna la función de visitar distintos lugares de trabajo, otros atienden la consulta externa, otros se encargan de atender a los enfermos hopitalizados, al cual se denomina residente, tarea que cumple en asocio del mèdico interno, pudiendo ser llamado aquél, en caso de emergencia, durante el día o la noche, como los demás facultativos del hospital.

Expone el doctor Salamanca en su declaración:

El horario para los médicos en Tibù era de 61/2 a 11 a. m. y de 1 1/2 a 5 1/2 en la tarde, ignorando cual fuere el vigente en la clìnica de Cúcuta; que García Núñez acostumbraba llegar tarde al hospital de Tibú y con frecuencia no se presentaba al trabajo los lunes. Es cierto que los mèdicos deben prestar turnos de guardia y el que hace éste figura nominalmente en turno 24 horas del dia, lo cual no quiere decir que debía encontrarse por ese tiempo en el establecimiento, ya que podía salir a almorzar al casino y jugar en el club, sin necesidad de permiso del director. Cuando le tocaba el turno a García Núñez debía hallarse en el hospital, sin que debiera permanecer allí, avisando a la enfermera el lugar en que se encontrara para el caso de cualquier consulta. En cuanto al trabajo en jornada nocturna, dice el testigo que el mèdico residente no esta sujeto a horario y se acuesta a la hora en que lo desee.

El doctor Landínez informa en su declaración: el horario teórico en la clínica de Cúcuta era de siete a once de la mañana y de una y media a cuatro o cuatro y media de la tarde, existiendo al respecto cierta tolerancia per-

mitida por el testigo, al extremo de que los médicos llegaban a las ocho a. m. y salían antes de las doce, y en la tarde a las dos y media para salir a las cuatro y media; que en el caso del actor había necesidad de llamarlo a su casa a las 10 a. m. y a las 3 p. m.; que en dicha clínica ningún médico hace turno nocturno, función que cumple una enfermera. En relación con el Dr. García Núnez dice que no trabajaba las horas ordinarias y no puede afirmar si prestó servicio suplementario; que cuando se supuso que lo hubiera podido prestar se le concedió tiempo compensatorio; que en el hospital de Tibú, con violación de su reglamento, se dedicaba a atender casos particulares durante la jornada ordinaria de trabajo, como lo demuestra el cuadro que para ilustrar el hecho presenta al Juzgado, cobrando honorarios por los servicios, y utilizando equipos y personal de la compañía.

El doctor Pacheco hace estas afirmaciones en su declaración: el jefe del servicio médico obliga al personal a efectuar turnos de guardia en las clínicas de Tibú y de Cúcuta; en la de Cúcuta la guardia empieza a las 11 a. m. del sábado y termina el sábado siguiente a la misma hora· durante ese tiempo el médico de guardia trabaja la jornada ordinaria y se halla disponible en cualquier momento en que la clínica lo llame; en el hospital de Tibú el médico de guardia presta los mismos servicios, con la diferencia de que debe permanecer todo el tiempo en el establecimiento; el actor, como médico de turno en dicho hospital, en las horas de consulta ordinaria atendía a los enfermos en el ramo de su especialidad y consultas de medicina general, y el tiempo restante se hallaba a disposición de la empresa.

III. La inspección ocular sobre los libros y documentos de la compañía en las clínicas de Cúcuta y de Tibú (fs. 248 a 251 y 261).

El juzgado del conocimiento en el acto de la diligencia tuvo a la vista los radiogramas emanados del departamento médico, por medio de los cuales ordenó al demandante el servicio de guardias. El acta de la inspección detalla las que sirvió en el hospital de Tibú y examinó los turnos prestados por aquél en el de Cúcuta, expresando que los realizados en los dos establecimientos son iguales a los que enumera la empresa en el documento presentado al juicio, corriente a folios 173 a 186.

De conformidad con el reglamento de trabajo (art. 35 en relación con el 40) la labor en horas extras requiere autorización del jefe del departamento respectivo y anotación de las horas servidas en el acto en que hayan sido trabajadas. Cumplidas estas exigencias el empleado debe reclamar su cancelación en el período de pago siguiente, que la empresa atenderá si la encuentra fundada, con la advertencia de que cubierto el salario en dicho período, sin mediar reclamos, no serán después atendidos por el patrono. No obra en autos elementos de juicio que acrediten el reclamo del demandante sobre pago de horas extras dentro del término prescrito por el reglamento del trabajo. Al respecto la Sala observa que tal requisito debe considerarse como una formalidad de orden contable, ya que siendo parte del salario el valor del trabajo suplementario (art. 127 del C. S. T.) el patrono tiene necesidad de conocerlo al tiempo en que la obligación se haya hecho exigible para imputarlo a gastos ordinarios de administración y deducirlo de las utilidades del negocio. No puede asignársele al reclamo significado distinto, ya que el derecho al pago de la deuda por trabajo extraordinario surge de la ley y no de la voluntad del patrono. Es a ella y no a éste a quien corresponde estatuir cuándo y por què causas un derecho legítimamente adquirido puede estimarse extinguido.

Demuestra la inspección judicial el número de turnos realizados por el actor durante la vigencia del contrato laboral y el hecho de haber sido autorizados por mandatarios de la compañía.

A intento de desvirtuar la afirmación de que el actor hubiera laborado horas extras, el patrono alega en la respuesta a la demanda que aun durante la jornada ordinaria aquél atendía clientela particular en las clínicas de la compañía, recibiendo el honorario correspondiente. Para acreditar la objeción fue aducida al juicio el informe de folios 266 y 267. La Sala observa que si el hecho ocurrió, tuvo el asentimiento o al menos la tolerancia del patrono, pues de lo contrario habría considerado la actividad del demandante violatorio de sus obligaciones laborales y motivo suficiente para dar por terminado el contrato de trabajo, conforme a la ley.

Merece consideración especial el hecho relativo al número de horas extras servidas por el actor. Dice èste en la demanda primitiva que el trabajo extraordinario que prestó en el Hospital de Tibú fue el comprendido entre las 11/2 a.m. a 11/2 p.m. y las 51/2 a 9 p.m., "en caso de que no se acepte que fue de 16 horas en ese hospital y en el de Cúcuta". En la corrección a dicha pieza afirma que el trabajo extra fue de 16 horas en el hospital de Tibú. Respecto del hospital de Cúcuta es preciso atenerse a los términos del libelo orginal, esto es, que el trabajo extra es el que resulta del horario mencionado, excluidas las horas de la jornada ordinaria. Así debe entenderse la pretensiòn del demandante en cuanto al trabajo suplementario realizado en el nombrado hospital, ya que la demanda limita los poderes del fallador.

Las declaraciones de los doctores Salamanca y Pacheco acreditan que el médico de turno se halla a disposición del patrono durante las 24 horas del día, sin que desvirtùe la afirmación la circunstancia de que el médico de guardia figure nominalmente en turno durante dicho lapso de tiempo, como lo anota el primero de los testigos. Debe observarse que para el derecho del trabajo tiene la misma significación el servicio realmente prestado que aquel en que el empleado, sin ejecutar continuamente la labor, se halla a órdenes del patrono. En el segundo evento hay una restricción a la libertad, con la consecuencia de que el trabajador no puede ocuparse en la atención de asuntos propios ni vincularse a otros patronos, o prestar servicios autónomos o independientes. En actividades discontinuas e intermitentes es factible que la duración de la jornada alcance a 24 horas al día, esto es, el tiempo del trabajo diurno y nocturno; no lo sería, por imposibilidad física, en servicios continuos, al menos por períodos semanales.

Conforme al reglamento de trabajo, la jornada para los mèdicos en el hospital de Tibú es de 7 horas diarias y de 7 1/2 en el de Cúcuta, a excepciòn del sábado en que no hay labores en las horas de la tarde. El art. 29 autoriza al patrono para ampliar la jornada hasta la máxima legal a fin de no reconocer horas extras sino en exceso de esa jornada. Por tanto, debe estimarse que la obligatoria para las partes fue la de 8 horas al día y 48 a la semana, estipulada en el contrato de trabajo.

En vista de que las horas extras cuyo pago reclama el demandante no es igual en los dos hospitales, debe señalarse su número con la debida separación.

Hospital de Tibú.

El horario que señala el reglamento de trabajo divide la jornada en dos etapas, una en la mañana y otra en la tarde. Entre las dos hay un intervalo de dos horas, que no puede incluirse en dicha jornada ni tomarse como trabajo suplementario, conforme a lo dispuesto por el art. 167 del C. S. T. Además, como el demandante residia en el establecimiento, es razonable destinar para la comida el mismo lapso señalado para el almuerzo, dos horas, las de 7 a 9 p. m., y una para el desayuno, la de 7 a 8 a. m. Según lo expuesto, el trabajo extra, en los días de guardias, en jornada diurna, fue de una hora, deducidas las ocho de la jornada ordinaria y las tres para el almuerzo y desayuno, y de diez horas extras-nocturnas, deducidas las dos de la comida.

Hospital de Cúcuta.

El tiempo de trabajo extra, de acuerdo con la demanda inicial, es el comprendido entre las 11 1/2 a. m. y la 1 1/2 p. m. y de las 5 1/2 a 9 p. m., o sean 5 1/2. Deducidas las dos horas del almuerzo, quedan 3 1/2 como trabajo suplementario, media hora extra-diurna y tres extras-nocturnas.

Los turnos servidos por el actor, que la demanda de instancia especifica en sus hechos 6o. y 8o., aceptados por el patrono, son los siguientes:

En el Hospital de Tibú:

1.956.

a) del 27 de agosto al 3 de septbre.... 7 días
b) del 16 al 22 de octubre..... 7 "

1.957.

c) del 7 al 14 de enero..... 7 "
d) del 1o. al 8 de abril..... 7 "
e) del 13 al 20 de mayo..... 7 "
f) del 18 al 24 de junio..... 7 "
g) del 19 al 29 de julio..... 10 "
h) del 30 de julio al 5 de agosto.... 7 "

i) del 19 al 27 de agosto.....	7	días
j) del 2 al 9 de septiembre.....	7	"
1.958.		
k) del 10 al 17 de febrero.....	7	"
l) del 19 al 26 de mayo.....	7	"
ll) del 17 al 23 de junio.....	7	"
m) del 24 al 30 de junio:.....	7	"
n) del 1o. al 7 de julio.....	7	"
ñ) del 8 al 14 de julio.....	7	"
o) del 15 al 21 de julio.....	7	"
p) del 22 al 28 de julio.....	7	"
q) del 8 al 15 de septiembre.....	7	"
En el hospital de Cúcuta:		
1.956.		
r) del 30 de julio al 8 de Agosto.....	9	días
s) del 1o. al 8 de octubre.....	9	"
t) del 22 al 29 de octubre.....	9	"
1.957.		
u) del 2 al 5 de enero.....	4	"
v) del 15 al 20 de abril.....	6	"
x) del 3 al 8 de junio.....	6	"
1.958		
y) del 4 al 11 de enero.....	8	"

La relación que de los turnos servidos en el hospital de Cúcuta hace la demanda (hecho 8o.) no es igual a la de la compañía; en algunos la relación de ésta en determinados turnos comprende un mayor número de días. Se tomará en cuenta los que relaciona el demandante.

Es de 26 el número de turnos en los dos hospitales, así: 18 de 7 días cada uno, y uno de 10 en el hospital de Tibú, o sea un total de 136 días, y 7 en el hospital de Cúcuta, de los cuales dos comprenden 9 días cada uno, dos de 8, dos de 6 y uno de 4, esto es, un total de 50 días.

Hospital de Cúcuta.

El número de horas de trabajo suplementario es de 25 extra-diurnas y 150 extra-nocturnas.

Hospital de Tibú.

Es de 136 el número de horas extra-diurnas y de 1.360 el de trabajo extra-nocturno.

El salario devengado por el actor, según informe de la compañía (fs. 245 y 246), de 1.956 a 1.958, fue el siguiente: 1.956, de enero a diciembre, de $ 1.350.oo, a excepción del mes de mayo en que recibió $ 1.500.oo. En 1.957, de enero a junio, de $ 1.485.oo; de julio a septiembre de $ 1.585.oo, y de octubre a diciembre de $ 1.800.oo. En 1.958, en los meses de enero y febrero, de $1.800.oo, y de marzo a diciembre de $ 2.015.oo. Con base en la cuantía de la asignación anotada y tomando en cuenta lo dispuesto por el art. 168 del C.S.T. el valor del trabajo suplementario a que tiene derecho el demandante, hechas las correspondientes operaciones aritméticas, asciende a la suma de $19.943.42.

En vista de que prospera la súplica examinada, no es el caso de estudiar las propuestas subsidiariamente.

B) Reajuste de cesantía, vacaciones y primas de servicio.

Cesantía.

El sueldo básico que para su liquidación toma la empresa (f. 174) es el de $ 1.485.oo en el período del 22 de febrero de 1.955 al 6 de enero de 1.957, y el de $2.015.oo del 7 de enero de 1.957 al 14 de febrero de 1.959, fecha en que terminó el contrato.

El último turno servido en el hospital de Cúcuta fue del 4 al 11 de enero de 1.958, y el último en la clínica de Tibú, del 8 al 15 de septiembre del año mencionado. De esta fecha al 14 de febrero de 1.959, no tuvo incremento el salario por trabajo suplementario. En vista de que, conforme a la ley, el salario para liquidar la prestación es el devengado en el último mes de servicio, no es el caso de reconocer reajuste de cesantía.

Vacaciones.

Según el documento del folio 265 el patrono le concedió al trabajador en tiempo 54 días y le pagó además por el año de 1.957 la suma de $ 1.140.oo y la de $1.141.83 por el año de 1.958 (fs. 245 y 236). De otro

lado, para su compensación en dinero la ley excluye expresamente el valor del trabajo suplementario (art. 8o. del decreto legislativo número 617 de 1.954). No hay, pues, lugar a reajuste por el concepto expresado.

Primas de servicio.

No hubo trabajo en horas extras en 1.955 ni en el primer semestre de 1.956. No es el caso de decretar reajuste durante el lapso expresado.

Conforme al comprobante de folios 245 y 246, el actor recibió por prima de servicio del cegundo semestre de 1.956 la suma de $ 660.oo, la de $ 746.25, en tres partidas, en el primer semestre de 1.957, y la de $810.oo en el segundo semestre. En 1.958 recibió por el indicado concepto, $ 1.007.50 en el primer semestre e igual cantidad en el segundo.

La diferencia en su favor, tomando en cuenta el salario con el incremento por horas extras es la suma de $ 1.619.98. Para la liquidación de las primas de 1.958, se ha hecho el descuento de 16 dias que no fueron laborados por el demandante (f. 265).

Excepciones.

En la respuesta a la demanda propuso la compañía la excepción de prescripción respecto de la obligación por horas extras.

Al respecto observa la Sala:

En autos está demostrado que la relación laboral se inició el 22 de febrero de 1.955 y concluyó el 14 de febrero de 1.959, y asimismo, que el auto admisorio de la demanda se notificó al representante de la sociedad el 4 de mayo de 1.959 (f. 22 v.).

El primer servicio en horas extras se prestó del 27 de agosto al 3 de septiembre de 1.956. Entre esa fecha y la de notificación de la demanda, el tiempo transcurrido es inferior a tres años, que es el plazo señalado por la ley para la extinción del derecho por prescripción, si no ha mediado interrupción, efecto que produjo el acto procesal mencionado. No procede, pues, el reconocimiento de la referida excepción.

Es el caso de condenar en costas al demandado en las instancias, pero solo en un 70o/o por no haber prosperado la demanda en su totalidad.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribual Superior del Distrito Judicial de Pamplona, REVOCA la de primer grado, proferida por el Juzgado del Trabajo de Cúcuta, y, en su lugar, RESUELVE:

1o. Condénase a la sociedad anónima denominoda "Colombian Petroleum Company", domiciliada en Bogotá, a pagar al demandante doctor Manuel García Núñez, mayor de edad y vecino de Cúcuta, dentro de los tres dias siguientes al de ejecutoria de esta providencia, lo siguiente:

a). Por servicio extra-diurno y extra-nocturno, la suma de diecinueve mil novecientos cuarenta y tres pesos con cuarenta y dos centavos ($ 19.943. 42), moneda corriente.

b). Por reajuste de primas de servicio, la cantidad de mil seiscientos diecinueve pesos con noventa y ocho cts. ($ 1.619.98).

2o. Se absuelve a la nombrada compañía de los demás cargos de la demanda.

3o. Se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

Condènase a la misma compañía al pago del setenta por ciento (70o/o) de las costas causadas en las dos instancias.

Sin costas en el recurso de casación.

Publíquese, Notifíquese, Cópiese, Insértese en la Gaceta Judicial y Devuèlvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Luis Alberto Bravo. Luis Fernando Paredes.- Roberto de Zubiría C.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ERRORES DE TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION. CONTRATOS DE TRABAJO, CON LA ADMINISTRACION, EN OBRAS PUBLICAS. ERRONEA INTERPRETACION DEL ARTICULO 4o. DEL DECRETO 2127 DE 1.945.

1. Siendo diferente la errónea interpretación de la ley y su infracción por vía indirecta a través de errores de hecho, no es posible acusar quebranto de ella por ambos motivos simultáneamente. Tampoco pueden ser iguales las razones que conduzcan a establecer infracción de la ley de modo directo e indirecto. El quebranto de la ley por equivocada interpretación de ella no se vincula a errores de hecho. Es el falso entendimiento que de ella se tenga, con prescindencia de las pruebas, lo que puede dar lugar a un error de juicio por el indicado concepto. 2. El personal adscrito a la construcción o sostenimiento de una obra pública de la Nación o de las entidades secundarias de derecho público, queda comprendido dentro de la excepción consagrada en el artículo 4o del Decreto 2127 de 1.945, tanto el que realiza labores simplemente materiales, como el que desempeña funciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza.

1. Aunque el cargo acusa quebranto del artículo 4o. de Decreto 2127 de 1.945 por errónea interpretación, alega a la vez infracción de la misma norma, por vía indirecta, a través de errores de hecho, sustentando los dos motivos de casación con las mismas razones. De otro lado, toda la exposiciòn del recurrente se concreta a demostrar que el juzgador en su actividad probatoria, incurrió en los errores de hecho aludidos, entre otros el consistente el haber negado el contrato laboral entre las partes, sin aducir argumento alguno encaminado a destruir el error de juicio que hubiera podido cometer la sentencia al hacer la exégesis de la disposición del decreto. Ofrece, pues,el cargo en su presentación y desarrollo, defectos de orden técnico, pues siendo diferentes los dos motivos de violación de la ley, el fallo no puede quebrantarla por ambos simultáneamente, ni pueden ser iguales las razones que conduzcan a establecer infracción de la norma de modo directo e indirecto. A errores de hecho no se vincula el quebranto de la ley por su equivocada interpretación, como lo ha venido sosteniendo con insistencia la casación del trabajo. Es el falso entendimiento que de ella se tenga, con prescindencia de las pruebas del proceso sobre la situación de hecho, lo que puede dar lugar a un error de juicio por el indicado concepto.

2. Los derechos cuyo reconocimiento pretende el demandante aducen como causa jurídica un contrato de trabajo celebrado con la Nación, que según el libelo promotor del pleito dio ella por terminado sin justa causa. Para su rechazo, la sentencia acusada se funda en la consideración de que como las funciones deempeñadas por el actor fueron directivas y de carácter administrativo, no se rigen por el artículo 4o. del Decreto 2127 de 1.945 en sus preceptos exceptivos, pues en su opinión, cuando se trata de la construcción o sostenimiento de obras públicas de la Nación o de las demás entidades secundarias de derecho público, se requiere, para que haya contrato de trabajo entre el servidor oficial y la administración pública, que aquel desempeñe labores de índole material, exclusivamente

En concepto de la Sala, la interpretación que hace la sentencia de la norma contenida en el artìculo 4o. del Decreto 2127 de 1.945, no es acertada. En cumplimiento de su función unificadora de la jurisprudencia debe rectificar el error y, al respecto, observa:

Dice la citada norma en lo pertinente:

"No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal, no constituyen contratos de trabajo, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas...". La Sala considera que el personal adscrito a la construcción o sostenimiento de una obra pública de la Nación o de las entidades secundarias de derecho público queda comprendido dentro de la indicada excepción, tanto el que realiza labores simplemente materiales, como el que desempeña funciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza. La previsión del Decreto no hace distinción alguna sobre la calidad de las funciones que desempeñe el empleado vinculado a la obra pública, ni da base para hacer la clasificación de que habla la sentencia. La tesis del fallador revive la antigua distinción entre empleado y obrero, desechada por el derecho del trabajo, pues daba lugar a un tratamiento discriminatorio, ya que con base en ella no se otorgaban iguales derechos a uno y a otro, colocando al obrero en situación de inferioridad. No es ese el pensamiento que inspira el derecho social en la actualidad, sino el de conceder al trabajo humano, que es lo fundamental, la misma protección, como lo ordenan preceptos de la Carta Política, cualquiera que sea la condición de quien lo preste y el mérito o la importancia de la labor. El concepto del sentenciador restringe el contenido de la norma, limitando sus efectos, y, por consiguiente, contraría su recto y cabal entendimiento. Deja así corregida la Sala la equivocación en que incide la decisión acusada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. treinta y uno de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Miguel J. Salazar Barona, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra la Nación, para que por sentencia fuera condenada a reintegrarlo en el cargo de Jefe de Servicios Marítimos o a otro de igual categoría, al pago de los sueldos que devengaba, con las respectivas prestaciones sociales, y a la cancelación de perjuicios morales y materiales. En subsidio la demanda formula estas súplicas: que se declare resuelto el contrato de trabajo que el actor celebró con la Nación y se la condene al pago de perjuicios por lucro cesante y daño emergente, tanto morales como materiales, y a la indemnización moratoria; y, por último, que se declare que la suma que recibió de los Ferrocarriles Nacionales en agosto de 1.957 se refiere a la cesantía causada hasta el 7 de junio de ese año.

En sus fundamentos de hecho la demanda afirma que Salazar le prestó servicios a la Nación, así:

En los Ferrocarriles Nacionales, en diversos cargos y con soluciones de continuidad, de mayo de 1.927 a marzo de 1.957.

En el Ministerio de Obras Públicas, de mayo de 1.948 a julio de 1.951, como administrador de Barcas en Cambao, y de lo. de abril al 7 de junio de 1.957, como Jefe de Servicios Marítimos del Terminal de Buenaventura.

Dice además el libelo: que el Gerente del Terminal notificó por escrito al demandante que debía hacer entrega del cargo al Almacenista General, señor Arturo Lenis, aduciendo como causa del retiro de "incompetencia moral", habiendo tenido cumplimiento la orden de entrega; que por decreto 1378 del 3 de julio de 1.957, el Gobierno Nacional reemplazó a Salazar Barona en su cargo, ratificando así el despido ordenado por el Gerente del Terminal; que durante el tiempo en que fue empleado de los Ferrocarriles y del Ministerio de Obras Públicas, observó buena conducta y nunca fue sancionado por incompetencia de orden moral; que fue ilegal el despido, y, además, que el motivo en que se funda le ha causado perjuicios, pues le ha impedido conseguir nueva ocupación; que se le debe la cesantía causada del 1o. de abril al 7 de junio de 1.957; que el Terminal Marítimo de Buenaventura fue administrado por los Ferrocarriles en virtud de contrato celebrado con el Ministerio de Obras Públicas, terminado el 12 de marzo de 1.957; y que agotó la vía administrativa sin ningún resultado.

La demanda señaló como representantes de la Nación al Administrador del Terminal de Buenaventura, al Ministerio Obras Públicas y

al Personero del Distrito Especial de Bogotà. Fue contestada por el apoderado del Administrador y el Delegado del Personero. En la respuesta acepta el primero que por decreto del Gobierno Nacional el demandante fue retirado del cargo que desempeñaba en el Terminal, agregando que desde el 1o. de abril de 1.957 los trabajadores del Terminal pasaron a la categoría de empleados oficiales. En cuanto a los demàs hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban. La respuesta de la Personeria del Distrito Especial de Bogotá negó los hechos y el derecho invocados por el demandante.

Trabada en los términos expuestos la relación procesal y agotado el trámite de la primera instancia, clausuró èsta la sentencia de fecha 22 de julio de 1.960, proferida por el Juzgado 2o. del Trabajo de Bogotá. La decisión absuelve a la Nación de todos los cargos, y le impone las costas al demandante.

Apeló la parte vencida. Resolvió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia del 4 de octubre de 1.960, la cual confirmó la de primer grado, sin costas.

La misma parte interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, que le fuè concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir. Se anota que el escrito de rèplica a la demanda de casación sùscrito por el Procurador Delegado en lo Civil, fue presentado extemporáneamente.

LA SENTENCIA IMPUGNADA.

La sustentan estas consideraciones:

De los documentos de folios 16 a 17 se colige que Salazar prestó servicios a los Ferrocarriles en distintas ocasiones, por un tiempo total de 21 años, 7 meses, 14 días. De la certificación expedida por la Secretaria del Ministerio de Obras Públicas (fs. 39 y 40) se desprende que tambièn laboró al servicio de esa entidad como administrador-recaudador de los trasbordadores de Cambao y administrador de barca, cargos dependientes de la zona de carreteras nacionales, hasta el 16 de julio de 1.951, fecha en que fue declarado insubsistente el nombramiento. Se encuentran también otras pruebas que acreditan trabajo del actor en el Terminal Marítimo de Buenaventura al servicio de los Ferrocarriles Nacionales. Esta entidad es una persona sui juris, capaz de obligarse y de comparecer a juicio en forma activa y pasiva. Si como lo afirma la demanda, Salazar Barona prestó servicios a los Ferrocarriles, debieron ser ellos los demandados y no la Nación, por lo cual no es èsta la que debe responder de las obligaciones contraídas por aquèllos, es decir, que falta en la Nación la **legitimatio ad causam** pasiva, presupuesto de la acciòn para un fallo condenatorio.

En cuanto a las labores realizadas por el actor en beneficio de la Nación -Ministerio de Obras Pùblicas- en cargos directivos como los de administrador-recaudador y administrador de barca, no constituyen servicios que deban considerarse regidos por un contrato de trabajo, conforme al art. 4o. del decreto 2127 de 1.945. La denominación de los cargos hace resaltar la calidad de empleado administrativo que tuvo el demandante, sustraído de las normas del derecho laboral, sujeto a las del derecho público. Cuando la citada norma exceptúa de la relación administrativa a los que trabajan en la construcción o sostenimiento de las obras públicas, se refiere a las personas que dan su fuerza material en tales labores y no a las que por razón de las circunstancias realizan funciones administrativas, propias de un empleado público. No hay base alguna para considerar que los cargos desempeñados por el demandante en el Ministerio de Obras Públicas se encuentran regidos por un contrato de trabajo, por lo cual deben concluirse que entre aquél y la Nación no ha existido un contrato de la índole expresada. Por consiguiente, es preciso absolver a la Naciòn de todos los cargos de la demanda.

EL RECURSO.

Aspira a que se infirme la sentencia del **ad quem**, a que se revoque la de primer grado, y a que, en su lugar, la Corte condene a la Nación conforme a las peticiones de la demanda inicial. Fija así el alcance de la impugnación.

Alega la primera causal de casación, y con fundamento en ella formula un solo cargo, el de violación indirecta, por aplicación indebida y falta de aplicación, de los arts. 7º., 9º., 32 y 217 del Reglamento de Trabajo del Consejo

Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales; las resoluciones de esa entidad números 11762 de agosto de 1.946, 13024 de diciembre del mismo año y 4599 de marzo de 1.948, en relación con los arts. 1o., 11, 17, literal a) de la Ley 6a. de 1.945; el art. 3o. de la Ley 64 de 1.946; los arts. 4o., 10º. 19, 27, numeral 10o., 31, 43, 51, 52, 53 y 54 del decreto 2127 de 1.945; el art. 1o. del decreto 797 de 1.949; los arts. 1614, 2341, 2343 y 2347 del C. C. y el 95 del C. de P. P. En subsidio acusa violación de las normas relacionadas por errónea interpretación, y, además, infracción directa de la ley 17 de 1.952 y de los decretos 3129 de 1.954, 3739 del mismo año y 3153 de 1.953.

A las indicadas infracciones llegó el Tribunal, dice el recurrente, por evidentes errores de hecho, como consecuencia de equivaocada estimación de unas pruebas y su falta de apreciación.

Hace la relación de las pruebas, todas documentales, y expresa que por su inestimación, la sentencia incurrió en estos errores de hecho:

I. No dar por demostrado, estándolo:

a). Que del tiempo laborado por el actor, certificado por los Ferrocarriles, existió el comprendido entre el 18 de abril de 1.956 y el 30 de marzo de 1.957, durante el cual fue trabajador del Terminal Marítimo, en desarrollo del contrato sobre administración delegada celebrado entre los Ferrocarriles y la Nación; b) Que el demandante tuvo la calidad de Empleado oficial del Ministerio de Obras Públicas en el Terminal de Buenaventura del 18 de abril de 1.956 al 18 de julio de 1.957; c) Que por intermedio de la Gerencia del Terminal, Salazar fue despedido primero por el Ministerio y después por la Nación, según documentos del 7 de junio y 3 de julio de 1.957, respectivamente; que el actor estuvo sometido a un régimen jurídico especial, establecido por los Ferrocarriles, invocados por el Ministerio para terminar el contrato de trabajo y violado por esa entidad.

II. Dar por demostrado, sin estarlo:

1º. Que el tiempo certificado por los Ferrocarriles hasta el 30 de marzo de 1.957, fue servido por el actor a ese organismo; 2o.. Que Salazar fue despedido por los Ferrocarriles el 7 de junio de 1.957 como Jefe de Servicio del terminal; y 3o. Que el servicio prestado por Salazar al Ministerio hasta el 16 de junio de 1.951, como recaudador y administrador de barca en Cambao, fue la causa que lo indujo a promover el juicio.

En sustentación del cargo, por los distintos motivos expresados, dice el recurrente:

El certificado expedido por los Ferrocarriles Nacionales (fs. 16 y 17) sobre el tiempo de servicios del demandante, no es concluyente en el sentido de que hubiera sido trabajador de esa entidad durante 21 años, 7 meses, 14 días, ni que el 30 de marzo de 1.957, fecha hasta la cual se extiende la certificación, hubiera terminado la relación laboral. Habla el documento de servicios prestados a los Ferrocarriles hasta el 30 de marzo del año indicado, lo cual no quiere decir que por todo el tiempo que comprende hubiera sido empleado de dicha entidad. En la fecha expresada (30 de marzo de 1.957) terminó el contrato sobre administración delegada celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y los Ferrocarriles, de manera que el tiempo servido desde el 16 de abril de 1.956 hasta junio de 1.957, según contrato con los Ferrocarriles, lo fue al servicio de la Nación, pues al celebrarlo obró en representación de ésta, evento en que la responsabilidad corresponde al delegante y no al delegado, quien no actúa en su propio nombre, como contratista independiente según doctrina recibida por el antiguo Tribunal Supremo, contenida en sentencia del 31 de agosto de 1.951. La decisión jurisprudencial es la que resulta de la ley, como lo dice el decreto 3153 de 1.953, cuyo art. 1o. dispone que los empleados y obreros de obras que se ejecuten por cuenta de entidades públicas mediante contratos de administración delegada son trabajadores oficiales. Aun aceptando que Salazar Barona hubiera prestado servicios a los Ferrocarriles exclusivamente, habría que considerarlo como trabajador oficial. Es esa la calificación que le da el Consejo de Estado en sentencia del 15 de junio de 1.960 al interpretar la ley 17 de 1.932 y los decretos 3129 de 1.954 y 3739 del mismo año.

Afirma la sentencia con base en el certificado de folios 39 y 40, que las funciones de Salazar como administrador-recaudador de trasbordadores de Cambao y administrador de Barca, no constituyen servicios que puedan considerarse como regidos por un contrato de trabajo, de acuerdo con el art. 4o. del decre-

to 2127 de 1.945. La apreciación es errónea, ya que los cargos indicados los desempeñó el demandante hasta el 16 de junio de 1.951, y el hecho probado en el juicio es el de que hallándose en ejercicio de un empleo en el Terminal Marítimo de Buenaventura, iniciado en abril de 1.956 y concluído el 18 de junio de 1.957, fue despedido por el Ministerio de Obras Públicas.

Se concluye de lo expuesto que durante el período de tiempo ya indicado Salazar prestó servicios a la Nación y que fue esta entidad la que terminó el contrato de trabajo. Por consiguiente, no es exacto que haya faltado en el empleador legitimación para obrar en juicio en la posición de demandado, como lo sostiene la sentencia.

Si el Tribunal hubiera apreciado el haz probatorio que el cargo enumera, habría tenido que aceptar que las funciones desempeñadas por el demandante como Jefe de Servicios Terrestres y Marítimos del terminal de Buenaventura, están comprendidas dentro de una de las excepciones de que trata el art. 4o. del decreto 2127 de 1.945, o sea que su situación jurídica estuvo regida por un contrato de trabajo, al cual era aplicable la ley 6a. de 1.945, el citado decreto reglamentario de esa ley, el decreto 797 de 1.949 y el Reglamento de Trabajo de los Ferrocarriles.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Dos son los fundamentos de la decisión absolutoria impugnada, a saber: a). Que el demandante fue trabajador de los Ferrocarriles y no de la Nación, y que como aquéllos integran una persona jurídica de creación legal, capaz de obligarse y de parecer al juicio por sí misma, la citada al proceso ha debido ser ella y no la Nación, quien por tanto, no está legitimada para obrar en calidad de demandada; y b). Que los servicios prestados por el actor a la Nación, los cuales tuvieron por objeto funciones administrativas de dirección, deben considerarse sometidos a las reglas del derecho público, fuera del ámbito del arf. 4o. del decreto 2127 de 1.945 en sus normas exceptivas, según las cuales determinadas actividades de trabajadores oficiales configuran un contrato laboral.

2. De los dos fundamentos, la sentencia hace énfasis especial en el segundo, que debe estimarse como básico de la decisión, ya que en él se apoya para decir que no habiendo existido contrato de trabajo entre Salazar Barona y la Nación, procede la absolución de ésta. Así debe entenderse la motivación del fallo, pues si los sujetos de las relaciones laborales hubieran sido únicamente el actor y los Ferrocarriles, no habría tenido para que examinar las que existieron entre el demandante y la Nación. El concepto de que a ésta faltó legitimación para obrar como sujeto pasivo de las obligaciones reclamadas, se refiere al período en que Salazar prestó servicios a los Ferrocarriles, no al tiempo en que fue trabajador de la Nación.

3. Las pruebas documentales citadas por el recurrente, inestimadas por la sentencia, demuestran que el demandante prestó servicios tanto a los Ferrocarriles como a la Nación; que al terminar el contrato era empleado de dicha entidad en el Terminal de Buenaventura; y que fue ella la que le puso término.

4. Los derechos cuyo reconocimiento pretende el demandante aducen como causa jurídica un contrato de trabajo celebrado con la Nación, que según el libelo promotor del pleito dió ella por terminado sin justa causa. Para su rechazo, la sentencia se funda en la consideración de que como las funciones desempeñadas por el actor fueron directivas y de carácter administrativo, no se rigen por el art. 4o. del decreto 2127 de 1.945 en sus preceptos exceptivos, pues en su opinión, cuando se trata de la construcción o sostenimiento de obras públicas de la Nación o de las demás entidades secundarias de derecho público, se requiere, para que haya contrato de trabajo entre el servidor oficial y la administración pública, que aquél desempeñe labores de índole material, exclusivamente.

5. Se deduce del razonamiento del sentenciador, que no se está frente a errores de hecho por mala apreciación de prueba o por su inestimación, sino de interpretación del art. 4o. del decreto citado, o sea, de un concepto jurídico sobre la significación y alcance del ordenamiento.

6. Aunque el cargo acusa quebranto de la citada norma del decreto, por errónea interpretación, alega a la vez infracción de la misma, por vía indirecta, a través de errores de he-

cho, sustentando los dos motivos de casación con las mismas razones. De otro lado, toda la exposición del recurrente se concreta a demostrar que el juzgador, en su actividad probatoria, incurrió en los errores de hecho antes enumerados, entre otros el consistente en haber negado el contrato laboral entre las partes, sin aducir argumento alguno encaminado a destruir el error de juicio que hubiera podido cometer la sentencia al hacer la exégesis de la disposición del decreto. Ofrece, pues, el cargo, en su presentación y desarrollo, defectos de orden técnico, pues siendo diferentes los dos motivos de violación de la ley, el fallo no puede quebrantarla por ambos simultáneamente, ni pueden ser iguales las razones que conduzcan a establecer infracción de la norma de modo directo e indirecto. A errores de hecho no se vincula el quebranto de la ley por su equivocada interpretación, como lo ha venido sosteniendo con insistencia la casación del trabajo. Es el falso entendimiento que de ella se tenga, con prescindencia de las pruebas del proceso sobre la situación de hecho, lo que puede dar lugar a un error de juicio por el indicado concepto.

7. No es el caso de hacer consideración alguna acerca de la infracción de la serie de disposiciones legales que el cargo relaciona, pertenecientes a la ley del trabajo y a los códigos civil y de procedimiento penal, sobre todo, las de orden laboral, ya que si no existió contrato de trabajo entre las partes, fundamento principal de la sentencia, no desquiciado por el impugnador, a nada conduciría el examen de toda esa legislación, por que los derechos reclamados en el juicio tienen por causa jurídica el nombrado contrato.

Por todo lo expuesto, se desecha el cargo.

8. En concepto de la Sala, la interpretación que hace la sentencia de la norma contenida en el art. 4o. del decreto 2127 de 1.945, no es acertada. En cumplimiento de su función unificadora de la jurisprudencia debe rectificar el error, y, al respecto, observa:

Dice la citada norma, en lo pertinente:

"No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal, no constituyen contratos de trabajo y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras pùblicas.....".

La Sala considera que el personal adscrito a la construcción o sostenimiento de una obra pùblica de la Nación o de las entidades secundarias de derecho público queda comprendido dentro de la indicada excepción, tanto el que realiza labores simplemente materiales, como el que desempeña funciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza. La previsión del decreto no hace distinción alguna sobre la calidad de las funciones que desempeñe el empleado vinculado a la obra pública, ni dá base para hacer la clasificación de que habla la sentencia. La tesis del fallador revive la antigua distinción entre empleado y obrero, desechada por el derecho del trabajo, pues daba lugar a un trato discriminatorio, ya que con base en ella no se otorgaban iguales derechos a uno y a otro, colocando al obrero en situación de inferioridad. No es ese el pensamiento que inspira el derecho social en la actualidad, si no el de conceder al trabajo humano, que es lo fundamental, la misma protección, como lo ordenan preceptos de la Carta Política, cualquiera que sea la condición de quien lo preste y el mérito o la importancia de la labor. El concepto del sentenciador restringe el contenido de la norma, limitando sus efectos, y, por consiguiente, contraria su recto y cabal entendimiento. Deja así corregida la Sala la equivocación en que incide la decisión 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 Devuelvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Luis Alberto Bravo. - Luis Fernando Paredes. Roberto de Zubiria C. - José Joaquín Rodríguez. Vicente Mejía Osorio., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Títulos y Extractos
Dr. LUIS IGNACIO
SEGURA A. Relator
de la Corte.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA NACION POR EL HECHO DAÑOSO DE UN SOLDADO DEL EJERCITO NACIONAL.

No obstante las discrepancias que se notan en las declaraciones de los testigos, respecto a los pormenores del hecho, es lo cierto que cualquiera que sea la vérsión exacta, al establecer la relación causal entre el accidente y los hechos que lo produjeron no es dable prescindir de circunstancias que, como la inadecuada selección del personal encargado de la vigilancia urbana, demuestran una grave falla de ese servicio. Es obvio que prudencia y sentido de la responsabilidad son condiciones que debe tener el personal militar o policivo encargado de ejercer la función de asegurar el orden y la tranquilidad públicos, por lo delicado de ella y la autonomía de acciòn con que debe ser desempeñada. Entonces constituye inequívoca falla del servicio designar para prestar, con armas, el de patrullaje en las vías públicas, a personal que no reúne aquellas condiciones, como en el presente caso lo pone de resalto el desgraciado accidente a que dio lugar el disparo del arma del soldado en momentos en que éste, apartándose del cumplimiento de sus deberes, actuaba por lo menos con imprudencia e impericia. Por ello la causa ocasional del hecho, o sea, el hallarse el soldado patrullando la calle, armado, por haberlo destacado para tal fin el comandante del Batallón a que pertenecía, no puede desvincularse del acaecimiento de que fue víctima el menor a que se refieren estos autos, sino que por el contrario, debe ser considerada como una causa indirecta del daño, que, por tanto, compromete la responsabilidad de la Nación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, treinta de enero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

El abogado Francisco Echeverri, obrando como mandatario judicial del señor Joaquín Gómez Jiménez, mayor de edad y vecino de Caicedonia, quien por su parte actúa en su propio nombre y también como representante legal de su hijo menor de edad Julio César Gómez Giraldo, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrio Judicial de Buga, para que, con citación y audiencia del respectivo agente del ministerio pùblico, se hiciesen contra ella las siguientes declaraciones y se la condenase a tenor de las peticiones que a continuación se transcriben:

"1a. Que la Nación Colombiana, representada por su Gobierno legítimo, es responsable civilmente de los perjuicios materiales y morales, éstos últimos objetivados, sufridos por el menor JULIO CESAR GOMEZ GIRALDO a consecuencia de la herida que por descuido e imprevisión le ocasionó con arma de fuego de largo alcance, en el pié izquierdo, el soldado Alberto Martínez, en momentos en qué èste se encontraba en ejercicio de sus funciones de miembro de las Fuerzas Armadas de la Nación o de Agente del Gobierno, hechos ocurridos en la mañana del día 19 de mayo de 1.956;

"2a. Què la misma Nación Colombiana es también responsable de los perjuicios morales sufridos por el señor JOAQUIN GOMEZ JIMENEZ con motivo de las mismas heridas y las consecuencias de èstas, en su condición de padre legítimo del menor herído, a causa de la culpa aquiliana o extracontractual mencionada en la declaración anterior;

"3a. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se CONDENA a la Nación Colombiana a pagar al menor de edad JULIO

CESAR GOMEZ GIRALDO, representado por su padre legítimo, señor Joaquín Gómez Jiménez, las siguientes cantidades:

"a). La suma de CINCUENTA MIL PESOS ($ 50.000.oo) moneda legal colombiana, por concepto de los perjuicios materiales; y

"b). La suma de VEINTE MIL PESOS ($ 20.000.oo) moneda legal colombiana, por concepto de los perjuicios morales objetivados;

"4a. Que como consecuencia de las mismas dos primeras declaraciones del fallo, se CONDENA a la misma Entidad de derecho público -la Nación- a pagar al señor Joaquín Gómez Jiménez los perjuicios morales por él sufridos a causa del mismo cuasidelito en referencia, en su calidad de padre legítimo del menor herido, en cuantía de dos mil pesos ($ 2.000.oo) m/cte. y en armonía con lo estatuído en el artículo 95 del Código Penal; y

"5a. Que las sumas indicadas debe pagarlas la Nación dentro de los diez (10) días siguientes al de la ejecutoria del fallo definitivo".

PETICION SUBSIDIARIA:

"Subsidiariamente solicito al H. Tribunal Superior que se CONDENE a la Nación y a favor del menor nombrado, Julio César Gómez Giraldo, representado por su padre legítimo, Joaquín Gómez Jiménez, a la suma que resulte probada en el juicio por concepto de los perjuicios materiales, o -en su defecto- que tal condenación se haga en abstracto, para luego ser regulada en la ejecución de la sentencia. Y que la condenación por concepto de los perjuicios morales sufridos por el mismo menor se haga dentro de las limitaciones indicadas en el citado artículo 95 del Código Penal".

Los hechos en que el actor funda las pretensiones de la demanda son los siguientes:

"**Primero.** Entre las ocho y media y nueve de la mañana del día 19 de mayo de 1.956 una camioneta particular destinada a la distribución de efectos de comercio, se detuvo frente a la tienda del señor Joaquín Gómez Jiménez, situada en la población de Caicedonia (Valle), en la carrera 16, distinguida con el No. 5-02 de la actual nomenclatura urbana, denominada "El Recreo", y se situó, con su parte delantera hacia el Norte, no muy recostada al andén oriental. Segundos después el menor JULIO CESAR GOMEZ GIRALDO, hijo legítimo del mentado don Joaquín, quien se encontraba en la tienda de su padre ayudándole a éste en sus menesteres de su negocio, se atravesó la calle y se subió al "guardabarro" izquierdo del mencionado vehículo con el objeto de recoger de él algunos artículos. En el instante mismo en que el menor descolgaba del "guardabarro" su pierna izquierda para descender de la camioneta, sonó un disparo de arma de fuego e inmediatamente después un grito del niño que decía: "Ay mi pié papacito". Brincando en un solo piè se dirigió en seguida el niño a la tienda de su padre pero no alcanzó a llegar hasta ella porque se cayó al subir el andén, en donde, al recogerlo su padre, pudo observar èste que su hijito tenía destrozado completamente el pie izquierdo. Conducido inmediatamente al Hospital de Caicedonia, lo atendieron en seguida los médicos, doctores Alberto Cadavid Sierra y Eduardo López, quienes se vieron en la ineludible necesidad de amputarle el pie herido "por encima del tobillo".

"**Segundo.** Indagando en seguida los allí presentes cuál era la procedencia de la bala que había herido al menor en la forma descrita, pudo establecer -sin lugar a dudas- que al soldado de las fuerzas armadas allí acantonadas, de nombre ALBERTO MARTINEZ, que se encontraba desde las ocho de la mañana en el Café denominado "El Prado", situado frente a la tienda de Gòmez jugando imprudentemente con su fusil con un compañero de armas, se le había disparado tal fusil y esa bala, en su trayectoria, había destrozado el pie izquierdo del mencionado menor Gómez Giraldo.

"**Tercero.** El nombrado ALBERTO MARTINEZ tenía el día del lamentable accidente culposo el carácter de miembro de las Fuerzas Armadas, con la calidad de soldado, y se hallaba en ejercicio de sus funciones y en cumplimiento de órdenes emanadas de sus respectivos superiores jeràrquicos, como así aparece de la correspondiente "orden del día". Desde el día 22 de Enero de 1.956 el soldado Martínez había sido trasladado desde Buga -Sede del Batallón "Palacé", perteneciente a la Tercera Brigada- a la agrupación de orden Público de Caicedonia (Valle), habiendo sido reclutado con anterioridad, en la población del Cerrito (Valle),

"Cuarto. Pudo establecerse satisfactoriamente, con el dicho de muchas personas que se encontraban en el Café "El Prado" en momentos de sucederse los hechos narrados, que una vez que el soldado Martínez cesó en sus imprudentes juegos con su compañero de armas y que éste se alejó de tal establecimiento, el mismo Martínez, al presenciar que Alberto Hurtado -empleado- le entregaba al dueño del Café -señor Reinaldo Peláez- algún dinero, le dijo a dicho empleado estas palabras: "Ve, este hijueputa tiene plata, está bueno para robarlo", y al mismo tiempo le apuntaba con su fusil y le quitaba a éste el "seguro", incurriendo así en la mayor imprudencia en que puede incurrir un hombre de armas que, por razón de su oficio y el conocimiento que tiene de esa clase de armas de fuego, debe saber el peligro que entraña un fusil que está sin el "seguro" respectivo. Y fué seguramente esta imperdonable **imprudencia**, que él acompañaba de groseras palabras al parecer de tono chancero, lo que dió origen a la consiguiente **imprevisión** por parte del dicho soldado, de continuar con su fusil sin "seguro" y en balanza, en un lugar donde había varias personas y por donde continuamente transitaban otras desprevenidamente. En casos como éste y como así lo tiene expresado la H. Corte Suprema de Justicia, "hay culpa cuando el agente no **previó** los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, **confió imprudentemente** en poder evitarlos" (G. J. T. LXXXI, pág. 295).

"Quinto. De los hechos hasta ahora referidos, se desprende indudablemente que por parte del soldado ALBERTO MARTINEZ, miembro activo de las Fuerzas Armadas de la Nación, en momentos en que se encontraba en ejercicio de sus funciones como Agente del Gobierno, hubo una imprudencia, un descuido, una imprevisión, todo lo cual acarrea a la Entidad de derecho público que él representaba y por cuenta de la cual actuaba, una culpa y responsabilidad extracontractual o aquiliana que dá lugar a la reparación de los daños y perjuicios, materiales y morales, que sufrió el menor gravemente lesionado.

"Sexto. Los pejuicios sufridos por la víctima del grave cuasidelito en referencia, no sólo los materiales sino también los **morales objetivados**, son de mucha consideración si se tiene en cuenta no únicamente la incapacitación que de por vida tendrá el menor mutilado para un trabajo eficiente, sino también las repercuciones morales -con repercuciones patrimoniales- que sin duda alguna ejercerá sobre su ánimo el grave defecto físico que de por vida le ocasionó la herida culposa. Esos perjuicios morales cobijan también, incuestionablemente, a los padres del menor herido, como que es apenas humano suponer que no existe un sólo padre de familia -que siendo normal- no sufra intensamente con la desgracia irreparable de uno de sus hijos. De allí que esta acción que estoy proponiendo, lo sea también en el propio nombre del padre de la víctima, buscando así, para él también, la pobre contraprestación que señala el artículo 95 del Código Penal y que irónicamente llama Josserand el "pretium doloris".

"Séptimo. Más justa y explicale se hace la acción de perjuicios por la culpa aquiliana o responsabilidad civil extracontractual que estoy proponiendo, si se tiene en consideración la extrema pobreza de la víctima y de sus padres y las numerosas obligaciones de familia a que éstos deben atender, no obstante lo cual se vieron en la imperiosa necesidad de conseguir a interés y en condiciones gravosas el dinero suficiente para atender a los gastos que demandó la atención médica y hospitalaria del menor mutilado a consecuencia de la más imperdonable imprudencia por parte de un Agente del Gobierno Nacional".

Al corrérsele traslado de la demanda, el señor fiscal del Tribunal la contestó oponiéndose a las pretensiones en ella formuladas y manifestando que no aceptaba ni rechazaba los hechos alegados, sino que se atenía a lo que se probase en el curso del juicio.

El Tribunal desató la litis en sentencia proferida el veinticuatro de mayo de mil novecientos sesenta y dos, en la cual declara que "no hay lugar a formular las declaraciones impetradas en el escrito de la demanda conque se inició el presente juicio".

Contra el fallo anterior interpuso la parte actora el recurso de apelación que se procede a decidir.

La decisión del Tribunal sentenciador se funda en que "los hechos realizados por el soldado Alberto Martínez dentro del estableci-

miento El Prado de la calle de El Edén de la ciudad de Caicedonia el día 19 de mayo de 1.956 y el disparo hecho con el fusil que portaba aquel soldado, no comprometen la responsabilidad de la Nación demandada en este negocio, sin embargo de que aquel día tal soldado tenía encomendada una función de vigilancia del orden público en el referido sector de la población, porque (.....) aquellos hechos que pudieron motivar el disparo no tuvieron realización en cumplimiento y desarrollo de los deberes de Martínez y ni siquiera so pretexto de ejercer sus funciones, sino que, al contrario, del examen de la prueba testimonial resultan hechos personales de aquel soldado sin relación alguna con las atribuciones que le fueron señaladas".

Esa prueba testimonial es la siguiente: el señor Alberto Hurtado Gómez manifiesta: "En razón de que yo me encontraba manejando la cantina denominada "El Café, Prado", ubicada en este municipio de Caicedonia en la carrera 16, frente a la tienda del señor Joaquín Gómez Jiménez, y cuyo Café Prado era de propiedad de Ernelio Peláez y Celio Osorio, cuando me hallaba contándole una suma de dinero de cuatrocientos pesos y entregándosela al mismo dueño del Café señor Ernelio Peláez, un día sábado en las horas de la mañana, sin que recuerde la fecha ni el mes, pero que hace más o menos unos dos años, se me acercó un soldado debidamente uniformado, con un fusil al hombro, el cual cogió a las manos, y me dijo "(.....) te voy a pegar un tiro, están buena para robarte esa plata", y ahí mismo me hizo un tiro cogiéndome únicamente la camisa, la que por haberla tenido embombada no me alcanzó a coger el cuerpo, y con el proyectil que me pasó la camisa hizo blanco en la pierna del lado izquierdo del niño Julio César Gómez, quien se hallaba en la calle intermedia de Joaquín Gómez padre de éste y del Café donde yo me encontraba (.....); y me di cuenta que ese impacto -del fusil- le destrozó la pierna al mencionado niño". El señor Jesús E. Pérez, por su parte, informa: "El día 19 de mayo de 1.956, si mal no estoy, como a eso de las ocho a nueve de la mañana y en momentos en que me encontraba en el Café El Prado de este municipio de Caicedonia, cerca o al frente de la tienda del señor don Joaquín Gómez Jiménez, situado cada uno de tales establecimientos en la carrera 16, sin que hubiese visto el número, vi perfectamente cuando el niño de don Joaquín Gómez, a quien no le sé el nombre, recibió un impacto de arma de fuego de largo alcance -fusil- en una de las piernas, sin que yo hubiese observado cual de ellas, porque yo me asusté con el disparo y me fui (.....). El disparo que el niño en mención recibió, fue a consecuencia de que el soldado Martínez le disparó el fusil de dotación oficial al señor Alberto Hurtado, en razón de que no le quiso vender trago, y cuando le hizo el disparo, le dijo: "Ahora mato a éste .....". (.....) Para mi modo de entender el soldado se encontraba como en estado de embriaguez, ya que entró a la cantina como a obligar a Hurtado dicho a que le vendiera licor y como no le vendió le hizo un disparo en forma por demás imprudente". El señor Ernelio Peláez Idárraga, dueño del establecimiento donde ocurrió el hecho, coincide con los anteriores testigos en lo fundamental del suceso, si bien manifiesta no haber oído que el soldado agresor dirigiera a Hurtado palabras injuriosas. El testigo Gregorio Ballén, quien se hallaba a alguna distancia del lugar del suceso, enfrente del café El Prado, presenció también lo ocurrido, y lo describe así: "(.....) El soldado estaba con el fusil en la mano, pues éste estaba era como jugando con el hijo de don Lisandro Hurtado, y en esas sonó un disparo de fusil, e inmediatamente ví al hijo de don Joaquín Gómez y el cual llama Julio César Gómez y éste salió brincando en un solo pie y llamando a don Joaquín (....)". El testigo agrega que "el soldado estaba en estado de embriaguez y jugando imprudentemente con su fusil". Por último, el testigo Gustavo Jiménez Bravo, quien se encontraba también en el cafe El Prado, afirma que "el soldado estaba jugando con Alberto Hurtado" y que "se le safó un tiro de fusil y le quemó la ropa a Hurtado en la parte de la cintura y esa bala le pegó al joven César Gómez en el pie".

No obstante las discrepancias que se nota en las declaraciones de los testigos, respecto de los pormenores del hecho, es lo cierto que cualquiera que sea la versión exacta, bien que el soldado Alberto Martínez hubiese agredido, en estado de embriaguez, a Alberto Hurtado, ora que se le hubiese disparado el arma cuando hacía a éste una broma, al establecer la relación causal entre el accidente y los hechos que lo produjeron no es dable prescindir de

circunstancias que, como la inadecuada selección del personal encargado de la vigilancia urbana, demuestran una grave falla de ese servicio. A prestarlo en la calle de El Recreo, donde está situado el establecimiento donde ocurrió el suceso, fueron destacados en la fecha y horas en que tuvo lugar, los soldados Alberto Martínez y Mario García, según consta en la copia de la orden del día del comando del Batallón Palacé para los días 19 y 20 de mayo de 1.956. Es obvio que prudencia y sentido de la responsabilidad son condiciones que debe tener el personal militar o policivo encargado de ejercer la función de asegurar el orden y la tranquilidad públicos, por lo delicado de ella y la autonomía de acción con que debe ser desempeñada. Entonces constituye inequívoca falla del servicio designar para prestar, con armas, el de patrullaje en vías públicas, a personal que no reúne aquellas condiciones, como en el caso del soldado Alberto Martínez lo pone de resalto el desgraciado accidente a que dio lugar en momentos en que apartándose del cumplimiento de sus deberes actuaba por lo menos con imprudencia e impericia. Por ello la causa ocasional del hecho, o sea, el hallarse el soldado Martínez patrullando, armado, la calle de El Recreo, por haberlo destacado con tal fin el comando del Batallón Palacé, no puede desvincularse del acaecimiento de que fue víctima Julio César Gómez Giraldo, sino que, por el contrario, debe ser considerada como causa indirecta del daño, que, por tanto, compromete la responsabilidad de la Nación.

Está suficientemente acreditado en los autos, con las declaraciones de los médicos doctores Alberto Cadavid Sierra y Ernesto López García, que a consecuencia de la lesión recibida fue preciso amputarle al niño Julio César Gómez la pierna izquierda por el tercio medio inferior, lo que le ocasionó, en concepto de la Oficina Departamental de Medicina Legal del Valle, "un complejo de inferioridad para el trabajo y para la marcha que será claudicante (.....), reparables, parcialmente con aparatos ortopédicos", y "una disminución notable de la capacidad de trabajo, y más si se dedica a trabajo material".

El dictamen de los peritos médicos Luis Ospina Cabal y Rómulo Holguín Pastrana, por su parte, llega a la conclusión de que, puesto que el menor Julio César Gómez queda con una incapacidad parcial para trabajar, y habida consideración de que sobre la base de una supervivencia de cuarenta y seis años dada su edad (once años), esa incapacidad se prolongará por espacio de treinta y un años a partir de los quince, que es la en que comienza la edad activa laboral, debe reconocérsele por concepto de indemnización la suma de quince mil veintitrés pesos con ochenta y ocho centavos, con aplicación de las tablas de Caruffa que los peritos tuvieron en cuenta para los respectivos cálculos. Nada tiene la Sala que observar a esta determinación de la cuantía del perjuicio, ya que, aún sin conocerse la especie de actividad a que el damnificado pudiere dedicarse, el salario de seis pesos diarios que a partir de la edad de los quince años le asignan los peritos, y su reducción a tres en virtud de la incapacidad parcial que habrá de sufrir, son razonables. Por otro lado, fuera de los padecimientos físicos a que da lugar una lesión como la recibida por Julio César Gómez, que le dan derecho al reconocimiento de perjuicios morales subjetivos, éstos se configuran también al través de los complejos que ella produce -como lo observan los médicos legistas-, y que bien pueden llegar a afectar su comportamiento en la vida social, por lo cual habrá de señalársele una indemnización de un mil pesos más por este concepto. No hay lugar, en cambio, al reconocimiento de perjuicios morales objetivados, porque en el proceso no se han demostrado otros distintos de los a que ya se hizo referencia, y que los peritos calcularon teniendo en cuenta los distintos factores, tanto de orden físico como moral, que pueden llegar a influir en la disminución de la capacidad de trabajo del demandante Gómez Giraldo.

Es el caso, asimismo, de reconocer la misma suma por concepto de daño moral subjetivado al padre de la víctima, ya que la lesión recibida por su hijo, y especialmente la incapacidad parcial permanente de que queda afectado, constituyen para él un perjuicio de afección; son hechos que tienen que herirlo en sus sentimientos de padre.

Consiguientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la

sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el veinticuatro de mayo de mil novecientos sesenta y dos, y en su lugar RESUELVE:

Primero. Condénase a la Nación Colombiana, como responsable civilmente de las lesiones recibidas por Julio César Gómez Giraldo el diez y nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, a pagar al mencionado demandante la cantidad de quince mil veintitrés pesos con ochenta y ocho centavos ($ 15.023.88), por razón de perjuicios materiales y morales objetivados, más la de un mil pesos ($ 1.000.oo), por concepto de daño moral subjetivo.

Segundo. Condénase a la misma Nación Colombiana a pagar al demandante Joaquín Gómez Jiménez la suma de un mil pesos ($ 1.000.oo) moneda corriente, por concepto de perjuicio moral subjetivo.

Tercero. La Nación pagará a los demandantes las anteriores indemnizaciones dentro de los diez días siguientes a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia.

Cuarto. No hay lugar a condenación en costas en virtud de lo prescrito por el artículo 576 del Código Judicial.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña.- Ramiro Araújo Grau.- Carlos Pelaéz Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García Merlano, Secretario.

INCIDENTE DE ACUMULACION. SUSPENSION DEL CURSO DEL JUICIO.

Por regla general, conforme a lo dispuesto en el artículo 393 del C.J., ningún incidente suspende el curso del juicio; y el de acumulación no está previsto dentro de las excepciones a que se refiere la mencionada disposición. El Código de Procedimiento Civil ha reglamentado en forma diferente el incidente de acumulación, según que los procesos se hallen en el mismo juzgado o se adelanten en juzgados diferentes. La suspensión prevista, en forma puramente excepcional, por el artículo 409 del C. Judicial, no puede aplicarse sino cuando los procesos se hallan en poder de diferentes juzgados, no en cuanto afecta a los que conoce la misma Sala de la Corte o Tribunal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, cinco de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

El apoderado de Oswaldo R. Buckle en el juicio adelantado contra la Nación, sobre propiedad del subsuelo petrolífero de los terrenos denominados "VALPARAISO", ha interpuesto el recurso de reposición contra el auto de fecha veintitrés de enero del año en curso, en el cual se ordenó entregar el expediente a las partes para que aleguen de conclusión, una vez que el secretario informó que se hallaba vencido el término para practicar las pruebas.

Las razones que se aducen para obtener la reposición son las siguientes:

"Existe pendiente un incidente de acumulación en el presente negocio, en un juicio ordinario que los señores Espinosa adelantan contra la Nación. El incidente fué admitido y se ordenó el trámite correspondiente. Ocurre que el incidente de acumulación no ha sido fallado aún, por cuya causa, existiendo un incidente tan fundamental, cuya resolución puede influir en el fallo, y que es de especial y previo pronunciamiento, no puede correrse traslado aún, en vía de fallar el negocio, hasta tanto dicho incidente no se desate".

Desde luego, conforme a lo dispuesto en el art. 393 del C. J., por regla general, ningún incidente suspende el curso del juicio; y el de acumulación no está dentro de ninguna de las excepciones previstas en la mencionada disposición; en consecuencia, resulta del todo infundado el motivo alegado.

Además, en providencia de fecha 19 de mayo de 1.960, en el juicio ordinario incoado por el general Amadeo Rodríguez contra la Nación, se dijo lo siguiente:

"El invocado art. 409 del C. J. no puede aplicarse por analogía, porque en tratándose de alguna de las Salas de la Corte o de un tribunal, los respectivos magistrados ponentes integran "un mismo cuerpo", o mejor, constituyen la respectiva unidad que se llama Sala de Negocios Generales o de Casación en lo Civil etc. etc.; pero no sucede lo propio cuando se trata de distintos juzgados, cada uno de los cuales forma una unidad funcional distinta; de ahí que el Código de Procedimiento Civil, en los arts. 402 y siguientes, haya reglamentado en forma diferente el incidente de acumulación, según que los procesos se hallen en el mismo juzgado o se adelanten en "diferentes juzgados", como puede verse en los arts. 405 a 409; por tanto, cuando todos los procesos se hallan en el mismo juzgado o en la misma Sala de la Corte o tribunal, no se aplica el procedimiento determinado en los artículos citados, como tampoco ocurre el fenómeno de la suspensión, previsto en el art. 409, que solamente opera respecto de los procesos cuya remisión se ordena, pues en este supuesto, por sustracción de materia, ni el juez puede seguir actuando en los dichos procesos, ni las partes

están en capacidad de hacer uso de los términos que estuviesen corriendo, ni hacer efectivos los demás derechos que les compete; y así, en guarda de las garantías procesales, el art. 406 dispone que la remisión se haga "previa citación de los que sean parte en el juicio", el cual quedará en suspenso desde que reciba, el respectivo juez, el oficio para que se remita el proceso o procesos, objeto de la acumulación, formalidad que no podía llenarse en este caso, porque los procesos se hallan al conocimiento de la misma Sala, como unidad orgánica y funcional.

"En consecuencia, la suspensión prevista, en forma puramente excepcional, por el art. 409 del C. J., no puede aplicarse a casos distintos de los allí previstos; en otras palabras, la suspensión no operará sino cuando los procesos se hallan en poder de diferentes juzgados o tribunales, respecto de los juicios objeto de la remisión, mas no en cuanto afecta a los que conoce la misma Sala de la Corte o tribunal, como tampoco procede la dicha suspensión en relación con los procesos que no han sido objeto de remisión alguna.

"Si los procesos se suspendieran con fundamento en el incidente de acumulación, aún cuando estuviesen a conocimiento del mismo juzgado o de la misma Sala de la Corte o tribunal, a más de violar el art. 393 del C. J. dejaría sin sentido o eficacia el art. 412 del mismo Código, que ordena suspender, una vez decretada la acumulación, "el curso del que esté mas próximo a su terminación, hasta que los otros se hallen en el mismo estado", pues no podría suspenderse lo que ya está en suspenso".

Con fundamento en lo expuesto, se niega la reposición del auto de fecha veintitrés de enero del año en curso.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Efrén Osejo Peña. Ramiro Araùjo Grau.- Carlos Peláez Trujillo.- Luis Carlos Zambrano.- Jorge García Merlano, Secretario

ACCION DE DOMINIO DEL SUBSUELO PETROLIFERO. SALIDA DEL PREDIO DEL PATRIMONIO ESTATAL. PRESCRIPCION ADQUISITIVA POR EXPLOTACION ECONOMICA.

1. Elementos fundamentales de la acción sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero. 2 Comprobación de la salida del predio del patrimonio estatal. Requisitos para que pueda suplirse el título original. 3. Condiciones requeridas en cuanto a prueba de la prescripción adquisitiva de terrenos, por explotación económica.

1. Como bien es sabido, los fundamentos de acciones como la presente son los siguientes: Que el predio es de propiedad actual de los demandantes; que salió del patrimonio estatal con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, y que la propuesta aceptada por el Gobierno para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional se superpone al predio. Basta que no aparezca establecido alguno de ellos para que la acción fracase.

2. Para comprobar la salida del predio del patrimonio nacional en virtud de un título, se requiere establecer que los terrenos indicados en ese título corresponden en realidad a las tierras sobre las cuales versa la demanda. Naturalmente esa salida está condicionada a la fuerza legal del título emanado del Estado. Pero no es indispensable que se presente el título mismo, pues según la doctrina del artículo 36 del Código de Petróleos, la existencia de ese título emanado del Estado puede suplirse por "documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia".

Los demandantes alegan esta doctrina para afirmar que en el caso concreto es posible la traslación de linderos dada la íntima vinculación entre la merced y la escritura a donde aquellos se trascriben, de conformidad con la doctrina de la Corte que citan, y que reza:

"Sin duda alguna que, por regla general, para determinar si un inmueble salió del patrimonio del Estado con anterioridad a 1.873, por causa distinta a la de la justa prescripción, es indispensable que en el instrumento proveniente del gobierno de la época se determine en alguna forma, pues si así no ocurre, es imposible ubicarlo en algún sitio del planeta, y establecer que ha sido motivo del mismo y consiguientemente de una propuesta de exploración y explotación petrolífera que da lugar a la acción de dominio del subsuelo. Y decimos por regla general, porque en ocasiones se puede llegar a esas conclusiones sin el conocimiento completo del título en cuestión, siempre y cuando que el fundo o parte de él se encuentre determinado en algún otro íntimanente relacionado con aquél.

"Queda, pues, demostrado que en casos como el presente, vale decir, cuando se tienen escrituras públicas otorgadas entre particulares, contentivas de enajenaciones totales o parciales de tierras, inmediatas al título por el cual éstas salieron del dominio del Estado, sì es posible determinarlas en todo o en parte, sin tener a la vista el documento de origen estatal que las deslinde; y que si de la referencia incompleta que del último se haga en otro de origen oficial, y de las circunstancias dentro de las cuales èste se otorgó se desprenden fuertes presunciones acerca de su existencia y validez, ambas deben tenerse por probadas". (Gaceta Judicial, LXXXVIII, 451 y 454).

Cabe anotar que la aludida doctrina es de aplicación, como se indica en la misma transcripción, cuando "se tienen escrituras públicas otorgadas entre particulares, contentivas

de enajenacionas, totales o parciales de tierras, inmediatas al título por el cual éstas salieron del dominio del Estado"; pero entre la merced a que se refieren estos autos y la escritura en que aparecen los linderos hay un lapso de más de dos siglos; y de otra parte, que no logró demostrarse, en forma alguna, la alegada vinculación entre ellas.

3. Por lo que hace a la prescripción por explotación económica subsidiariamente alegada, los demandantes circunscriben los actos comprobadores de dicho fenómeno a antes de 1.821. Ahora bien, en reciente providencia la Sala dejó establecido que en virtud de la ley de 13 de octubre de dicho año, los prescribientes de tierras debieron cumplir con el requisito de "sacar el título" en la misma ordenado (art. 5o.), de suerte que quienes estaban en vías de adquirir por prescripción un predio, perdieron su derecho sino se sujetaron a la indicada modalidad de la sacada del título. Y no se ha probado, ni siquiera afirmado, que quienes en 1.821 o en años subsiguientes estaban en posesión de las tierras objeto de la demanda hubieran cumplido con el expresado requisito, cuya realización no fue excusada por el legislador, sino a lo sumo prorrogada en virtud del Decreto de 1.843. (Sentencia de 13 de septiembre de 1.963, proferida en el juicio promovido por Paulina Reyes de Pava y otros).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, D. E, catorce de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

El apoderado que al efecto constituyeron Luis María Sarmiento Parra y Luis Alfredo Sarmiento Parra demandó ante esta Sala a la Nación para que previos los trámites de un juicio ordinario de única instancia, se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA PRINCIPAL. Que mis mandantes LUIS MARIA Y ALFREDO SARMIENTO PARRA, 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 No. 651, globo de terreno que hace parte de la finca de "MIRAVALLE" ubicada en jurisdicción del Municipio de Alvarado del Departamento del Tolima, de acuerdo con los títulos y documentos de propiedad que presento y con los que oportunamente aduciré dentro del tèrmino de prueba. Los linderos de la finca Miravalle son los siguientes: "Partiendo del punto "sobre el río "La China", media cuadra abajo del puente de la "carretera sobre dicho río que conduce de Venadillo a Alvarado, aguas arriba hasta encontrar el potrero de "La Vaquita" o "Cacaotal", lindando con la finca "La Quinta" de propiedad de Jorge Vila Camacho, hoy de sus herederos Beatriz, Carmen, Jorge, Clara Lucía y Guillermo Vila Iriarte, río La China de por medio; de este punto del potrero "La Vaquita", en dirección oriente-occidente, hasta encontrar la Mesa de Las Yeguas, cerca de alambre de por medio, con el mismo potrero que es de propiedad de Virginia Camargo (sic) Vila, antes de Rosa María Vila viuda de Camargo; de aquí volviendo en dirección norte-sur lindando con la Mesa de Las Yeguas de la misma propiedad de Virginia Camargo Vila, hasta encontrar terrenos de Patrocinio Bustamante, de Plinio y Angel Gutiérrez, de Cenón Ruiz y Plácido Martínez, lotes que forman parte de la antigua finca de La Picota, vendidos por el compareciente Sarmiento Escobar a los mencionados señores, separados por "cuchillas y cercas; del terreno de Plácido Martínez volviendo al oriente, lindando con Duarte, con el potrero de "El Pulguero", parte de propiedad de Sarmiento Escobar, de Victorino Sánchez y parte de los menores Vila Iriarte; y siguiendo la misma dirección con terrenos de Estanislao Galindo, y de este punto, en la misma dirección con propiedad del General Enrique Caicedo, conocido con el nombre de "Acuaro", con cercas de alambre y chambas de por medio; de este último punto, la misma dirección, con terrenos de Domingo Alfaro, cercas de alambre de por medio, hasta encontrar la quebrada de la Caima, atravesando esta quebrada en la misma dirección hasta encontrar lote de Enrique Reinoso, vendido por Sarmiento Escobar a dicho señor, lindando con Domingo Alfaro; de este punto en dirección sur-norte, o sea, el costado oriental, lindando con Enrique Reinoso y Domingo Alfaro hasta encontrar terrenos de Vicente Delgado, vendido por Sarmiento Escobar a estos señores, y de aquí, lindando con el mismo Delgado, Domingo Alfaro y Lucio Delgado, quebrada de

por medio, hasta encontrar el cruce de la carretera que de Venadillo conduce a Ibagué, con la misma quebrada; de aquí en dirección oriente a occidente, cerca de alambre al medio con terrenos de Virginia Camargo Vila, hasta encontrar una cerca de piedra que divide el potrero de Tanque; de este punto, volviendo en dirección sur-norte, y con la misma cerca de piedra y chamba hasta encontrar el Corral de la Vaca; siguiendo esta misma dirección sur-norte, hasta encontrar el río de la China, cerca de piedra de por medio, primer punto de partida, colindando con Virginia Camargo Vila".

"SEGUNDA PRINCIPAL. Que el Gobierno Nacional, no puede contratar la exploración y explotación del petróleo y sus derivados que puedan encontrarse dentro de la finca "MIRAVALLE", en la parte cubierta por la propuesta No. 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 subsueldo de la finca "MIRAVALLE" que esté cubierto por la propuesta N. 661".

"En subsidio y para el caso de que la petición primera no llegare a prosperar, solicito se declare":

"PRIMERA SUBSIDIARIA. Que es propiedad particular de mis mandantes, los señores SARMIENTO PARRA, por haberlo adquirido por justa prescripción, con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, mediante actos de explotación económica ejercitados 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 la finca "MIRAVALLE", en la parte cubierta por la propuesta 661, finca ubicada en el municipio de Venadillo del Departamento del Tolima, alindada en la petición Primera Principal de esta demanda".

Basó tales peticiones en los siguientes hechos:

"Primero: LUIS SARMIENTO PARRA Y ALFREDO SARMIENTO PARRA, adquirieron la finca "MIRAVALLE" por los linderos ya transcritos por compra a LUIS MARIA SARMIENTO E. y Dabeiba Parra de Sarmiento, por las escrituras públicas Nos. 1770 de 9 de agosto de 1.944, 2544 de 9 de diciembre de 1.943 y 2476 de 30 de noviembre de 1.942, todas de la Notaría Quinta de Bogotá".

"Segundo: Luis María Sarmiento E. adquirió la finca "MIRAVALLE", entonces denominada "LA PICOTA", por compra a Jorge VILA C. escritura No. 1254 de 6 de Noviembre de 1.935 de la Notaria Quinta de Bogotá".

"Tercero: A partir de las adquisiciones mencionadas en el hecho anterior, hacia atrás, las que cubren mucho más del período de prescripción extraordinaria, hay igualmente una cadena de títulos que acreditan la tradición de las tierras de "MIRAVALLE", antes la Picota, y su explotación económica, títulos que relaciono al final y acompaño a esta demanda".

"Cuarto: Las tierras de "Miravalle" o "La Picota", formaron parte de un globo que salió del dominio del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, título que en la época en que se concedió, conllevaba el dominio del suelo y del subsuelo de las tierras por él cubiertas, y el que oportunamente allegaré al expediente":

"Quinto: El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución Nº. 0034 de 16 de Enero de 1.959 aceptó la propuesta No. 661 presentada por la International Petroleum (Colombia) Limited para explorar y explotar petróleo 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 ésta Resolución se halla publicado en el Diario Oficial No. 29.949 de 15 de mayo dc 1.959".

"Sexto: De acuerdo con los linderos que aparecen en el extracto de la publicación del Diario Oficial antes citado, y con el plano de la propuesta 661, el lote de terreno objeto de esta propuesta, se superpone sobre la finca de "Miravalle" de propiedad de mis mandantes, los señores Sarmiento Parra".

"Séptimo: Según lo dispuesto en el artículo 2o. del Decreto 3050 de 1.956, 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 No. 29.949 de 15 de mayo de 1.959".

En cuanto a los fundamentos de derecho dijo que invocaba las siguientes disposiciones legales:

Artículos 5o. y 34 del Código de Petróleos (Decreto 1056 de 20 de abril de 1.953) y sus concordantes".

"El artículo 2o. del Decreto 3050 de 1.956. Las leyes de 6 de Agosto y de 13 de Octubre de 1.821. Las Constituciones de 1.858, 1.869 y 1.866".

Como bien es sabido los fundamentos de acciones como la presente son las siguientes: que el predio es de propiedad actual de los demandantes; que salió del patrimonio estatal con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, y que la propuesta aceptada por el Gobierno para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional se superpone al predio. Basta, pues, que no aparezca establecido alguno de ellos para que la acciòn fracase.

Para la decisiòn del caso en estudio es suficiente poner de manifiesto que no se ha comprobado el segundo fundamento.

Para comprobar la salida del predio del patrimonio nacional en virtud de un título, se requiere establecer que los terrenos indicados en ese título corresponden en realidad a las tierras sobre las cuales versa la demanda. Naturalmente esa salida está condicionada a la fuerza legal del título emanado del Estado. Pero no es indispensable que se presente el título mismo, pues según la doctrina del art. 36 del Código de Petróleos, la existencia de ese título èmanado del Estado puede suplirse por "documentos públicos de origen oficial emanados de autoridad competente que acrediten su existencia".

Los demandantes alegan esta doctrina. Consideran que una porción de las tierras de la actual "Miravalle" hizo parte de los terrenos mercedados a Francisco López Matoso en 16 de Septiembre de 1.584, y otra, de los que fueron objeto de una solicitud de amparo de posesión formulada en Santa Fe en Agosto de 1.764.

En cuanto a la merced afirman que su existencia resulta indudable del contenido de una diligencia de embargo y avalúo de un derecho de tierras realizada por el Alcalde del Partido de San Sebastián de las Piedras, don José Ramón Jaramillo, en el año de 1.796, diligencia en la cual el entonces dueño de las tierras presentó al citado Alcalde los títulos de la hacienda, entre los cuales figura mencionada, como acto por el cual salió del patrimonio del Estado, la merced ha poco aludida.

Reza así dicho documento, traído en copia autenticada del Archivo Nacional: "En el pueblo de San Sebastián de las Piedras, a treinta de mil setecientos noventa y seis (sic), yo don José Ramón Jaramillo, alcalde de este partido, en cumplimiento de lo a mi cometido para la pràctica del embargo y avalúo del derecho de tierras en el sitio de Cayma, de esta jurisdicciòn, perteneciente a don Manuel de Urueña, ya difunto, hipotecado a favor de Temporalidades como fiador de don Ignacio de Buenaventura por la hacienda Buena Vista de Escobar, como se demuestra del poder inserto en el Despacho de los señores oficiales reales, pasé asociado de Agustín Ramirez y Toribio de Arce, avaluadores nombrados por mí y testigos al sitio de Cayma y en él a la casa de don Ignacio Urueña, quien en virtud de la citaciòn que por carta se le hizo como consta de la nota antecedente y manifestación personal del despachо citado, presentó los títulos de propiedad de las tierras expresadas que gozan los Urueñas, don Nicolás, doña María Gertrudis, doña Inés, don Diego, don Ignacio, don Manuel, doña Antonia, don José, don Félix, don Juan Gregorio y doña Bárbara, como herederos hijos de don Juan Francisco López de Urueña y doña María Teresa Rojas y Bueno, nieta de Juan Ortiz y Bueno, dueños legítimos éste y su hermano José Ortiz Bueno, de las enunciadas tierras de Cayma por la compra que de ellas hicieron a Diego Hernàndez Freire por escritura otorgada en la ciudad de Mariquita a doce de agosto del año de mil seiscientos cincuenta y uno, el cual las hubo de los herederos de Francisco López Matoso por venta que éstos le hicieron por escritura otorgada en la ciudad de Ibagué a veinte de marzo de mil seiscientos treinta, habiéndolas adquirido el citado Francisco López Matoso por merced que en diez y seis de septiembre de mil quinientos ochenta y cuatro, las cuales tierras por muerte de doña Teresa Rojas y Bueno se dividieron o heredaron entre sus once hijos arriba expresados, habiéndose avaluado éstas el año de mil setecientos sesenta y seis en el mes de marzo por don Bernabé Rengifo y don Francisco Barón en quinientos y treinta y cuatro pesos, y en las partidas que en dicho año se hicieron de los bienes de la precitada doña María Teresa Rojas

y Bueno le perteneció a don Manuel de Urueña cuarenta y nueve pesos de parte en las tierras como igualmente a los demás herederos de las comprendidas en los títulos arriba citados, los cuales he tenido a la vista como las demás diligencias del inventarios, avalúos y particiones que llevo referidas. Y habiendo los avaluadores nombrados como inteligenciados de todo el globo de la tierra por baquianos de ella, expresando que avaluaban el derecho perteneciente a don Manuel de Urueña, ya difunto, en setenta pesos que conocen por la práctica que tienen ser este su justo precio, y en su virtud lo afirman conmigo y el coheredero don Ignacio Urueña a quien le devolví los títulos e instrumentos de la propiedad y demás diligencias manitestadas y los testigos de la actuación, y aunque no pareció ni se hizo presente el lindante Luis Gutiérrez aunque se le citó por carta, como consta de la nota con cuya diligencia queda cubierta ésta, es presumible que su no comparecencia es desde luego porque las tierras lindantes las hubo y compró de don Ignacio Urueña, y que este como presente e impuestos de los linderos ni permitiría exceso alguno ni intromisión en sus tierras, y que las que comprenden esta diligencia, a más de ser conocidos sus linderos son sabidos de todos los vecinos por su antigua posesión y que nunca han sido divididas ni poderse dividir por ser cerros y sabanas".

En cuanto a los linderos de los terrenos mercedados a López Matoso, que, como puede apreciarse, no aparecen indicados en forma alguna en el documento, consideran los actores que ellos son los contenidos en la escritura pública corrida en Tocaima el 27 de Febrero de 1.794, en la que consta la venta que de tierras de Càima Abajo hizo Ignacio López de Urueña a Luis Gutiérrez, pues estiman que estas tierras de Caima Abajo hicieron parte de las citadas de Caima sobre las cuales se hizo el avalúo de que da cuenta el Alcalde de Las Piedras en el documento transcrito antes; y que esta traslación de linderos es posible dada la íntima vinculación que hay entre la merced y la aludida escritura, de conformidad con la doctrina de la Corte que citan, y que reza:

"Sin duda alguna que, por regla general, para determinar si un inmueble salió del patrimonio del Estado con anterioridad a 1.873, por causa distinta a la de la justa prescripción, es indispensable que en el instrumento proveniente del gobierno de la época se determine en alguna forma, pues si así no ocurre, es imposible ubicarla en algún sitio del planeta, y establecer que ha sido motivo del mismo y consiguientemente de una propuesta de exploración y explotación petrolífera que da lugar a la acción de dominio del subsuelo. Y decimos por regla general, porque en ocasiones, como luego se verá, se puede llegar a esas conclusiones sin el conocimiento completo del título en cuestión, siempre y cuando que el fundo o parte de él se encuentre determinado en algún otro íntimamente relacionado con aquél".

"Queda, pues, demostrado que en casos como el presente, vale decir, cuando se tienen escrituras públicas otorgadas entre particulares, contentivas de enajenaciones totales o parciales de tierras, inmediatas al título por el cual éstas salieron del dominio del Estado, si es posible determinarlas en todo o en parte, sin tener a la vista el documento de origen estatal que las deslinde; y que si de la referencia incompleta que del último se haga en otro de origen oficial, y de las circunstancias dentro de las cuales éste se otorgó se desprenden fuertes presunciones acerca de su existencia y validez, ambas deben tenerse por probadas". (C. J. T. LXXXVIII, pags. 451 y 454).

Ante todo cabe anotar que la aludida doctrina es de aplicación, como se indica en la misma transcripción, cuando "se tienen escrituras públicas otorgadas entre particulares, contentivas de enajenaciones, totales o parciales de tierras, **inmediatas al título por el cual éstas salieron del dominio del Estado**"; pero entre la merced de que fue objeto López Matoso y la escritura en que aparecen los linderos hay un lapso de más de dos siglos.

Arguyen los demandantes que la vinculación que en la diligencia de embargo aparece establecida entre dicha merced y la escritura, a través de las diversas transferencias que allí se indican, contrarresta favorablemente la objeción anterior, como quiera que el Alcalde que practicaba el avalúo, da fe de que tuvo a la vista los correspondientes títulos. Con todo, aún aceptando tal tesis, la conclusión que se sacaría no sería la señalada por ellos. En e-

fecto: la diligencia de avalúo y embargo tuvo lugar en 1.796, y la escritura fue corrida en 1.794, dos años antes, y precisamente en la diligencia se alude a que don Luis Gutiérrez, colindante citado, se presume que no concurrió a la cita porque sus tierras se las había comprado a don Ignacio de Urueña, quien figura como vendedor a Gutiérrez en la aludida escritura de 1.794. Si, pues, las tierras de Caima Abajo que compró Gutiérrez colindaban con las que eran objeto de la diligencia de avalúo, mal podían ser las mismas, y por consiguiente los títulos que tuvo a la vista el señor Alcalde de Las Piedras no pudieron referirse a ellas, por lo cual es imposible vincularlas a la merced del año de 1.584. Esas tierras de Caima Abajo las había comprado Ignacio López de Urueña a su sobrina María Antonia López de Urueña, según afirma en la misma escritura de 1.794, pero nada puede autorizar a sostener que hubieran formado parte en algún tiempo pasado de las en que se realizaba la diligencia de avalúo, pues resultaría del todo gratuito, sin asidero en ningún dato del expediente, el suponer, como parece sugerirse en el alegato de conclusión de la parte actora, que doña María Antonia López de Urueña hubiera heredado Caima Abajo de su padre, que habría sido uno de los hermanos de don Ignacio que menciona el documento de 1.796. Acaso pudo haber sido así, pero ello queda como una simple hipótesis. Aunque, a la verdad, muy débil, si se tiene en cuenta que el referido documento es bien explícito en afirmar al final que los linderos de las tierras que se justipreciaban eran bien conocidos de todos los vecinos por su antigüedad y que ellas nunca antes habían sido objeto de partición material, lo que inequívocamente hace pensar en un globo bien determinado que hasta ese entonces había permanecido entero. La afirmación que hace el apoderado de los demandantes de que las tierras de los López de Urueña habían sido divididas en 1.776, en la sucesión de doña María Teresa Rojas de Bueno, no fortalece en nada la aludida hipótesis, pues el documento contentivo de dicha división aparece con toda claridad que fue una división "ad valorem", no material; pero lo que vendió Ignacio López de Urueña a Luis Gutiérrez en 1.794 fue un globo perfectamente delimitado, no una cuota -parte. De haber ocurrido la pretendida sucesión entre el padre de doña María Antonia y ésta, respecto a una porción del globo a que se refiere el documento de 1.796, sin duda alguna que éste, tan detallista como es, habría dado cuenta de ella. Pero no sólo nada afirma al respecto, sino que, como se dijo, en su parte final descarta todo posible desmembramiento anterior.

Entre las tierras vendidas por la escritura de 1.794 y la merced que recibió López Matoso en 1.584 no hay, pues, vinculación alguna, de manera que nada importa el que parte de la actual "Miravalle" esté ubicada dentro de los linderos indicados en la precitada escritura.

Se pasa ahora a estudiar lo relacionado con el amparo de posesión. Lo solicitó el Dr. Francisco Javier López de Urueña, y alegan los actores que, puesto que fue resuelto favorablemente, se debió a que exhibió títulos que acreditaron la legal salida de las tierras del patrimonio real. Prescindiendo de cualquiera otra consideración que pudiera hacerse al respecto, basta anotar que no hay constancia alguna de la manera como fue resuelto en definitiva tal demanda. Aparece en el expediente, sí, copia de la providencia que dictó la autoridad santafereña como comsecuencia de la solicitud de amparo, pero ella no es una providencia decisoria del amparo. Dice así:

"VISTOS. Líbrese despacho para que las justicias de Tocaima o jueces del territorio, teniendo presentes los instrumentos de pertenencia de esta parte y posesión de que en fuerza de ellos haya gozado él y sus actores, le amparen en ella o se le confieran de nuevo precediendo para todo citación de los circunvecinos, y si alguno la contradijere con legítima causa le notificarán sin despojarle que ocurra a este superior gobierno en el término de la ordenanza a usar de su derecho con apercibimiento de estrados y lo demás que hubiere lugar, pero en caso de que alguno resulte hallarse notoriamente intruso, será luego lanzado y devuélvase, el documento exhibido. (Hay una rúbrica). (Fdo.) ESPEXO".

Como puede apreciarse, los vecinos citados podían contradecir, y en tal caso debían concurrir "a este superior gobierno", para la decisión definitiva; eso sí, si la oposición la formulaba alguno "notoriamente intruso", debía ser lanzado. Pero ninguna noticia se tiene de lo que a todos estos respectos sucediera, pues las copias traídas a los autos no contienen más datos.

En consecuencia, cualquier vinculación que se quiera establecer con esta solicitud de amparo de posesión carece de toda importancia jurídica para los fines pretendidos por los demandantes.

Debe anotarse que es completamente gratuita la afirmación que hace el apoderado de los demandantes en su alegato de conclusión, de que estas tierras objeto del amparo posesorio acabado de considerar son las mismas que en la escritura de 1.794 (por la que vendió Ignacio López de Urueña a Luis Gutiérrez), se denominan "las tierras de arriba" y "que según el documento de 1.796 (diligencia de avalúo y embargo) pertenecían a los herederos de don Manuel de Urueña". Pues entre estos herederos no aparece el Presbítero Francisco Javier López de Urueña, ni nada indica que hubiera sido dueño de esas tierras treinta años antes.

En cuanto a las compras que hizo Bivina Trujillo en 1.843 de porciones de las tierras de la Picota, ninguna vinculación alcanza a verse con la merced que recibiera López Matoso en 1.584, único acto, entre todos los mencionados por los demandantes, que podía tener virtualidad jurídica para operar una transferencia de tierras de la Corona a particulares. Por la misma razón, ninguna importancia puede atribuirse a la venta que la misma Bivina Trujillo hace en 1.866 de tierras de la misma Picota y que por los linderos que allí aparecen, según afirmaron los peritos durante la diligencia de inspección ocular, corresponde a una buena porción de la actual "Miravalle".

En consecuencia de lo dicho no puede aceptarse que se comprobó que la hacienda "Miravalle" salió del patrimonio de la Corona en virtud de título emanado de ésta.

Por lo que hace a la prescripción por explotación económica subsidiariamente alegada, los demandantes circunscriben los actos comprobadores de dicho fenómeno a antes de 1.821. Ahora bien, en reciente providencia la Sala dejó establecido que en virtud de la ley de 13 de Octubre de dicho año, los prescribientes de tierras debieron cumplir con el requisito de "sacar el título" en la misma ordenado (art. 5o.), de suerte que quienes estaban en vías de adquirir por prescripción un predio, perdieron su derecho si no se amoldaron a la indicada modalidad de la sacada del título. Y no se ha probado, ni siquiera afirmado, que quienes en 1.821 o en años subsiguientes estaban en posesión de las tierras objeto de la demanda hubieran cumplido con el expresado requisito, cuya realización no fue excusada por el legislador, sino a lo sumo prorrogada en virtud de Decreto de 1.843. (Sentencia de 13 de Septiembre de 1.963, proferida en el juicio promovido por Paulina Reyes de Pava y otros, aún no publicada en la Gaceta).

De todo lo cual resulta, sin necesidad de entrar a verificar las otras afirmaciones de los demandantes respecto a identificación de terrenos y demás extremos de la acción, que falta la comprobación del segundo de los fundamentos arriba apuntados de acciones como la incoada en este proceso. Por consiguiente, se impone su rechazo.

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:

Declárase infundada la oposición formulada por los señores LUIS MARIA SARMIENTO PARRA Y ALFREDO SARMIENTO PARRA a la propuesta 661, hecha por la International Petroleum (Colombia) Limited, para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional, y en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Efrén Osejo Peña.- Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. Jorge García Merlano, Secretario.

TITULO EJECUTIVO. EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES. MORA Y PAGO DE INTERESES.

1. El documento ejecutivo no puede ser completado para establecer la exigencia de la obligación, pero no hay impedimento legal alguno de que se adjunten documentos para establecer la liquidez del crédito. 2. La iniciativa para el cumplimiento de la obligacion corresponde al deudor. 3. Los intereses a que se concreta la indemnización de perjuicios por la mora en el pago de una cantidad de dinero.

1. Con fundamento en las correspondientes sentencias del Tribunal Administrativo y del Consejo de Estado, la actora demandó ejecutivamente al Departamento de Nariño ante el Tribunal Superior de Pasto, para que se le pague determinada suma de dinero.

El numeral 3o. de la sentencia del Consejo de Estado que sirvió de recaudo ejecutivo, dice en lo pertinente: "Se condena al Departamento de Nariño a pagar a la señora N. N., los sueldos que le hubieren correspondido -con base en lo devengado el día de su separación- como Directora de la Escuela Alternada de San Isidro, desde el día en que fue reemplazada a consecuencia del Decreto.....hasta el día en que fuere restablecida, previa deducción de lo que el Departamento de Nariño le probare que ha devengado en otro cargo público o empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes; así como en trabajos particulares en las horas ordinarias de labor".

Con esta base, el Tribunal dictó mandamiento por la vía ejecutiva contra el citado Departamento, "por el pago de la suma de $8.058.53 y los intereses legales de esta suma, a partir del día en que se hizo exigible hasta que se haga la cancelación.....".

Contra esta providencia interpuso el Gobernador el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, que le fue concedido una vez que no prosperó el primero de los nombrados, y para fundarlo, expuso:

"La sola condena preanotada, de conformidad con lo que preceptúa el art. 982 del Código de Procedimento Civil, no da margen para decretarse el pago mediante el procedimiento ejecutivo, porque como puede comprobarse ella no indica una cantidad líquida de dinero. Por esto, para que sea factible la dicha acción, menester es que los términos de la condena impuesta en la sentencia hayan sido completados con las certificaciones respectivas expedidas por la autoridad competente".

Se considera:

En el aparte transcrito, el Gobernador, aparentemente, hace dos objeciones al tìtulo ejecutivo, primero en cuanto a la liquidez, y luégo respecto a que el recaudo ejecutivo fue completado, esto es, que no hace por sí solo plena prueba contra el deudor. Sin embargo, basta observar que el título ejecutivo no ha sido completado en cuanto atañe a la existencia de la obligación, porque una sentencia ejecutoriada hace plena prueba contra el deudor condenado, sino que se adjuntaron documentos para establecer la liquidez del crédito, o mejor, para expresarlo en un guarismo determinado, que no está sujeto a deducciones indeterminadas.

El documento ejecutivo no puede ser completado con el fin de establecer la existencia de la obligación; pero no hay impedimento legal alguno de que se adjunten documentos para establecer la liquidez del crédito, porque una cosa es la existencia de

la obligación o el vínculo jurídico que liga al deudor con el acreedor y otra muy distinta fijar la cuantía mediante la presentación de documentos auténticos que hagan posible verificar las operaciones aritméticas conducentes.

Cuando se trata de una sentencia que condena a pagar los sueldos dejados de percibir por un empleado o trabajador, indebidamente despedido, y además, ordena el reintegro a sus antiguas labores, no puede fijarse en el mismo fallo la cuantía porque queda condicionada a la segunda parte, o sea, que la respectiva entidad reintegre al trabajador mediante el correspondiente nombramiento y, en esta forma, ponga fin a la serie de sueldos o salarios caidos con el dicho acto que depende de la voluntad del propio deudor, sin que el reintegro o nombramiento afecte a la exigibilidad del crédito ni a su liquidez, porque sino lo hace, el mandamiento de pago se librarìa por los sueldos corridos y por los que posteriormente se vencieren como sucede con toda deuda periódica. La objeción, por tanto, es infundada.

2. La segunda observacion del Gobernador apelante, se refiere a que la acreedora, a cuyo favor se dicta ahora el mandamiento de pago objeto del recurso, no ocurrió a la Secretaría de Educación del Departamento a solicitar la liquidación del crédito, porque "sin la presentación de la respectiva nómina o cuenta de cobro en ningún caso se pueden retirar fondos de la Tesorerìa Departamental"; y con estos antecedentes, deduce que el Departamento de Nariño no está en mora de cumplir la obligación que le impuso la sentencia.

La iniciativa para el cumplimiento de una obligación corresponde al deudor, como parte obligada; pero si no lo hace, al acreedor le queda expedita la vía ejecutiva para obtener el cumplimiento coercitivo de ella, mediante la expropiación o embargo de bienes, muebles o inmuebles, con destino a satisfacerla en la forma prevista en el respectivo procedimiento ejecutivo.

La iniciativa sobre el pago de la obligación no tiene relación alguna con la mora, cuando el cumplimiento no está condicionado a un previo requerimiento del deudor, como sucede en este caso que el Departamento quedó constituído en mora desde la ejecutoria de la sentencía, ya que en ella no se fijó plazo alguno, ni era de recibo señalarlo dada la naturaleza de la condena pronunciada por el Consejo de Estado.

Por consiguiente, la exigibilidad de la obligación se operó por ministerio de la ley, sin que la creadora tuviese el deber de hacer gestión alguna administrativa con tal fin, ya que correspondía a las autoridades del Departamento dictar las resoluciones necesarias para cumplir, espontánea y voluntariamente, con el pago de la deuda en la forma determidada en la sentencia del Consejo de Estado, para hacer innecesaria la vía ejecutiva.

3. En su escrito de sustentación del recurso interpuesto contra el mandamiento de pago a cargo del Departamento de Nariño, el Gobernador no encuentra viable la liquidación de intereses legales hasta que se haga la cancelación de los sueldos debidos a la ejecutante, porque "en ningún caso -dice- los sueldos que devenga un funcionario conllevan el pago de intereses por demora en su pago.....". Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la ejecutante no cobra ahora los sueldos como retribución de su trabajo, sino una cantidad que se le reconoció por sentencia del Consejo de Estado; de manera, pues, que el Departamento quedó ligado con una obligación impuesta por un fallo condenatorio, que debía cumplir en su debida oportunidad; y si así no lo hizo, está en el deber de pagar los perjuicios que en este caso se traducen en el pago de los intereses legales, como lo dispone el art. 1617 del Código Civil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, diecisiete de febrero de 1.964.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña)

Zoila Checa de Ortiz, con fundamento en las sentencias del Tribunal administrativo de Nariño y del Consejo de Estado de fechas 28 de julio de 1.959 y 19 de febrero de 1.960, en su orden, demandó ejecutivamente al Departamento de Nariño ante el Tribunal Superior de Pasto, para que se le pague "la suma de ocho mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos, con cincuenta centavos, como capital, los inte-

reses corrientes o legales de esa suma desde el día que se hicieron exigibles hasta el día del pago".

Resueltas previamente algunas cuestiones accidentales, el Tribunal dictó mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el citado departamento, en providencia de fecha 19 de septiembre de 1.963, "por el pago de la suma de $8.058.53 y los intereses legales de esta suma, a partir del día en que se hizo exigible hasta que se haga la cancelación.....".

Contra esta providencia interpuso el Gobernador el recurso de reposición y, en subsidio el de apelación, que le fué concedido una vez que no prosperó el primero de los nombrados.

Para la correcta y fácil inteligencia de las objeciones o argumentos del Gobernador al auto protestado, conviene transcribir el numeral 3o. de la sentencia del Consejo de Estado que sirvió de recaudo ejecutivo:

"3o. Modifícase el punto "tercero" que quedará así: "Se condena al Departamento de Nariño a pagar a la señora Zoila Checa de Ortiz, los sueldos que le hubieren correspondido -con base en lo devengado el día de su separación- como Directora de la Escuela Alternada de San Isidro en el Municipio de Imués, desde el día en que fué reemplazada por la señorita Alba Inés Viteri a consecuencia del Decreto No. 475 de 18 de septiembre de 1.958, hasta el día en que fuere restablecida conforme se dispone en la ordenación anterior, previa deducción de lo que el Departamento de Nariño le probare que ha devengado en otro cargo público o empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes; así como en trabajos particulares en las horas ordinarias de labor"; (fs. 10 a 10 vto. C. No. 1).

El Gobernador por memorial presentado el 28 de septiembre del año pasado, para fundar los recursos de reposición y el subsidiario de apelación, expuso:

a). "La sola condena preanotada, de conformidad con lo que preceptúa el Art. 982 del Código de Procedimiento Civil, no da margen para decretarse el pago mediante el procedimiento ejecutivo, porque como Uds. lo pueden comprobar ella no indica una cantidad líquida de dinero. Por esto para que sea factible la dicha acción, menester es que los términos de la condena impuesta en la sentencia hayan sido completados con las certificaciones respectivas expedidas por la Autoridad Competente". (fl. 54 ib.).

En el aparte transcrito, el Gobernador, aparentemente, hace dos objeciones al título ejecutivo, primero, en cuanto a la liquidez, y luégo, respecto a que el recaudo ejecutivo fue completado, esto es, que no hace por sí sólo plena prueba contra el deudor; sin embargo, basta observar que el título ejecutivo no ha sido completado en cuanto atañe a la existencia de la obligación, porque una sentencia ejecutoriada hace plena prueba contra el deudor condenado, sino que se adjuntaron documentos para establecer la liquidez del crédito, o mejor, para expresarlo en un guarismo determinado, que no está sujeto a deducciones indeterminadas.

El documento ejecutivo no puede ser completado con el fin de establecer la existencia de la obligación; pero no hay impedimento legal alguno que se adjunten documentos para establecer la liquidez del crédito, porque una cosa es la existencia de la obligación o el vínculo jurídico que liga al deudor con el acreedor y otra muy distinta fijar la cuantía mediante la presentación de documentos auténticos que hagan posible verificar las operaciones aritméticas conducentes.

Cuando se trata de una sentencia que condena a pagar los sueldos dejados de percibir por un empleado o trabajador, indebidamente despedido, y además, ordena el reintegro a sus antiguas labores, no puede fijarse en el mismo fallo la cuantía porque queda condicionada a la segunda parte, o sea, que la respectiva entidad reintegre al trabajador mediante el correspondiente nombramiento y, en esta forma, ponga fin a la serie de sueldos o salarios caídos con el dicho acto que depende de la voluntad del propio deudor, sin que el reintegro o nombramiento afecte a la exigibilidad del crédito ni a su liquidez, porque si no lo hace, el mandamiento de pago se libraría por los sueldos corridos y por los que posteriormente se vencieren como sucede con toda deuda periódica.

En consecuencia, esta primera objeción resulta del todo infundada, como así lo dijo también el Tribunal.

b). La segunda observación del Gobernador se refiere a que la acreedora no ocurrió a la Secretaría de Educación del Departamento a solicitar la liquidación del crédito, porque "sin la presentación de la respectiva nómina o cuenta de cobro en ningún caso se pueden retirar fondos de la Tesorería Departamental"; y con estos antecedentes, deduce que el Departamento no está en mora de cumplir con la obligación respectiva.

La iniciativa para el cumplimiento de una obligación corresponde al deudor, como parte obligada; pero si no lo hace, al acreedor le queda expedita la vía ejecutiva para obtener el cumplimiento coercitivo de ella, mediante la expropiación o embargo de bienes, muebles o inmuebles, con destino a satisfacerla en la forma prevista en el respectivo procedimiento ejecutivo.

La iniciativa sobre el pago de la obligación no tiene relación alguna con la mora, cuando el cumplimiento no está condicionado a un previo requerimiento al deudor, como sucede en este caso que el Departamento quedó constituído en mora desde la ejecutoria de la sentencia, ya que en ella no se fijó plazo alguno, ni éra de recibo señalarlo dada la naturaleza de la condena pronunciada por el Consejo de Estado.

Por consiguiente, la exigibilidad de la obligación se operó por ministerio de la ley, sin que la acreedora tuviese el deber de hacer gestión alguna administrativa con tal fín, ya que correspondía a las autoridades del Departamento dictar las resoluciones necesarias para cumplir espontánea y voluntariamente, con el pago de la deuda en la forma determinada en la sentencia del Consejo de Estado, para hacer innecesaria la vía ejecutiva.

Tampoco resulta aceptable este argumento por las razones dichas, como por lo expuesto por el tribunal con apoyo en abundante doctrina de esta Sala.

c). Finalmente, el Gobernador no encuentra viable la liquidación de intereses legales, porque "en ningún caso, dice, los sueldos que devenga un funcionario conllevan el pago de intereses por demora en su pago....."; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la ejecutante no cobra ahora los sueldos como retribución de su trabajo, sino una cantidad que se le reconoció por sentencia del Consejo de Estado; de manera, pues, que el Departamento quedó ligado con una obligación impuesta por un fallo condenatorio, que debía cumplir en su debida oportunidad; y si así no lo hizo, está en el deber de pagar los perjuicios que en este caso se traducen en el pago de los intereses legales, como lo dispone el art. 1617 del C. C.

Por lo expuesto, se confirma en todas sus partes el auto apelado.

Para notificar personalmente al Gobernador del Departamento de Nariño de esta providencia se comisiona, con cinco días de término, al Tribunal Superior de Pasto (Sala Civil), para lo cual se librará el correspondiente despacho con los insertos necesarios.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuelvase al tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García M, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA.

Competencia de los Jueces de Ejecuciones Fiscales. A quiénes corresponde el conocimiento de las apelaciones interpuestas contra las providencias dictadas por ellos.

Con el fin de definir la cuestión de competencia funcional, conviene hacer una breve referencia a las disposiciones legales que regulan esta materia, comenzando por el artículo 4o. de la ley 56 de 1.914, que dice:

"Los Jueces de Ejecuciones Fiscales conocerán, en ejercicio de la jurisdicción coactiva, no sólo de los negocios a que se refiere el artículo 407 del Código Fiscal, sino de cualesquiera otros en interés de la Nación que les encarguen la Tesorería General de la República u otra entidad de Hacienda Nacional, ya proceda el crédito de contratos o convenios celebrados por el Gobierno o sus agentes con los extinguidos Estados, con los Departamentos o con particulares, o ya de otra causa legal, durante la existencia de la República.....".

Posteriormente, el art. 3o. del Decreto 1315 de 1.936, dispuso:

"Los Jueces de Rentas y Ejecuciones Fiscales tendrán jurisdicción en todo el territorio de la República, para exigir por jurisdicción coactiva el pago de los créditos a favor del Fisco Nacional, provenientes de responsabilidades de empleados de manejo, rentas e impuesto nacionales, contratos celebrados por la Nación con otras entidades públicas o con particulares, fianzas o cauciones análogas, sanciones pecuniarias judiciales o administrativas, y en general, para la efectividad de toda deuda a favor del Estado, y cuyo importe deba ingresar a las arcas nacionales".

Estas dos disposiciones transcritas, sustancialmente iguales, dieron competencia a los jueces de ejecuciones fiscales en consideración a la persona de la parte acreedora, con el fin de prefijar un fuero; y en cuanto a la competencia de grado o jerárquica, el artículo 3o. de la ley 67 de 1.943, dispuso:

"El conociminto de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos ($ 500.oo) o más. En los demàs casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor".

Este artículo derogó el numeral 5o. del artículo 26 del Código Judicial que atribuía a la Sala de Negocios Generales de la Corte el conocimiento "Del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios que se sigan por los Recaudadores de Rentas Nacionales y los Jueces de Ejecuciones Fiscales nacionales investidos de jurisdicción coactiva"; sin embargo, demandados por inconstitucionalidad los artículos 3o., 4o. y 5o. de la citada ley 67 de 1.943, la Corte Suprema en Sala Plena, mediante sentencia de fecha 26 de julio de 1.944, resolvió:

"Primero. Es exequible el artículo 5o. de la ley 67 de 1.943.

"Segundo. Los artículos 3o. y 4o. de la mencionada ley son exequibles, Salvo en cuanto dichas disposiciones se refieran: 1o. A incidente de excepciones cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administración; y 2o. A tercerìas, cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se fundare en acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares".

Los artículos 3o. y 4o. en tesis general, fueron declarados exequibles, pero con dos excepciones restrictivas: primero, cuando las apelaciones se refieren a incidentes de excepciones; y segundo, cuando tengan por objeto providencias dictadas en tercerías; en unos y otro caso con la limitación de que "se fundare en un acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares".

Sin entrar a decidir si en el caso de autos, el pagaré emitido por el Banco de Colombia conforme a los decretos citados en él, es un acto de gestión o uno de imperio, el auto apelado no se dictó ni en un incidente de excepciones ni en uno de tercerías; y, en consecuencia, no le corresponde a esta Sala de Negocios Generales de la Corte revisar el auto protestado, y por lo mismo se abstiene de avocar el conocimiento del recurso de apelación concedido por el juez de ejecuciones fiscales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, veinte de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

Con fundamento en el pagaré No. 352 de 4 de septiembre de 1.948 suscrito, como deudora, por Hella Maunnheim de Salomón en favor del Banco de Colombia y de conformidad con los decretos 1766 de 25 de mayo y 2352 de 13 de julio de 1.948, cedidos a la Tesorería General de la Nación según las normas para esta clase de créditos, el juzgado 1o. nacional de ejecuciones fiscales libró mandamiento en favor de la cesionaria mediante auto de fecha 8 de marzo de 1.962.

Notificado el apoderado de la ejecutada, interpuso el recurso de apelación contra el citado proveído, que le concedió el juez de ejecuciones fiscales, en el efecto devolutivo, para ante la Sala de Negocios Generales "por tratarse de un acto de gestión"; sin embargo, procede estudiar la competencia funcional o jerárquica que tenga esta Sala para conocer de tal apelación que tiene por objeto el auto por el cual se libró mandamiento de pago, por jurisdicción coactiva, contra la damnificada por los sucesos del 9 de abril de 1.948.

Con el fin de definir la cuestión de competencia funcional, conviene hacer una breve referencia a las disposiciones legales que regulan esta materia, comenzando por el art. 4o. de la ley 56 de 1.914, que dice:

"Los Jueces de Ejecuciones Fiscales conocerán, en ejercicio de la jurisdicción coactiva, no sólo de los negocios a que se refiere el artículo 407 del Código Fiscal, sino de cualesquiera otros en interés de la Nación que les encarguen la Tesorería General de la República u otra entidad de Hacienda Nacional, ya proceda al crédito de contratos o convenios celebrados por el Gobierno o sus agentes con los extinguidos Estados, con los Departamentos o con particulares, o ya de otra causa legal, durante la existencia de la República.....".

Posteriormente, el art. 3o. del Decreto 1315 de 1.936, dispuso:

"Los Jueces de Rentas y Ejecuciones Fiscales tendrán jurisdicción en todo el territorio de la República, para exigir por jurisdicción coactiva el pago de los créditos a favor del Fisco Nacional, provenientes de responsabilidades de empleados de manejo, rentas e impuestos nacionales, contratos celebrados por la Nación con otras entidades públicas o con particulares, fianzas o cauciones análogas, sanciones pecuniarias judiciales o administrativas, y en general, para la efectividad de toda deuda a favor del Estado, y cuyo importe deba ingresar a las arcas nacionales".

Estas dos disposiciones transcritas, sustancialmente iguales, dieron competencia a los jueces de ejecuciones fiscales en consideración a la persona de la parte acreedora, con el fin de prefijar un fuero; y en cuanto a la competencia de grado o jerárquica, el art. 3o. de la ley 67 de 1.943, dispuso:

"El conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos ($ 500.oo) o más. En los demás casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor".

Este artículo derogó el numeral 5o. del art. 36 del C. J. que atribuía a la Sala de Negocios Generales el conocimiento "del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios que

se sigan por los Recaudadores de Rentas nacionales y los Jueces de Ejecuciones fiscales nacionales investidos de jurisdicción coactiva"; sin embargo, demandados por inconstitucionalidad los arts. 3o., 4o. y 5o. de la citada ley 67 de 1.943, la Corte Suprema en Sala Plena, mediante sentencia de fecha 26 de julio de 1.944, resolvió:

"Primero. Es exequible el artículo 5o. de la ley 67 de 1.943.

"Segundo. Los artículos 3o. y 4o. de la mencionada Ley son exequibles, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieran: 1o. A incidentes de excepciones cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administracción; y 2o. A tercerías, cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se fundare en acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares".

Los artículos 3o. y 4o., en tesis general, fueron declarados exequibles, pero con dos excepciones restrictivas: primero, cuando las apelaciones se refieran a incidentes de excepciones; y segundo, cuanto tengan por objeto providencias dictadas en tercerías; en uno y otro caso con la limitación de que "se fundare en un acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares".

Sin entrar por ahora a decidir si el pagaré emitido por el Banco de Colombia conforme a los decretos citados en él, es un acto de gestión o uno de imperio, el auto apelado no se dictó ni en un incidente de excepciones ni en uno de tercerías; y, en consecuencia, no le corresponde a esta Sala revisar el auto protestado.

Por lo expuesto, se abstiene la Sala de avocar el conocimiento del recurso de apelación concedido por el juez de ejecuciones fiscales en auto de 29 de noviembre de 1.963.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuelvase.

Efrèn Osejo Peña. Ramiro Araújo Grau. Carlos Peláez Trujillo. Luis Carlos Zambrano. Jorge García M., Secretario

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PETROLEOS. PRUEBA DE LA SALIDA DE LAS TIERRAS DEL PATRIMONIO NACIONAL. DOCUMENTOS SUPLETORIOS. JUSTA PRESCRIPCION INMEMORIAL. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA. ACUMULACION.

1. Las pruebas supletorias autorizados por el artículo 36 del Código de Petróleos, han de consistir en documentos públicos de origen oficial, no en documentos privados. 2. Si los poseedores de tiempo inmemorial no cumplieron en su oportunidad con la obligación legal de sacar los títulos, no adquirieron por el modo de la prescripcion. 3. Qué comprende el efecto vinculante de la cosa juzgada.

1 De conformidad con la doctrina del artículo 36 del Código de Petróleos, en estas acciones sobre propiedad privada del subsuelo, no es necesaria la presentación del título emanado del Estado, en qué conste la apropiación particular del terreno con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, sino que ese título puede suplirse por "documentos públicos de origen oficial que acrediten su existencia".

Parece que los demandantes han querido acogerse a esta posibilidad, pero los documentos supletorios a que aluden no tienen las características exigidas por la ley. Son ellos un poder, conferido en el año de 1.655, y un memorial que en el año de 1.613 fue dirigido al Presidente don Juan de Borja. En ambos documentos se expresan puntos arcifinios, dentro de los cuales acaso se encuentren los predios objeto de la demanda pero es indudable que no son "documentos públicos de origen oficial", sino, obviamente, documentos privados, en los que sus autores afirman por sí y ante sí, que son propietarios, en virtud de mercedes, de varias estancias de tierrras. De manera que, como bien anota el señor Procurador Delegado en su vista de fondo, no es menester entrar en dilucidaciones respecto a si los fundos objeto de las distintas demandas se encuentran comprendidos dentro de las alinderaciones indicadas en dichos documentos.

2 Acaso por tener conciencia de la inhabilidad jurídica de los documentos presentados, para acreditar la salida del patrimonio de la Corona de Castilla de las tierras a que se refieren estos juicios acumulados de petróleos, los demandantes ponen todo su énfasis en el fenómeno de la prescripción.

Segùn su alegación, los actos de explotación económica de las tierras que a su juicio generaron el aludido fenóme no tuvieron lugar durante el siglo XVIII. Consideran, siguiendo una antigua jurisprudencia de la Sala, que ciertos actos de explotación económica pueden acreditar la consumación de la "justa prescripción", y que aunque ella no hubiera sido reconocida en su época, hoy puede serlo por la Rama Jurisdiccional, concretamente por esta Sala de Negocios Generales de la Corte. Sin embargo, y sin necesidad de entrar a considerar el contenido exacto del fenómeno de la prescripción en el derecho indiano, es lo cierto que, como lo puso de manifiesto esta Sala recientemente (septiembre 13 de 1.963) en el juicio que promovieran Paulina Reyes viuda de Pava y otros, la institución de la prescripción sufría una trascendental transformación por obra del artículo 5o. de la ley 11 o 13 de Octubre de 1.821, consistente en haber impuesto a los presuntos prescribientes o según las voces de la ley, a quienes "poseyeren de tiempo immemorial, o a pretexto de una justa prescripción", la obligación de sacar los títulos de las tierras dentro del término de un año, so pena de que las perdieran y fueran reintegradas al dominio de la Repùblica; obligación que no fue suprimida, sino tan solo, si a

caso, prorrogada en cuanto a su cumplimiento, en virtud del artículo 9o. del Decreto de 2 de mayo de 1.843. De suerte, pues, que si los poseedores de tiempo inmemorial de las tierras a que se refiere estos autos no cumplieron en ese entonces con la obligación de sacar los títulos, no las adquirieron por el modo de la prescripción. Ahora bien, no se ha comprobado, ni siquiera afirmado, que dichos poseedores hubieran cumplido en tiempo alguno con el aludido requisito de la sacada de los títulos. Luego, es la conclusión por demás obvia, no adquirieron la propiedad de ellas, y siguieron siendo meros poseedores. Como según, se dijo, la pretendida prescripción se habría consumado mucho antes de 1.821, huelga toda consideración respecto a la posible ocurrencia del mismo fenómeno en época posterior.

En consecuencia de lo expuesto no hay necesidad de averiguar si son susceptibles de comprobar actos de posesión, por explotación económica, los diversos documentos que con tal fin adujeron los demandantes.

3. El efecto vinculante de la cosa juzgada de una sentencia no se produce sino entre las mismas partes que dieron lugar a su pronunciamiento, sobre el mismo objeto y con base en la misma causa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, cinco de marzo de 1.964.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau)

Surtida la tramitación legal, se procede a dictar la sentencia que ponga fin a los juicios acumulados que más adelante se indicarán, promovidos para obtener la declaración de ser de propiedad particular el subsuelo petrolífero de los predios a que cada demandante o grupo de demandantes se refiere en sus respectivos libelos y a que se excluyan, consecuencialmente, del área de la propuesta No. 571, formulada por la Compañía de petróleos "San Andrés", para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional y que fue aceptada por el Gobierno.

Los juicios en referencia son los instaurados por:

I. TORRES Y COMPAÑIA LIMITADA, con relación a los siguientes predios:

"LA ESPERANZA" y "BAMBU", y un lote anexo a estos, de treinta y dos hectáreas, integrado por dos secciones llamadas "CUCHARO" y "CUCHARITO"; se encuentran ubicados en jurisdicción de los municipios de El Guamo y El Espinal, Departamento del Tolima. Sus linderos están determinados como aparece en el hecho primero de la demanda.

"EL IMPERTINENTE" y "RETIRO ADENTRO", situados en jurisdicción del municipio de El Guamo, cuyos linderos aparecen determinados en el hecho segundo de la demanda.

JORGE LOZANO ARCINIEGAS, con relación a la finca "GUADUAS", situada en la fracción de "Serrezuela" de la jurisdicción del municipio de El Guamo, Departamento del Tolima, alinderado en la petición cuarta de la demanda.

ANTONIO MARIA LOZANO, con relación a las fincas denominadas "JAGUALITO" y "JOSE HERNANDEZ", ubicadas en jurisdicción del municipio de El Guamo, alinderadas como aparece en la petición quinta de la demanda.

ARTURO GAVIRIA, con relación a la finca "RANCHO ALEGRE", denominada antes "La Arenosa", situada en jurisdicción del Municipio de El Guamo y alinderada en la forma que aparece en la petición sexta.

VICENTE OLAYA, con relación al predio "BELGICA", ubicado en jurisdicción del Municipio de El Guamo, cuyos linderos aparecen relacionados en la petición séptima de la demanda.

ELEAZAR ARIAS LOZANO, con relación a las fincas denominadas "LA CHAMBA", "LA ENVIDIA" y "LA AURORA", ubicadas en el Municipio de El Guamo, y alinderadas en la petición octava.

ENCARNACION SALCEDO DE ARIAS, con relación al predio "LA DISCORIDA", situado en El Guamo y cuyos linderos aparecen expresados en la petición novena.

ALICIA PALMA DE BORDA, JORGE, RICARDO y ERNESTO BORDA PALMA, con relación al inmueble denominado "SAN FRANCISCO DE PAULA" y de una zona de terreno de cuarenta hectáreas que era parte de la hacien

da "Agua Sucia", situados ambos en el Municipio de El Espinal, Departamento del Tolima. Sus linderos aparecen determinados en la petición décima.

ALICIA PALMA DE BORDA, es igualmente propietaria de la finca denominada "LA MANGA DE LAS ALBERCAS", ubicada en el Municipio de El Espinal, y alinderada en la petición décima primero.

"PARCELADORA GUARUMO LIMITADA", con relación a la finca "GUARUMO", situada en jurisdicción del Municipio de El Guamo, que hace parte de mayor extensión constituida antes por las fincas de "guarumo", "patilla" o "Serrezuela" y parte de "Cartama" y "La-Chamba". Sus linderos aparecen expresados en la petición décima segunda de la demanda.

GENARO PAYAN, con relación a los siguientes predios: "CARTAMA", ubicada en El Guamo, con una extensión de 1.186 fanegadas, 6.618 V2, cuyos linderos están expresados en la petición décima quinta. Dos lotes contiguos de terreno, que forman parte de la hacienda "Guarumo y Patillal", ubicados en el Municipio de El Guamo. Los linderos de estos lotes aparecen expresados en la petición décima séptima.

"HERNANDO GARCES NAVAS, con relación a la finca "MONTERREDONDO", situada en el Municipio de El Guamo, la cual hizo parte de la antigua hacienda "Cartama y la Chamba". Sus linderos aparecen expresados en la petición décima novena.

CARLOS BORRERO y JUAN PABLO HERNANDEZ, en relación al lote denominado "FORTUNA", que hace parte de la hacienda de "Monterredondo". Está ubicado en el paraje de "Monterredondo", fracción de "La Chamba", jurisdicción de El Guamo, y cuyos linderos están mencionados en la petición vigésima primera de la demanda. Asimismo, son propietarios del lote "LA PALMA", que hace parte de la finca "Monterredondo"; está ubicado en jurisdicción de El Guamo, tiene una cabida de 13 hectáreas y sus linderos están determinados en la petición vigèsima segunda.

CARLOS VILLAVECES RESTREPO, en relación con los siguientes predios: un lote de terreno, sin nombre, que hizo parte de la finca de "Monterredondo", ubicado en el Municipio de El Guamo y cuyos linderos se expresan en la petición vigésima cuarta. Una finca denominada "CHAMBA Y CARTAMA", ubicada en el sitio de "Cartama", fracción de "Chipuelo", jurisdicción de El Guamo. Tiene una extensión de 140 hectáreas y sus linderos aparecen mencionados en la petición vigèsima sexta. "LA CHAMBA", finca formada por tres globos de terreno contiguos de los que se formaron en la partición de la antigua hacienda del mismo nombre, situada en El Guamo. Tiene una extensión aproximada de 330 hectáreas y sus linderos generales están expresados en la petición vigésima octava.

PABLO RODRIGUEZ, con relación a un lote de terreno bautizado "EL FUTURO", que hizo parte de la finca de "Monterredondo", ubicado en El Guamo; tiene una cabida de 4 hectáreas y sus linderos se encuentran mencionados en la petición trigésima de la demanda.

II. INES DURAN DE MUÑOZ, con relación al subsuelo de varios lotes de terreno que formaron parte de la finca "Piedecuesta", ubicada en jurisdicción de El Guamo, la que a su vez hizo parte de la antigua hacienda de "Llanogrande". Dichos lotes son los siguientes: "SAN JORGE", con una extensiòn de 78 hectáreas, 520 metros cuadrados. "EL DANUBIO", con una extensión superficiaria de 7 hectáreas. Y un lote sin nombre, de 23 hectáreas. Estos lotes están ubicadas en jurisdicción del Municipio de El Guamo, y sus linderos generales aparecen expresados en los apartes A), B) y C) de la petición primera de la demanda.

III. LUCIA CONVERS DE NUÑEZ, BLANCA PULECIO DE CONVERS, HERNANDO CONVERS PULECIO, JESUS MARIA PULECIO PINZON y la sucesión (ilíquida) de JESUS MARIA PULECIO LOMBO, con relación a las siguientes fincas, situadas en jurisdicción del Municipio de El Guamo (Tolima): "LA PAULINA", formada por cinco lotes; "EL BADEO", formada por dos lotes; y "EL PARADERO", formada también por dos lotes. Los linderos generales de estas fincas, se encuentran determinados en la petición primera de la demanda.

IV. SANTIAGO CALDERON L., con relación al predio "LA LUCHA", que hace parte de mayor extensión conocida con el nombre de "Guarumo y Patillal", situado en el Municipio de El Guamo. Sus linderos están expresados en el hecho primero de la demanda.

MIGUEL BONILLA, con relación al predio "EL MADRIGAL" situado en jurisdicción de El Guamo. Tiene una extensión de dos hectáreas, y sus linderos están determinados en el hecho segundo.

ELADIO AVILA HERNANDEZ, con relación al predio "POCETA DE ENEAL", ubicado en jurisdicción de El Guamo. Sus linderos aparecen mencionados en el hecho tercero.

TERESA DE JESUS LOZANO DE TIQUE, en relación con el predio "EL CAUCHAL", situado en jurisdicción del Municipio de El Guamo. Sus linderos se encuentran en el hecho cuarto.

ANGEL VASQUEZ VARGAS, con relación al predio denominado "BUENAVISTA", ubicado en jurisdicción de El Guamo. Sus linderos aparecen expresados en el hecho quinto.

MARIA HERMELINDA VARGAS DE MORENO, con relación al predio "VILLA MARIA", situado en jurisdicción de El Guamo. Sus linderos se encuentran relacionados en el hecho sexto.

HERNANDO VASQUEZ RAMIREZ, con relaciòn a un predio constituido por dos lotes de 10 y 12 hectáreas, está situado en jurisdicciòn de El Guamo, y hacen parte de mayor extensiòn conocida con el nombre de "Cartama y La Chamba". Sus linderos están relacionados con el hecho séptimo.

EDUARDO VAN ARKEN OSPINA, con relación a los predios "LA PRADERA" y "LOS ARRAYANES", que hacen parte de mayor extensiòn, conocida con el nombre de "Guarumo y Patillal", situados en jurisdicciòn de El Guamo. Sus linderos están descritos en el hecho octavo de la demanda.

FRANCISCO VASQUEZ R., con relación a un lote de terreno conocido con el nombre de "LA ESPERANZA", que hace parte de mayor extensión conocida con el nombre de "Guarumo y Patillal", está situado en jurisdicción del Municipio de El Guamo y sus linderos se encuentran descritos en el hecho noveno.

FELIPE ARIAS PRECIADO, con relación al predio denominado "EL PORVENIR", que hace parte de mayor extensión conocida con el nombre de "Guarumo y Patillal". Está situado en jurisdicción de El Guamo, y su alinderación aparece expresada en el hecho dècimo.

VICTORINO RAMIREZ RAMIREZ, con relación al predio "EL PORVENIR", situado en jurisdicciòn de El Guamo, alinderado como aparece en el hecho décimo primero.

V. RAUL ARCINIEGAS, con relación a los predios "LA ILUSION", "SANTA ROSA" y "EL OASIS", ubicadas en el Municipio de El Guamo y alinderados como se expresa en la petición primera de la demanda.

Las cinco demandas a que se acaba de hacer referencia fueron presentadas el 19 de Diciembre de 1.955, y sus correspondientes juicios quedaron acumulados en virtud de auto de 24 de Octubre de 1.956.

En todas las demandas se ha afirmado que los fundos a que se refieren salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, que se hallan superpuestos al área de la propuesta 571 y que actualmente pertenecen a los dueños que en cada libelo se expresa.

Los extremos fàcticos de acciones como las presentes, son los acabados de indicar, de conformidad con los artículos 5o. y 36 del C. de Petróleos, todos los cuales deben concurrir para la prosperidad de ellas, de suerte que faltando uno sólo, las pretensiones deberán ser rechazadas.

Para los efectos de esta providencia bastará poner de manifiesto la falta del fundamento consistente en la salida de las tierras del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873.

Como tantas veces se ha dicho, la comprobación de este fundamento implica la existencia de una causa jurídica capaz de haber generado la expresada salida del patrimonio estatal, y la verificación de que los terrenos contemplados en el documento que acredita la existencia de esa causa corresponden a los que son objeto de las pretensiones de la parte actora. Los demandantes han señalado dos causas jurídicas al aludido fenòmeno: a) mercedes

otorgadas por competentes autoridades coloniales, y b) la prescripción.

De conformidad con la doctrina del Art. 36 del C. de Petróleos, no es necesaria la presentación del título emanado del Estado, en que conste la apropiación particular del terreno, sino que ese título puede suplirse por "documentos públicos de origen oficial que acrediten su existencia".

Parece que los demandantes han querido acogerse a esta posibilidad, pero los documentos supletorios a que aluden en sus memoriales no tienen las características exigidas por la ley, pues son el poder que el 17 de febrero de 1.655 confirió el Capitán Martín Ruiz de Carvajal a Bernardo José de Las Peñas para vender tierras de "Llano Grande", y el memorial que en el año de 1.613 dirigió Bernardo de Herrera al Presidente don Juan De Borja en que da cuenta de ser propietario de varias estancias en la regiòn de Llano Grande y pide se le concedan algunas más como sobras. En ambos documentos se expresan puntos arcifinios, dentro de los cuales acaso se encuentren los predios objeto de la demanda, pero es indudable que no son "documentos públicos de origen oficial", sino, obviamente, documentos privados, en los que sus actores afirman por si y ante sí que son propietarios, en virtud de mercedes, de varias estancias de tierras. De manera que, como bien anota el señor Procurador Segundo Delegado en su vista de fondo, no es menester entrar en dilucidaciones respecto a si los fundos objeto de las distintas demandas se encuentran comprendidos dentro de las alinderaciones indicadas en dichos documentos. Por cierto que en éstos no se expresa claramente que las estancias estaban precisamente delimitadas por los puntos arcifinios allí indicados, ríos y serranías, sino que tales puntos más bien se señalan como referencias a la zona geográfica general dentro de la cual estaban ubicadas esas estancias, sin que se hubiera querido indicar que toda la zona estaba ocupada por las tierras mercedadas. ".....dichas tierras son y se comprenden entre el río Luisa, el de la Magdalena y Cuello, por la parte de arriba la sierra una cordillera áspera, que hace de las barandas del rio Cuello y remata en las de Luisa.....", se lee en el poder. Y en el memorial-petición: ".....veinte estancias de ganado mayor en sobras de dicho llano que se comprende entre el río de Luisa y el de Cuello y la Magdalena y una sierra que está en la parte de arriba, con màs de dos estancias de pan para el sustento de los vaqueros de dicho llano en el sitio que llaman de la isla, a orillas del río Grande y sobre que caen las barrancas de dicho llano, lindes con dicho rio.....". En todo caso, se repite, no son "documentos públicos de origen oficial" los que suministran esas alinderaciones.

Acaso por tener conciencia de la inhabilidad jurídica de tales documentos para acreditar la salida del pratrimonio de la Corona de Castilla de las tierras de "Llano Grande", los demandantes no insisten mucho sobre su valor probatorio, y en cambio ponen todo su énfasis en el fenómeno de la prescripción.

Según su alegación, los actos de explotación económica de las tierras que a su juicio generaron el aludido fenómeno tuvieron lugar durante el siglo XVIII. Consideran, siguendo una antigua jurisprudencia de la Sala, que ciertos actos de explotación económica pueden acreditar la consumación de la "justa prescripción", y que aunque ella no hubiera sido reconocida en su época, hoy puede serlo por la Rama Jurisdiccional, concretamente, por esta Sala. Sin embargo, y sin necesidad de entrar a considerar el contenido exacto del fenómeno de la prescripción en el derecho indiano, es lo cierto que, como lo puso de manifiesto esta Sala recientemente (septiembre 13 de 1.963), en sentencia proferida en el juicio que promovieran Paulina Reyes vda. de Pava y otros, aún no publicada en la Gaceta, la institución de la prescripción sufrió una trascendental transformación por obra del art. 5o. de la ley 11 ó 13 de Octubre de 1.821, consistente en haber impuesto a los presuntos prescribientes o, según las voces de la Ley, a quienes "poseyeren de tiempo inmemorial, o a pretexto de una justa prescripción", la obligación de sacar los títulos de las tierras dentro del término de un año, so pena de que las perdieran y fueran reintegradas al dominio de la República; obligación que no fue suprimida, sino tan sólo, si acaso, prorrogada en cuanto a su cumplimiento, en virtud del art. 9o. del Decreto de 2 de mayo de 1.843. De suerte, pues, que si los poseedores de tiempo inmemorial de tierras de Llano Grande no cumplieron en ese entonces con la obliga-

ción de sacar los títulos, no las adquirieron por el modo de la prescripción. Ahora bien, no se ha comprobado, ni siquiera afirmado, que dichos poseedores hubieran cumplido en tiempo alguno con el aludido requisito de la sacada de los títulos. Luego, es la conclusión por demás obvia, no adquirieron la propiedad de ellas, y siguieron siendo meros poseedores. Como, según se dijo, la pretendida prescripción se habría consumado mucho antes de 1.821, huelga toda consideración respecto a la posible ocurrencia del mismo fenómeno en época posterior.

En consecuencia de lo expuesto no hay necesidad de averiguar si son susceptibles de comprobar actos de posesión, por explotación económica, los diversos documentos que con tal fin adujeron los distintos demandantes.

Estos han hecho énfasis muy particular en la circunstancia de que esta Sala, en providencias de 1.943 y 1.947, reconoció haber ocurrido la prescripción en "Llano Grande" o a lo menos en algunos sectores de éste. Al respecto bastará anotar que el efecto vinculante de la cosa juzgada de una sentencia no se produce sino entre las mismas partes que dieron lugar a su pronunciamiento, y sobre el mismo objeto y con base en la misma causa. Pero ni siquiera se ha intentado demostrar que aquellas sentencias de la Sala se hubieran dictado a solicitud de alguno, al menos, de los actuales demandantes. De manera que ningún valor pueden tener tales proveídos en el presente proceso.

No se ha probado, pues, que los fundos objetos de las demandas salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, y si falta la comprobación de este fundamento esencial, es claro que las acciones deben ser desestimadas, sin necesidad de entrar en otras dilucidaciones en torno a los otros fundamentos, o siquiera a si los fundos corresponden a los predios mencionados en los documentos en que aparecen expresados actos de explotación económica.

Por lo que hace a la alegación del señor Procurador Delegado, de que las acciones estaban caducadas cuando las demandas fueron presentadas, es suficiente anotar que no hay dato alguno en el expediente que permita llegar a una tal conclusión. Y en cuanto a que en algunas demandas se acumularon indebidamente las oposiciones de propietarios de distintos inmuebles, bastará anotar que todos los demandantes vinculan la salida de sus predios del patrimonio de la Corona de Castilla a unas mismas mercedes, con lo cual se afirmó la unidad de causa contemplada por el ordinal 4o. del art. 398 del C. J., y que según ha expuesto la Sala en diversas ocasiones en un tal caso es admisible la acumulación de acciones en un mismo libelo.

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:

Decláranse infundadas las oposiciones presentadas por los diversos demandantes relacionados al principio de esta providencia, a la Propuesta No. 571, formulada por la Compañía de Petróleos "San Andrés", y en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos de dichas demandas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese al expediente.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Secretario.

PETROLEOS. PRESUPUESTOS DE ESTA CLASE DE ACCIONES. COMO SE ACREDITA LA SALIDA DEL TERRENO DEL PATRIMONIO DEL ESTADO. DETERMINACION DE LINDEROS ANTIGUOS.

Hechos fundamentales que deben acreditarse para que prospere la acción de dominio particular del subsuelo petrolífero. En qué consiste la demostración de que el predio salió del patrimonio del Estado en forma legal con anterioridad al 28 de octubre de 1.873.

A tenor del artículo 5o. del Código de Petróleos, para que acciones como la presente prosperen es indispensable comprobar la realización de los siguientes hechos fundamentales: que el actor es propietario actual del predio; que éste salió del patrimonio del Estado en forma legal con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, y finalmente, que se encuentra comprendido dentro de los linderos de la propuesta hecha al Gobierno, y aceptada por éste, para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional. Por consiguiente para desechar la acción bastará que no aparezca acreditado uno cualquiera de estos hechos fundamentales.

En el presente caso no resulta probado el segundo de tales fundamentos. A la comprobación de éste se llegaría mediante la verificación de que el predio coincide con los terrenos descritos en los documentos presentados para justificar su salida del patrimonio nacional con anterioridad al citado 28 de octubre de 1.873 o que se encuentra comprendido dentro de ellos, en todo o en parte; siempre que, naturalmente, los documentos sean de los que efectivamente acrediten esa salida.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, nueve de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araùjo Grau).

El apoderado judicial que constituyeron José Jesús Salazar y Hernando Salazar Mejia, de este vecindario, demandó a la Nación ante esta Sala, para que, previo el trámite de un juicio ordinario de única instancia, se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que el inmueble o predio denominado "El Potrero", situado en los municipios de Suesca y Sesquilé, departamento de Cundinamarca, de propiedad en comunidad de mis mandantes, así: De José Jesús Salazar las cinco octavas partes del total y de Hernando Salazar Mejia las tres octavas partes restantes, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de un título emanado del Estado.

Los linderos de "El Potrero son los siguientes:

"Por el Occidente, siguiendo una línea recta y partiendo del punto situado en lo alto de la cordillera, y que separa la finca de "La Cabrera", de propiedad de los señores José Jesús Salazar y Hernando Salazar Mejía, del lote que se está alinderando los terrenos de indígenas de Nemocón, por todo lo alto de la cuchilla siguiendo la línea de mojones allí fijados y que deslinda hoy con los terrenos de Daniel Suàrez, Ignacio Palacio, Gregorio Clavijo Duque, Ramona Palacio, Luis Pinilla, el camino de Buenos Aires y luego se sigue hasta llegar al cerro del Volador, lindando casi con la línea del Ferrocarril del Norte; por el Norte, partiendo del cerro del Volador, con las haciendas de "Susatá", en parte, con terrenos de indígenas en parte, y con terrenos de Nicolás Cortés, siguiendo un zanjón y unas tapias y otro zanjòn y una cerca de alambre hasta encontrar el camino que de Suesca

va a "Susatá", lindando en parte, con terrenos de indígenas y en parte con terrenos de Nicolás Cortès, luego se sigue el camino hasta llegar a la propiedad de Nepumuceno Méndez, se cruza un tanto hacia el sur en un ángulo que forma el potrero de "Arenal" y se sigue otra tapia hasta llegar a la finca de Vicente Villanueva, deslindando con terrenos de Nepomuceno Méndez, otro terreno de Vicente Villanueva y Angel María Garzón; de aquí se toma otra tapia hacia el sur aproximadamente y se desciende luego en un ángulo recto hasta encontrar otra tapia, por esta tapia se sigue hasta la corraleja o establo, se rodea éste y se desciende por otra tapia hasta dar a la carretera que va hacia Suesca, deslindando con terrenos del señor Rodríguez (potrero llamado "Estancia") y con un sembraderito de propiedad desconocida; se sigue por la carretera de Suesca hasta una cerca de piedra, otra tapia y por aquí se toma hasta la quebrada de Susana, se desciende por la quebrada de La Susana hasta dar a una tapia que divide los potreros de "Mogotal" del potrero de "El Llano" de propiedad del señor Rodríguez, deslindando en toda esta porciòn con terrenos de propiedad del general Morales Olaya; de este punto se sigue por otra tapia hasta encontrar una curva, tapia la cual va hasta la carretera que de Nemocón va a Sesquilé, deslindando en estos dos sectores con el potrero de "El Llano" de propiedad de Rodríguez; se sigue la carretera en un pequeño sector donde está situada la portada principal de entrada a la finca; de esta portada, tapia y cerca de piedra de por medio con la finca "La Cabrera" igualmente de propiedad del general Morales Olaya y de este punto de partida una línea recta al llegar al mojón punto de partida, deslindando también con la finca "La Cabrera" del general Morales Olaya, junto con la casa de habitación de que trata la partida tercera de los inventarios".

"SEGUNDA. Que el inmueble o predio denominado "La Cabrera", situado en los municipios de Suesca y Sesquilé, departamento de Cundinamarca, de propiedad en comunidad de mis mandantes, así: de José Jesús Salazar las cinco octavas partes del total y de Hernando Salazar Mejía las tres octavas partes restantes, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de un título emanado del Estado.

Los linderos de "La Cabrera" son los siguientes:

"Por el Sur, con tierras de los herederos de Pedro Rojas; por el Norte, con el cerro del lote número 4 que fué de Pío Cantini y los potreros de "Jerguero" y "Mogotal", de propiedad de los señores José Jesús Salazar y Hernando Salazar Mejía; por el Oriente, con el potrero denominado "San Miguel" por el cual se entra a la hcienda "El Potrero" y que pertenece a los ya mencionados señores Salazar; y, por el Occidente, con terrenos de indígenas de Nemocón. Dentro de los linderos anteriores está incorporado el potrero conocido con el nombre de "El Redil".

"TERCERA. El subsidio, los inmuebles denominados "El Potrero" y "La Cabrera", situados en los municipios de Suesca y Sesquilé, dentro de los linderos ya señalados, salieron del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de justa prescripciòn, por explotaciòn econòmica de esas tierras".

"CUARTA. Como consecuencia de una cualquiera de las anteriores declaraciones, el subsuelo petrolífero de los inmuebles denominados "El Potrero" y "La Cabrera", o sea, el petróleo y los demás hidrocarburos y gases que en ellos se hallen, son de propiedad de los dueños de dichos terrenos, en la proporción ya indicada, dentro de las alinderaciones relacionadas en las súplicas primera y segunda".

"QUINTA. Igualmente, como consecuencia de la declaración o declaraciones pronunciadas respecto de los puntos anteriores, el área correspondiente a los inmuebles ya mencionados, es decir, "El Potrero" y "La Cabrera", en su suelo y en su subsuelo petrolífero se excluye de la propuesta No. 872, formulada por la Texas Petróleum Company, para la exploración y explotación de petróleos como de propiedad nacional, y en consecuencia, el petróleo, gases y demás hidrocarburos y sustancias que en ellos se hallen, pueden explotarse como de propiedad privada".

"SEXTA.- En el evento de que ya se hubiere celebrado por la Nación con la Texas Petróleum Company contrato de exploración y explotación del petróleo, gases y demás hidrocarburos que se hallen en el subsuelo de los inmuebles "El Potrero" y "La Cabrera",

como si fuesen de propiedad nacional, por encontrarse éstos ubicados dentro de la propuesta No. 872, tal contrato debe declararse terminado en lo referente al subsuelo petrolífero de los citados inmuebles".

Como fundamentos de hecho expuso los que a continuación se indican:

"PRIMERO. El señor José Jesús Salazar es propietario y poseedor inscrito de cinco octavas partes proindiviso de los inmuebles denominados "El Potrero" y "La Cabrera", por haberlas adquirido así: la mitad, o sea, cuatro octavas partes, por adjudicación en la sucesión de la señora Leonor Mejía de Salazar, según consta en la hijuela respectiva protocolizada por escritura No. 2558 de 29 de mayo de 1.944, de la Notaria Cuarta de Bogotà, y una octava parte, por compra al señor Hernando Salazar Mejía, según consta en la escritura pública No. 1253 de 6 de marzo de 1.958, de la Notaría Cuarta de Bogotá.

El señor Hernando Salazar Mejia es propietario y poseedor inscrito de tres octavas partes proindiviso de los inmuebles denominados "El Potrero" y "La Cabrera", por haberlas adquirido, en mayor extensión, por adjudicación en la sucesiòn de la señora Leonor Mejía de Salazar, según consta en la hijuela respectiva protocolizada por escritura pública No. 2558 de 29 de mayo de 1.944, de la Notaría Cuarta de Bogotá.

"SEGUNDO. La actual hacienda de "El Potrero", de propiedad de mis mandantes, se encuentra comprendida dentro de los linderos de la antigua hacienda de "El Potrero", la cual salió del dominio del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, en virtud de los remates de bienes desamortizados o de manos muertas ordenados por el Gobiero Nacional y las correspondientes transferencias de dominio a los rematadores de los cinco lotes en que fué dividida, efectuada por el Agente General de Bienes Desamortizados".

"TERCERO. El predio actual denominado "La Cabrera", de propiedad de mis mandantes, se encuentra comprendido dentro de los linderos del antiguo predio denominado "Hacienda de Suesca", y luego "Achuri", por haber pertenecido al español don Juan de Achuri, el cual salió del dominio del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, por merced otorgada al capitán Francisco Beltrán de Caicedo y Corcuera y a su esposa doña María Pardo, revalidada en cabeza de Francisco Beltrán de Caicedo y Pardo en 1.593, secuestrada por el gobierno republicano después del 7 de agosto de 1.819 y vuelta a adjudicar al señor Sebastián de Herrera en 1.821, siendo por consiguiente, este último, el título definitivo emanado del Estado".

"CUARTO. La tradición del dominio de los inmuebles denominados "El Potrero" y "La Cabrera", de que trata esta demanda, se encuentra acreditada mediante una cadena de títulos que excede el término de la prescripción extraordinaria".

"QUINTO. Tanto la hacienda de "El Potrero" como el predio denominado "La Cabrera" han sido objeto, con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, y desde tiempo inmemorial, de una intensa explotación económica consistente en la ocupación con ganados, cultivos, casas de habitación, cerramientos, etc.".

"SEXTO. El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución No. 265 de 13 de marzo de 1.958, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional registrada bajo el No. 872, formulada por la Texas Petróleum Company, el día 17 de septiembre de 1.956, sobre un globo de terreno de 49.998 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los municipios de Suesca, Nemocón, Sesquilé, Villapinzón, Cucunubá, Lenguazaque y Chocontá, en el departamento de Cundinamarca, comprendido dentro de los linderos siguientes...." (aquí los linderos).

"SEPTIMO. Tanto los inmuebles de que tratan las súplicas primera y segunda de esta demanda, como los terrenos que formaban los antiguos predios de "El Potrero" y "Achuri", están comprendidos dentro del área de la propuesta No. 872 de la Texas Petróleum Company, cuyo perímetro se superpone a ellos".

"OCTAVO. Los terrenos que formaban los antiguos predios de "El Potrero" y "Achuri", están claramente determinados en los títulos de adquisición y son determinables sobre el terreno".

"NOVENO. Estoy dentro del término señalado en el art. 2o. del Decreto 3050 de 1.956 para instaurar esta demanda".

A tenor del art. 5o. del Código de Petróleos, para que acciones como la presente prosperen es indispensable comprobar la realización de los siguientes hechos fundamentales: que el actor es propietario actual del predio; que éste salió del patrimonio del Estado en forma legal con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873, y, finalmente, que se encuentra comprendido dentro de los linderos de la propuesta hecha al Gobierno, y aceptada por éste, para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional. Por consiguiente, para desechar la acción bastará que no aparezca acreditado uno cualquiera de estos hechos fundamentales. En el presente caso, como va a demostrarse, no resulta acreditado el segundo de tales fundamentos.

A la comprobación de éste se llegaría mediante la verificación de que el predio coincida con los terrenos descritos en los documentos presentados para justificar su salida del patrimonio nacional con anterioridad al citado 28 de Octubre de 1.873 o que se encuentra comprendido dentro de ellos, en todo o en parte; siempre que, naturalmente, los documentos sean de los que efectivamente acreditan esa salida. Manifiestan los actores en el libelo que los predios "El Potrero" y "La Cabrera" salieron del patrimonio nacional en virtud de remates de bienes desamortisados o de manos muertas, y según las alegaciones que hizo su vocero durante la diligencia de inspección ocular. "El Potrero" está comprendido dentro de los lotes cuarto y quinto de la antigua hacienda del mismo nombre, que fueron vendidos en pública almoneda los días 24 de Diciembre de 1.867 y 18 Octubrbe de 1.869 respectivamente, según consta en las escrituras públicas 2125 y 1560 de 1.870.

El apoderado de los demandantes no presentó alegato de conclusión, por lo cual en punto a la dilucidación del problema de si los predios en referencia están o no comprendidos, en todo o en parte, dentro de los linderos de los indicados lotes cuarto y quinto, no cuenta la Sala con más guia que las consideraciones que hacen los peritos para fundamentar el dictamen que se les pidió que rindieran sobre el particular. Este se refiere exclusivamente al actual predio "El Potrero" -identificado pormenorizadamente durante la inspección ocular- debido a que durante tal diligencia el vocero de los interesados pidió se prescindiera de el predio "La Cabrera".

Según la diligencia de remate, el lote quinto limitaba "por el Sur, con el lote cuarto; por el Oeste con la hacienda de Susatá; por el Norte con terrenos de los indígenas de Suesca, y por el Este con Tierras de Chítiva".

En su dictamen los peritos consideran que el lindero Occidental quedó debidamente establecido, ya que dos testigos de más de 77 años, interrogados por el Magistrado durante la inspección ocular afirmaron que las tierras de Susatà quedan "en el lado occidental, junto a la zona del ferrocarril". Agregan que esa afirmación de los testigos sobre ubicación de dichas tierras "coincide con la situación de ellas en el mapa o plancha N°. 209 donde figuran con el mismo nombre".

Como anota el señor Procurador Delegado, la declaración de los testigos respecto a las tierras de Susatá fue en forma muy general. Desde un cerro al Sur de la población de Suesca los testigos Agustín Guacaneme Pinzón y Gumercindo Pinzón "indicaron en forma acorde que dichas tierras (las de Susatá) quedan al otro lado de la serranía por donde cruza el ferrocarril ya mencionado, es decir, hacia la falda occidental de dicha serranía, en jurisdicción del municipio de Nemocón", serranía que se divisó claramente desde la colina en que se encontraba el personal que practicaba la diligencia. En estas circunstancias resulta imposible concluir que las tierras de Susatá quedan al Occidente de alguna parte del actual predio "El Potrero", ubicado al suroeste de la colina en referencia, pues los testigos no precisaron la extension de los límites de las aludidas tierras de Susatá y apenas, como se vió, indicaron una ubicación "grosso modo" de ellas hacia el occidente de la colina, de suerte que màs bien quedarían al noroeste de "El Potrero" actual. La observación de los peritos de que la localización hecha por los testigos de las tierras de Susatá "coincide con la situación de ellas en el mapa o plancha No. 209, donde figuran con el mismo nombre, no arroja más luz sobre el problema, ya que en la citada plancha ellos no localizaron el predio "El Potrero", lo que como anota el señor Procurador Delegado, no deja de ser extraño. De manera que si bien en el aludido plano No. 209 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi aparecen in-

dicadas las tierras de Susatá, es imposible, para el lego en la materia, determinar su situación con relación a la finca de los demandantes.

Y si se admite que el nombre de "El Potrero" que aparece en el mapa como denominación de un corral o casa y que los peritos destacaran con un rectángulo a tinta roja, al igual que otros nombres que consideraron importantes, corresponde en todo o en parte al actual potrero, éste resultaría fuera del antiguo lote cinco, ya que el pequeño caserío de Susatá, también destacado por los peritos en igual forma y que es de suponer corresponde en alguna manera a la antigua hacienda del mismo nombre, quedaría al Noroeste del predio, cuyo lindero occidental debía ser. O sea, debiendo ser Susatá, el lindero occidental del lote cinco y estando estas tierras al noroeste, el lote cinco quedaría desplazado mucho más hacia el norte de donde se encuentra el predio de los demandantes.

Es, pues, inaceptable la identificación que de este lindero occidental hicieron los peritos.

Con relación al lindero septentrional manifestaron:

"El título dice que el lote No. 5 colindaba por el Norte con los indígenas de Suesca. No existen hoy naturalmente como comunidad de indios tales terrenos. Los interesados presentaron un documento que es la medida hecha en el año de 1.593 de tales Resguardos. Conforme a dichas medidas, tales tierras formaban un círculo alrededor del pueblo de los indígenas de Suesca con un radio de 33 cabuyas, o sea 2.439,36 metros según la conversión que hace Luis Eduardo Páez Courvel, autoridad en esta materia, en su libro "Historia de las Medidas Agrarias Antiguas" (Ed. Librería Voluntad -1.940-. Una cabuya en el año de 1.591 equivalía a 73,92 Mts.)".

"Si se traza un círculo, con radio de 2.439,36 metros desde la plaza de la población de Suesca, según su localización en la plancha 209 del Instituto, este círculo corta a la finca "El Potrero" en la forma que se muestra en el plano. Si se tiene en cuenta, como se explicará en seguida, que los potreros de Calera, Arenal y Rincón, según su origen no formaron parte del lote No. 5, sino que fueron adquiridos por el General Salgar a Ignacio Luque y Nicasio Penagos, no es dudoso que estos terrenos hicieran parte del antiguo Resguardo de Indígenas. (Calera en parte)".

La diligencia de medida del resguardo a que aluden los peritos consistió en la medición de un cuadrado, partiendo de determinado bohío de un indio, imposible hoy de localizar, y luego en hacer "el redondo de dicho cuadro, o sea circunscribirlo dentro de una circunferencia, uniendo los vértices entre sí por medio de arcos.

Esto consta en la copia expedida por el Archivo Nacional de la "Adjudicación y medidas de los resguardos de indígenas de Suesca", presentada durante la "vista de ojos" y transcrita en el acta de ésta. No detallan los peritos las operaciones matemáticas que hicieron para determinar la longitud del radio, lo que no deja de ser una seria deficiencia de fundamentación; pero bien podría aceptarse tal estimación, considerando, con criterio benévolo, que se está en presencia de uno de los casos contemplados por el art. 722 del C.J. Así y todo, las conclusiones finales sobre la determinación de este lindero no serían satisfactorias. En primer lugar, no podría admitirse sin otra prueba al respecto que los resguardos de indios de Suesca conservaban, casi tres siglos después, la misma área que les fue reconocida en la diligencia de medición antes aludida, llevada a cabo en 1.593, máxime si se tiene en cuenta que antes de efectuarse el remate habían sido expedidas disposiciones legales que en la práctica autorizaban la desmembración de los resguardos.

En segundo lugar, la escogencia que hicieron los peritos del centro del círculo fue arbitraria, pues no indican por qué no lo colocaron en el verdadero centro geográfico de la población; y aún escogiendo este punto habría que preguntarse si correspondía al centro del antiguo resguardo. En todo caso resultaría que, para que pudiera armonizar con el lindero occidental, que ya se vió que son las tierras de Susatá y que quedan al Noroeste del actual "El Potrero", el lote quinto de que se viene hablando ocuparía buena parte del antiguo resguardo y quedaría colindando con porción de él también por el Oriente. Sin embargo, el lindero por este lado eran las tierras de Chítiva. Se rechaza, pues, la identificación de este lindero septentrional.

En cuanto al lindero Este, reza el dictamen: "Para la determinación del lindero Oriental del lote No. 5 que según dice el tituto colindaba con las tierras de Chitiva, interrogó el Magistrado a los testigos antes dichos. Ellos declararon que con tal nombre se conocían las tierras situadas al Sur de Suesca y denominadas actualmente vereda de Chitiva, las que con tal nombre figuran en la Plancha 209-III-B Nemocón del Instituto Geográfico. Según la compra hecha por el General Salgar en el año de 1.871 a Ignacio Luque de las tierras de Chitiva (citada en la Escritura 159 de 28 de Abril de 1.888 de la Notaría Primera de Bogotà), estas tierras colindaban por ese lado con las de "El Potrero", a las cuales las anexó el General Salgar".

Sobre la determinación de las tierras de Chitiva, se lee en el acta de la inspección ocular: ".....Luego el personal ascendió a una loma situada al sur de la población de Suesca, a la orilla occidental de la carretera que de dicho lugar conduce a Nemocón, y a una distancia de medio kilómetro de dicho poblado. Desde la cima de dicha loma se divisa una gran extensión del terreno que circunda a Suesca, inclusive la hacienda actual de El Potrero, que se observó hacia el Suroeste de dicha loma. Los testigos Guacaneme Rincón y Garzón, dijeron conocer desde su tierna infancia todas estas tierras y que por ello les consta que las llamadas Chitiva comprendían una vereda del Municipio de Suesca, la cual vino a dividirse para efectos eclesiásticos en dos, llamadas Chitiva alta y Chitiva abajo; la primera comprende la parte de los cerros y estribaciones que se extienden al noroeste de la población; **y la segunda la parte baja que se extiende hacia el sur de la misma** (se ha subrayado); que tal divisiòn eclesiástica se hizo a principios del presente siglo; que las tierras conocidas con el nombre de Chitiva abajo llegaban hasta la hacienda de El Potrero....".

Si según los testigos Garzón y Rincón las tierras de Chitiva abajo se extienden hacia el Sur de Suesca es claro que vienen a ocupar porciones del antiguo resguardo de indios y entonces mal podrían quedar al Oriente de "El Potrero" actual. En cuanto a la referencia a la compra de las tierras de Chitiva hecha por el General Salgar en 1.871, de que da cuenta la escritura 159 de 1.888, no es cierto que allí aparezca expresada que tales tierras colindaban con "El Potrero" "por ese lado", o sea el oriental. Textualmente se lee que tales tierras, que fueron incorporadas al primitivo "El Potrero", limitaban de la siguiente manera: "Por el Sur, la hacienda "El Potrero", y la de "Achuri"; por el Oriente, terrenos de los señores Rafael Olaya y Manuel Agustín Moncada; por el Norte; terrenos de los mismos Moncada, Timoteo Merchán..... y con el camino que sigue de Suesca a Susatá; y por el Occidente, tierras que fueron de Buenaventura Ligarreto, después de Nicasio Penagos". De ser cierto lo afirmado por los peritos, las tierras de Chitiva compradas por el General Salgar debían colindar por el occidente con "El Potrero", no por el Sur. De manera que esta cita de los peritos, más que aclarar, oscurece el problema.

No es posible, pues, precisar los linderos, Occidental, Norte y Orienlal del lote quinto de la antigua hacienda "El Potrero".

Por lo que respecta al lindero meridional de dicho lote, manifestaron los peritos que era imposible localizarlo, pero que ello no tenía importancia porque era el lote cuarto, también integrante de la actual hacienda "El Potrero".

Es claro que si este lote cuarto apareciera con sus otros tres linderos perfectamente determinados podría quizá aceptarse esta tesis de los peritos; pero es el caso que esos otros linderos del lote cuarto no están plenamente precisados, como pasa a verse.

Según la esrcitura 2125 de 1.870, el lote cuarto limitaba: "por el sur, con el lote 3o.; por el oeste, con tierras de los indígenas de Nemocón; por el Norte, con el lote 5o.; y por el Este, con la hacienda de Achuri".

Sobre su identificación dicen los peritos: "En cuanto se refiere al lindero Sur, sobre el terreno se encontrò una pared divisoria muy antigua y una portada, donde empieza el callejón que da salida hacia el Sur a la finca "El Potrero", comunicándola con la carretera o camino a Nemocón. Hoy el lindero Sur del lote No. 4 ha desaparecido, por cuanto parte de la finca contigua llamada "La Cabrera" se anexó a "El Potrero", y del viejo lindero sólo resta la portada y pared divisoria atrás indicada. A nuestro juicio la deducción de que esta pared era el lindero Sur del lote No. 4 es justificada

puesto que en la Escritura 535 de 16 de Marzo de 1.943 de la Notaría 5a. de Bogotá que acompañamos, se dice que los lotes "El Redil" y "La Cabrera", que después se anexaron al actual "Potrero", colindaban por el norte con el lote No.4 de "El Potrero".

"El lindero Occidental, es precisamente el límite entre los actuales municipios de Nemocón y Suesca, o sea la cima de la cordillera. Este lindero fué identificado cuando se hizo el recorrido del lindero occidental de la actual Hacienda de "El Potrero". Este lindero está señalado con mojones. Como en el caso de Suesca, desaparecidos los terrenos comunales de los indios, éstos pasaron a poder de terceros, pero los linderos de los antiguos resguardos son hoy los linderos de los municipios respectivos. Es este hecho de común ocurrencia en los municipios que tuvieron su origen en antiguas comunidades indígenas.

El lindero Norte del lote No. 4 es el lote No. 5, habiéndose fusionado estos dos lotes Nos. 4 y 5 desde el año de 1.870 cuando ambos fueron adquiridos por el General Salgar, y no siendo estos linderos arcifinios, no es posible hoy reconocerlos sobre el terreno. A nuestro parecer ello no es necesario puesto que la fusión desde el remate, de los lotes Números 4 y 5, hizo de este lindero un límite interno, que por cualquier parte por donde corriera no altera el fondo del problema conocidos los linderos exteriores.

"El lindero Este es la Hacienda de Achuri. Esta Hacienda, hoy dividida, aún se mantiene con igual nombre en la parte colindante con "El Potrero" y pertenece al Dr. Benjamín Rocha; el Dr. Rocha se hizo presente en la diligencia, reconoció la colindancia y presentó un plano de la antigua Hacienda de Achuri, hecho en el año de 1.879 y a nuestro parecer digno de fé. De otro lado, la colindancia en buena parte es arcifinia, porque el límite es la quebrada Susana o Culatama, según aparece del plano actual y del antiguo. Esta quebrada fuè reconocida durante la inspección".

Respecto al lindero Sur hay que anotar, ante todo, que en la escritura 535 de 1.943, que los peritos por sí ante sí allegaron al dictamen, no dice que los lotes "El Redil" y "La Cabrera", que según ellos fue posteriormente anexado a "El Potrero", hicieron parte del lote número tres, sino del lote número dos. "Esta finca -se lee en la página segunda de la Escritura, folio 83 del cuaderno No. 2- está integrada por los potreros denominados "Redil" y "Cabrera", que forman parte del lote número 2 de la antigua hacienda "El Potrero". Por otra parte afirmar que determinada portada o pared divisoria encontrada hacia el Sur de "El Potrero" actual debía ser el lindero con el lote número tres, porque el lindero meridional del lote cuarto era precisamente el lote tres, implica una verdadera petición de principio.

Por lo que hace al lindero Occidental, no puede aceptarse sin prueba plena, por no constituír un hecho notorio, el que los límites del Municipio de Nemocón correspondan a los del antiguo resguardo de indígenas del mismo nombre. Tanto menos cuanto que según se infiere de la diligencia de medición del resguardo de Suesca de que ya se habló, los resguardos parece que debían estar constituídos por círculos, pero no correspnden a ninguna porción de circunferencia los linderos que de dicho municipio se alcanzan a ver en los dos mapas del Instituto Agustín Codazzi a que han aludido los peritos en su dictamen.

Con relación al lindero Norte, vale lo que ya se dijo sobre análoga observación de los peritos sobre el lindero Sur del lote quinto: sería aceptable si los otros linderos del lote quinto estuvieran debidamente precisados, y ya se vió que no lo están.

El lindero Oriental podría darse por establecido, pero solo partiendo del supuesto de que la actual hacienda de Achuri corresponde exactamente a la del mismo nombre existente en la época del remate. Debe anotarse que en la escritura en que consta el remate no aparece mencionada la quebrada Susatá o Culatama como lindero Oriental del lote. En todo caso, con este único lindero es imposible reconstruir los otros tres.

No habiéndose, pues, establecido que los lotes cinco y cuatro, objeto de remates en los años de 1.869 y 1.870, corresponden en todo o en parte a las actuales Haciendas "El Potrero" y "La Cabrera", resulta imposible afirmar que salieron del patrimonio nacional en virtud de dichos actos oficiales de enajenación, tal como alegaron los demandantes, por lo cual deben rechazarse sus pretensiones, ya que, como se

dijo, la salida de los predios del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de Octubre de 1.873 es uno de los fundamentos esenciales de acciones como la presente. Como ya se dijo, con relación al predio "La Cabrera", no se hizo intento alguno por relacionarlo con los aludidos lotes cuarto y quinto.

Por lo que hace a la prescripción, alegada subsidiariamente por los demandantes, basta considerar que éstos no concretaron cosa alguna respecto a dicho fenómeno ni a su prueba.

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:

Declárase infundada la oposición formulada por los demandantes José de Jesús Salazar y Hernando Salazar Mejía a la propuesta 872 con relacion a los predios "El potrero" y "La Cabrera", y en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuelvase el expediente al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García Merlano, Srio.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

OPOSICION A LA CONCESION DE UNOS YACIMIENTOS DE MANGANESO. FALTA DE IDENTIFICACION DEL PREDIO OBJETO DE LA ANTIGUA MERCED. TITULOS ORIGINALES Y DOCUMENTOS SUPLETORIOS. DICTAMEN PERICIAL. PRESCRIPCION INMEMORIAL.

1. Como los actores invocaron, como fundamento de la oposición, la escritura de 2 enero de 1.703, el Fiscal del Tribunal ha objetado, con razón, que tal instrumento por referirse a un contrato de compraventa entre particulares no es oponible al Estado, como tercero en tal acto, sin embargo se ha probado con las copias presentadas en la etapa administrativa ante el Ministerio de Minas, que los título originales existieron, pero que fueron consumidos por el fuego, conforme a los documentos que se analizarán en seguida....

En consecuencia, si bien no se ha presentado el título original expedido por el Estado, con los documentos públicos que acaban de citarse se ha demostrado que sí existió.

2 La prescripción de tiempo inmemorial, de acuerdo con el artículo 5o. de la ley de 13 de Octubre de 1.821, quedó condicionada a que los poseedores ocurrieran a sacar su título dentro del plazo allí fijado, pues de no hacerlo así, perdían el derecho a obtener tal reconocimiento o adjudicación por parte de las autoridades administrativas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, nueve de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Efrèn Osejo Peña).

Mediante resolución No. 748 de 17 de Octubre de 1.955, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió la propuesta presentada por Zabulón Pemberty y Elvia Gutiérrez Isaza para explorar y explotar las minas de manganeso de la reserva nacional, ubicadas en el municipio de Santa Bárbara, Departamento de Antioquia.

Dentro del plazo legal se opusieron a la propuesta varios propietarios de inmuebles ubicados dentro de la zona solicitada en concesión, que el Ministerio de Minas admitió segùn Resolución No.1191 de 7 noviembre de 1.957 y ordenó pasar la actuación administrativa al Tribunal Superior de Medellín a fin de que "decida si el Estado o los opositores señores César Castañeda, Samuel Botero Peláez, Ana Luisa Botero O., Aurelio Bedoya y Emilia Peláez vda. de Botero los dueños del mineral existente" en la zona descrita en la respectiva propuesta.

En obedecimiento a lo ordenado en la Resoluciòn citada, se fomalizaron las correspondientes demandas ante el tribunal a quo, las cuales se pasa a examinar una vez que fueron acumuladas por auto ejecutoriado, como que todos los opositores invocaron el mismo título, o sea, la escritura de dos de enero de 1.703.

A) Demanda de Aurelio Bedoya. Mediante apoderado, Aurelio Bedoya solicitó que, en la sentencia definitiva, se hicieran estas declaraciones:

"a). Que mi mandante, señor Aurelio Bedoya o Marco Aurelio Bedoya, es dueño exclusivo en asocio de las sucesiones de los señores Daniel y Juan de Dios Gómez y María de la Cruz Cano, de los yacimientos de manganeso existentes en los lotes de terreno singularizados en el hecho tercero del libelo demandador.

"b). Que en consecuencia, los minerales de manganeso solicitados en concesión por los señores Zabulón Pemberty y Elvia Gutiérrez Isaza, incluidos dentro de los linderos de los lotes delimitados en el hecho tercero de la parte narrativa de la demanda, o sea, dentro de los perímetros de tales terrenos, no forman parte de la reserva nacional y por ende no pue-

den ser otorgados en concesión por la Nación Colombiana.

"c). Que el Ministerio de Minas y Petróleos debe excluir definitivamente del respectivo contrato la parte de la zona propuesta que afecta las zonas determinadas en el hecho tercero del libelo de demanda, ya que tanto el suelo como el subsuelo son de exclusiva propiedad de mi mandante y de las sucesiones ya nombradas". (fs. 40 a 40 vto. C. No. 5).

Como fundamento de hecho para la prosperidad de las acciones ejercitadas, en síntesis, invocó los siguientes.

En el 1o. hace alusión a la propuesta de concesión de Zabulón Pemberty y Elvia Gutiérrez Isaza para explorar y explotar los minerales de manganeso de una zona de 4.800 hectáreas, ubicadas en el municipio de Santa Bárbara, por las lindes discretas en la respectiva propuesta las que se transcriben en este hecho de la demanda.

En el 2o. se refiere a la oposición presentada por el actor ante el Ministerio de Minas, tanto en su propio nombre como en su calidad de cesionario de los derechos hereditarios en las sucesiones de María de la Cruz Cano y Juan de Dios Gómez, en relación con la aludida propuesta de Pemberty y de Elvia Gutiérrez Isaza.

"3o. La oposición fue formulada por estar comprendidos dentro de la zona delimitada en el hecho primero de la demanda los siguientes lotes de terreno de propiedad exclusiva de mi mandante y de las sucesiones tantas veces citadas.....". (fs. 38 vto. ib.).

A continuación, el apoderado enumera y transcribe las lindes de cinco lotes de terreno, ubicados en el paraje Las Pavas del distrito de Santa Bárbara, a excepción del último sito en el paraje La Saura del mismo municipio.

"4o. Los lotes de terreno deslindados en el hecho anterior fueron adquiridos legalmente por mi mandante y por las sucesiones ya mencionadas, según consta en los respectivos títulos que fueron debidamente y oportunamente registrados, razón por la cual son de propiedad exclusiva de mi mandante y de las citadas sucesiones.

"5o. Las porciones de terreno ya mencionadas y debidamente singularizadas en el hecho 3o. de esta demanda se encuentran comprendidos totalmente dentro de la zona de terreno deslindado en el hecho 1o. de este libelo demandador, y también dentro de los linderos indicados en la escritura pública otorgada en la ciudad de Santiago de Arma, Gobernación de Popayán el dos de enero de 1.703 y en el acta de la diligencia de entrega del inmueble citado en la escritura de 1.703.

"6o. Los lotes de terreno alindados en el hecho 3o. de la demanda salieron definitivamente del patrimonio del Estado con antelación al 28 de octubre de 1.873, razón por la cual los yacimientos de manganeso que se encuentran dentro de tales lotes son de propiedad exclusiva de mi mandante y de las sucesiones antes citadas.

"7o. Mi mandante y las sucesiones nombradas conservan el derecho de dominio sobre los lotes a que me he referido en el hecho 3o. del libelo, y por ende conservan igualmente el dominio sobre el subsuelo, ya que se trata de una mina por accesión". (fs. 39 vto. a 40 ib.).

En el 8o. se refiere a la orden impartida por el Ministerio de Minas en la Resolución No. 1191 de 7 de noviembre de 1.957, para que el expediente que contenía la actuación administrativa fuera remitido al Tribunal Superior de Medellín, para que decidiera en definitiva la oposición.

Como disposiciones aplicables al litigio citó el art. 10 del A. L. No. 1o. de 1.936; ordinal 3o. del art. 1o. del C. de M.; ley 106 de 13 de junio de 1.873; arts. 6 y 8 de la C. de 1.858; arts. 16 y 30 de la Carta de 1.863; arts. 1o. y 3o. de la ley 85 de 1.945; art. 28 del D. No. 805 de 1.947 y, en fin, los arts. 737 y siguientes del C. J.

En representación de la Nación le correspondió contestar la demanda al fiscal 3o. del Tribunal, quien aceptó los hechos 1o., 2o., 3o. y 8o.; en cuanto a los demás, manifestó que no le constaban y que se atendría a las pruebas que se presenten dentro del proceso.

terminó la contestación con el siguiente párrafo:

"No hay prueba de que el Estado Colombiano se hubiera desprendido de los terrenos

a que alude la demanda con anterioridad al 28 de octubre de 1.873, pues la escritura de 2 de enero de 1.703 es un negocio entre particulares y no una adjudicación Estado. Y aun en este caso no sería cuestión incontrovertible que el subsuelo fuera de propiedad privada, por motivos que posteriormente serán expuestos". (fl. 42 ib.).

B). Demanda de César Castañeda. Dentro del plazo legal, el apoderado de César Castañeda formalizó la demanda de oposición a la propuesta de concesión formulada por Zabulón Pemberty y Elvia Gutiérrez Isaza, en la cual, en lo sustancial, demanda las mismas declaraciones solicitadas por Aurelio Bedoya; y en cuanto a los hechos, en el 1o. y en el 2o. se refiere, respectivamente, a la mentada propuesta y luego a la oposición presentada ante el Ministerio de Minas.

"3o. La oposición fue formulada por estar íntegramente comprendidas, dentro de la zona delimitada en el hecho primero de este libelo, dos fincas rurales de propiedad exclusiva del señor César Castañeda, que salieron, con antelación al 28 de octubre de 1.873, del patrimonio del Estado, bienes inmuebles adquiridos por mi mandante mediante las escrituras públicas números 50 y 71, otorgadas en la Notaría del Circuito de Santa Bárbara el 18 de febrero de 1.940 y 13 de febrero de 1.936, respectivamente....." (fl. 25 vto. C. No. 2).

Luégo describe las lindes de dos fincas rurales sitas en el paraje "Pavas" del municipio de Santa Bábara.

"4o. Los dos lotes de terreno singularizados en el hecho anterior están comprendidos dentro de la zona de terreno a que se refiere la escritura otorgada el dos de enero de mil setecientos tres en la ciudad de Santiago de Arma, Gobernación de Popayán y dentro del globo de terreno singularizado en el acta de la diligencia de posesión o entrega material del inmueble deslindado en la citada escritura.

"5o. Las dos fincas o lotes de terreno de propiedad del señor César Castañeda salieron del patrimonio del Estado con antelación al 28 de octubre de 1.873, razón por la cual los yacimientos de manganeso que se encuentran dentro de tales fincas son de propiedad del mismo señor Castañeda.

"6o. Mi mandante, el señor Castañeda, conserva el dominio sobre las fincas delimitadas en las escrituras públicas mencionadas en el hecho tercero de este libelo, y por ende el dominio sobre el subsuelo, ya que se trata de una mina por accesión.

En el 7o. menciona la Resolución No. 1191 del Ministerio de Minas que ordenó la remisión del expediente al tribunal para que resolviera el litigio sobre oposición.

Como disposiciones legales aplicables cita las mismas que invocó el codemandante Aurelio Bedoya.

El fiscal 3o. contestó esta demanda en forma similiar a la presentada por Aurelio Bedoya, redactadas éstas como las demás por el mismo apoderado.

C). Demanda de Samuel Botero Peláez. El mismo apoderado presentó, ante el tribunal, la demanda de oposición de Samuel Botero Peláez, que contiene las mismas súplicas, con fundamento en los mismos hechos mencionados en los otros libelos, a excepción del 3o. que dice:

"La oposición fue formulada por estar comprendidas dentro de la zona delimitada en el hecho primero de esta demanda dos fincas rurales denominadas "San Martín" y "La Cordillera" o "La Ondina", cuyas lindes describe en este hecho.

"4. Los dos inmuebles antes deslindados fueron adjudicados a mi mandante y a los hermanos de éste nombrados en el hecho segundo de esta demanda en el juicio de sucesión intestada del señor Antonio Botero Ochoa en el juzgado 3o. civil del circuito de Medellín según consta en las respectivas cartillas debida y oportunamente registradas, razón por la cual tales bienes son de propiedad exclusiva del seños Sanuel Botero Peláez y de los otros comuneros ya citados". (fl. 21 C. No. 3).

En el 5o. afirma que los dos lotes están comprendidos tanto dentro de las lindes de la propuesta de concesión como en las descritas en la escritura de dos de enero de 1.703.

Según el 6o., los dichos inmuebles salieron del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1.873; en el 7o. sostiene que el actor y sus condóminos conservan el dominio de a-

quèllos y en el 8o. alude a la admisión administrativa de la oposición en la Resoluciòn No. 1191 ya citada

Las disposiciones invocadas son las mismas a las citadas en los otros libelos.

La contestación de esta demanda la hizo el fiscal 3o. en la misma forma a las dadas a las otras.

D). Demanda de Ana Luisa Botero Ochoa. La formalización de esta oposición la hizo el mismo apoderado, con el fin de hacer idénticas súplicas a las hechas en los otros libelos, con fundamento en los mismos hechos, a excepción del 3o. que dice:

"La oposición fue formulada por estar comprendidas dentro de la zona delimitada en el hecho primero de esta demanda una finca rural situada en el paraje denominado "Las Mercedes", jurisdicción del municipio de Santa Bárbara, perteneciente en parte a mi mandandante, en parte a la sucesión de Mercedes Botero y en parte a la señora Carmen Emilia Botero, porciones poseídas en mancomún y vinculadas al mismo inmueble..." cuyas lindes describe.

En derecho citó las mismas disposiciones legales; así como el fiscal contestó esta demanda como las anteriores.

E). Demanda de Emilia Peláez vda. de Botero. Este libelo, como los anteriores, contiene las mismas súplicas, con fundamento en las mismas disposiciones legales y en los mismos hechos, a excepción del que se refiere a la propiedad del predio Las Mercedes, objeto del litigio, cuyas lindes describe en el hecho 3o.; en el 4o. afirma que le fue adjudicado en la sucesión de su finado marido Antonio Botero Ochoa y en los restantes hechos alude a las mismas circunstancias mencionadas en los correspondientes apartes de las otras demandas.

La respuesta del fiscal fué idéntica a las anteriores.

Conviene advertir que Zabulón Pemberty y Elvia Gutiérrez Isaza, como aspirantes a la concesión minera de manganeso, fueron aceptados como parte coadyuvante, según la ley 85 de 1.945 y el art. 233 del C. J., de acuerdo con las providencias proferidas por el tribunal a petición de aquéllos.

Sentencia del Tribunal. Mediante sentencia de fecha 20 de marzo de 1.962, el tribunal falló el pleito, en favor de los opositores, para lo cual comenzó por mencionar la actuaciòn administrativa, en especial el concepto, según el cual, las lindes descritas en la escritura de compraventa de 2 de enero de 1.703, comprenden los predios de los opositores; en seguida transcribió algunos apartes de las demandas de los actores, para referirse a las pruebas aportadas como la ya citada escritura de 1.703, a los títulos presentados para demostrar la propiedad actual de los inmuebles y, en fin, a la inspección ocular y a los dictámenes de los peritos, que transcribe en su casi totalidad el del tercero.

El tribunal resuelve así el sustancial punto de hecho, en cuanto atañe a las discrepancias ocasionadas sobre la ubicación de una quebrada de vital importancia en el litigio.

"La Sala teniendo en cuenta el estudio de los peritos, ingenieros ellos, sus detalles, el conocimiento del terreno, el de los puntos principales ya conocidos por el Tribunal, la localización del punto materia propiamente de discusión o sea la quebrada Sabaletas que se ha venido denominando con varios nombres (?) y que es la primera que cae al Poblanco con el nombre de "Las Frías" o "Boca de Tigre", admite como verdadero este punto de referencia que consulta la situación más real de la línea que va del alto de San Miguel o de Las Sabaletas, lugar que conoció esta Corporación". (fs. 109 a 109 vto. C. No. 5.).

Cita el tribunal la doctrina de la Sala de Negocios Generales que aparece en el fallo de 26 de junio de 1.958.

En consecuencia, el tribunal, en los primeros cinco apartes de la sentencia de 20 de marzo de 1.962, declara que son de propiedad de los opositores los yacimientos de manganeso existentes en sus respectivos predios, comprendidos dentro de las lindes descritas en el hecho tercero de las demandas y de conformidad con los títulos que cita.

En los demás apartes dice:

"Sexto. Como consecuencia de los pronunciamientos anteriores se declara que los minerales o yacimientos de manganeso solicitados en concesión por los señores Zabulòn Pemberty y Elvia Gutiérrez Isaza y que están o estèn

incluidos dentro de los terrenos antes anotados con sus respectivos poseedores inscritos, no forman parte de la RESERVA NACIONAL Y POR LO TANTO, NO PUEDEN SER INCLUIDOS en la concesión aludida.

"Séptimo. El Ministerio de Minas y Petróleos excluirá en forma definitiva del contrato de concesión sobre la zona propuesta por los señores Zabulón Pemberty y Elvia Gutiérrez Isaza, la parte de ella correspondiente a los terrenos cuya propiedad no hace parte de la reserva nacional, y según las especificaciones de cada inmueble en armonía con los respectivos libelos de demanda que se vienen tramitando conjuntamente".

Esta sentencia está a la revisión de esta Sala de la Corte en virtud de la apelación interpuesta por el fiscal, que le fué concedida por auto de 30 de abril de 1.962; y no observándose causal de nulidad; se procede a dictar el fallo de segunda instancia con fundamento en los motivos que se exponen a continuación.

Titulo emanado del Estado. Como los actores, como fundamento de la oposición, invocaron la escritura de dos de enero de 1.703, el fiscal del tribunal ha objetado, con razón, que tal instrumento por referirse a un contrato de compraventa entre particulares no es oponible al Estado, como tercero en tal acto; sin embargo, se ha probado con las copias presentadas en la etapa administrativa, ante el Ministerio de Minas, que los títulos originales existieron, pero que fueron consumidos por el fuego, en el paraje denominado Tapias, según aparece de los siguientes documentos.

Aun cuando existe cierta confusión por la forma como se expidieron las copias, sin indicar las fechas en algunas actuaciones, sin embargo aparece que Eusebio Pérez Valencia acudió a las autoridades coloniales, para exponer: ".....que como hijo legítimo del capitán García Pérez de Valencia, me tocan y pertenecen las tierras que llaman de Santa Bárbara y Poblanco, y que constan en los títulos jurídicos que ante U. presento y que vistos por U. se ha de servir en justicia, mediante mandar a Gabriel Yepes desocupe el sitio de Santa Bárbara con su persona y hacienda,....." (fl. 3 vto. C. No. 5. bis).

El alcalde ordinario Antonio Menardo Bermeo Ibarra, en providencia de fecha 3 de junio de 1.696 dijo: "....que por cuanto he visto el título despachado por don Juan de Borja, caballero de la Orden de Santiago y Gobernador Capitán de la ciudad de Popayán y sus provincias y, los demás instrumentos que hay en su favor y pertenecen a Eugenio Pèrez Valencia como heredero legítimo del Capitán García Pèrez de Valencia, y para cumplir esta obligación de mi oficio y el mandamiento de mis superiores, manda a Gabriel de Yepes Sandoval asistente en este Sitio de Santa Bárbara, que dentro de un mes de la fecha de este mi auto desocupe las dichas tierras de Santa Bárbara, pena de 20 pesos oro de a 20 kilates, aplicados para la Cámara de S. M. ....." (fl. 3 ib.).

Posteriormente, Eusebio Pérez Valencia, hijo, compareció ante el alcalde ordinario para manifestar: ".....que ha màs tiempo de setenta años soy poseedor de buena fe de las Estancias de Pan y Caballería y que se nombran de Santa Bárbara y Poblanco, y de las otras bandas de los ríos Arma y Buey en esta jurisdiccion y por el camino real que de esta ciudad va a los valles de Rionegro, por sucesión y como heredero legítimo de Eugenio Pérez Valencia mi padre, por título que se libró por aquellos tiempos de más de 70 años por el señor don Juan de Borja Caballero de la Orden de Santiago, Gobernador y Capitán General de esta provincia y a favor de Jacinto Arboleda y quien las vendiò a don Alonso Velásquez y al sobredicho por cierto débito que a S. M. debia se le pregonaron, vendieron y remataron en el beneficiado Sebastián de Fonseca, Cura y Vicario de esta ciudad y èste las traspasó en García Pérez Valencia mi abuelo, y por su muerte las heredó mi padre y porque también falleció entrè yo en esta herencia y sucesión y después de conseguir los dichos títulos ...." (fs. 2 a 2 vto. ib).

Más adelante relata que los títulos fueron entregados por el Cura y vicario de la Villa de Medellín ".....al señor Gabriel de Yepes y Sandoval alcalde ordinario por más seguros y después de pedírselos por varias veces me contestó; se le habian quemado en cierto incendio qué tuvo con otros papeles que tenía y para comprobación de dichos títulos y quemas referidas, se ha de servir U. y se lo suplico de recibir una información de los referidos y de los linderos de dichas tierras y

que constan por los dichos títulos mencionados...." (fl. 2 vto. ib.).

De acuerdo con tal petición se recibió declaración jurada al propio Gabriel Yepes y Sadoval, Nicolás de Escudero, Agustín de Narváez y José Izquierdo Jaramillo quienes dicen haber visto los títulos que se entregaron en custodia a Yepes y Sandoval a quien se le quemaron cuando regresaba de un viaje de Buga, en el punto denominada Tapias; y en vista de esta información, el alcalde ordinario Antonio Menardo de Bermeo Ibarra, en providencia de amparo de fecha 4 de junio de 1.705 y después de transcribir las lindes de la estancia, dice: ".....amparo al dicho Eusebio Pérez Valencia, a sus herederos, y sucesores en las dichas tierras y por los linderos mencionados, para que como cosa suya, habida y por justo título y derecho, las gocen libremente y de ellos no sea despojado sin primero ser oído y vencido por fuero y derecho, so las penas contenidas en la dicha declaración del dicho señor Alcalde mi compañero y porque en ella consta haberse pagado la media anata de ella, y por el tiempo que se despachó el título de ellas, por lo presente se le releva de paga, y que se le devuelva todo el original como lo tiene pedido, para su resguardo sirviéndole de título, y que para ello interpongo mi autoridad y judicial decreto en cuanto puedo y haya lugar en derecho,....."(fl. 6 ib).

En consecuencia, si bien no se ha presentado el título original expedido por el Estado, se ha demostrado que existió como se ha probado con los documentos públicos que acaba de mencionarse.

Identificación del inmueble. Si en virtud de la prueba supletoria puede admitirse que el predio mercedado salió del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1.873, queda por identificarlo en la realidad geográfica o territorial, que en este litigio se presenta en forma bastante compleja, aun cuando solamente se trata de averiguar si la quebrada nominada Sabaleta en los títulos se identifica con la que ahora se conoce con el nombre de Sabaletica, o bien si como tal debe reputarse la llamada Boca de Tigre, pues al cambiar el rumbo del costado occidental, la solución sería distinta, porque, en el primer caso, la zona de la propuesta quedaría fuera de las lindes del predio de la merced, mas no en el segundo.

Con el fin de tratar de resolver la dificultad conviene transcribir las lindes del predio que fué adjudicado por don Juan de Borja al primer beneficiado Jacinto Arboleda, pero como no existen los documentos originales, será menester acudir a las descritas en los supletorios; pero debe advertirse que Eusebio Pérez Valencia, en el año de 1.703, lo vendió al licenciado Juan Nicolás de Aguilar y Gordillo, y sólo posteriormen teacudió ante el alcalde ordinario a obtener el amparo o sustitución de títulos, en los cuales se describen las lindes en su totalidad, sin segregar la parcela de La Virgen y de Las Animas, por lo cual se copian éstos en primer término.

"El primero desde el desemboque del Poblanco al Cauca; Poblanco arriba hasta encontrar las salinas de labrar sal y que poseo; de estas salinas a la quebrada de La Sabaleta y por ella arriba hasta su nacimiento; y por éstos hasta el alto de las Sabaletas y por el camino real que viene del pueblo de los Indios de las otras Sabaletas y del dicho alto mirando y faldeando las cuchillas hasta encontrar la quebrada de las Sabaletas de los dichos Indios hasta al río Buey; río abajo hasta encontrar el paso del río Arma pasando el referido río Buey éste abajo hasta encontrar el paso viejo del río Arma, pasando el Arma éste abajo hasta las juntas del Buey; y desemboque al Cauca. Cauca abajo hasta encontrar el primer lindero". (fl. 2 vto. C. Nº. 5. bis). En el auto de amparo de fecha 4 de junio de 1.705 se dieron estas lindes:

"El desemboque del río o quebrada Poblanco al Cauca; por este río Poblanco arriba, a dar con el salado de labrar sal; y de éste a buscar la quebrada de la Sabaleta, por esta arriba hasta su nacimientos, y alto que mira la quebrada del pueblo de Indios de las otras Sabaletas y a buscar el camino real por él hasta dar a dicha quebrada del pueblo de las Sabaletas, por esta abajo, hasta entrar en el río del Buey; Buey abajo hasta encontrar el río de Arma, Arma abajo, hasta entrar en dicho Cauca; Cauca abajo, hasta dar con el primer lindero". (fl. 5 vto. ib.).

En la escritura pública de 2 de enero de 1.703, el vendedor Eusebio Pérez de Valencia describió primero las lindes de la parcela que reservó para La Virgen y Las Animas, para

luégo especificar el objeto de la compraventa al licenciado Juan Nicolás de Aguilar y Gordillo, así:

"desde donde se encuentra la quebrada que llaman La Sarnosa en Cauca; y cogiendo Cauca abajo hasta donde se encuentra el río Poblanco; cogiendo dicho río Poblanco arriba, hasta el primer amagamiento que desemboca en dicho Poblanco; dicho Poblanco arriba, hasta donde tengo mi casa y morada, y antes de llegar al amagamiento que llaman del Chupadero pero cogiendo siempre la cuchilla de donde tengo mi casa de arriba; por el camino que va al cerro Amarillo, hasta la entrada y orilla de los montes que están al pie de dicho Cerro Amarillo; atravesando por dicha orilla de monte a coger las cabeceras de dicha quebrada La Sarnosa y amagamiento que desemboca al Poblanco. Estos son los linderos que pertenecen a las tierras de la Virgen y las Animas, y los linderos del otorgante y que vende al Licenciado Gordillo son desde el dicho amagamiento que desemboca al dicho Poblanco. Y que linda en dichas tierras de la Virgen y las Animas. Cogiendo siempre el río Poblanco arriba, hasta donde encuéntrase la quebrada que llaman de Las Sabaletas. Y de esta quebrada arriba, hasta donde se encuentra la quebrada que baja del monte grande; que es a donde lindan las tierras de Jerónimo Pèrez hasta que uno y otro lindero caen al río del Buey, y de este mirando el río del Buey abajo, hasta dar con el paso real del río Arma, y del río Arma abajo, hasta su encuentro con Cauca y Cauca abajo, hasta encontrar la quebrada La Sarnosa con Cauca, los cuales dichas tierras con dichos linderos, son de pan y caballería, y los hubo el dicho otorgante por legítima paterna de Eugenió Pérez Valencia, su padre,....." (fs. 6 a 6 vto. ib.).

Debe anotarse, primero, que la merced consistía en una estancia de "pan y caballería" y segundo, que allí no se mencionó los salados, sino que simplemente se expresó: ".....cogiendo siempre el río Poblanco arriba, hasta donde encuéntrase la quebrada que llaman de las Sabaletas....."; de manera que los salados como punto de referencia del límite occidental no se mencionaron sino posteriormente, cuando Pèrez de Valencia, después de la venta, ocurrió al alcalde con el fin de sustituir los títulos quemados en el paraje de Tapias.

Inspección Ocular. Copiadas las lindes del predio objeto del litigio, se pasa a estudiar la inspección ocular llevada a efecto por el magistrado ponente con la intervención de los peritos nombrados por las partes.

En la diligencia de fecha 12 de agosto de 1.958 se identificó, en primer lugar, el rectángulo solicitado en concesiòn por los proponentes; y en seguida, llegados al punto nominado Alto de Pavas, se lee en el acta: "Desde este punto, y como había perfecta visibilidad, pudo el Tribunal identificar uno a uno, por sus linderos, los lotes que forman los predios de cada uno de los opositores; en efecto, se pudo constatar que los distintos lotes del señor Marco Aurelio Bedoya, uno está situado al lado izquierdo de la quebrada "La Loma" y los restantes al lado derecho de la misma; igualmente la propiedad del señor César Castañeda está situada al lado izquierdo de la precitada quebrada, y las propiedades de los demás opositores al lado derecho de la ya tantas veces citada quebrada "La Loma". (fs. 51 a 51 vto. C. Nº. 7).

Según el acta, no hubo dificultad alguna en cuanto concierne a la ubicación de la zona solicitada en concesión como respecto de los predios de cada uno de los opositores; y por esto "....se procedió con vista en el mapa de Antioquia y previa la lectura de los linderos de que habla la escritura del año de 1.703, a tratar de identificar el punto de "Los Salados" y la quebrada llamada "Sabaletas"; respecto a esta identificación se presentaron discrepancias por considerar que no coincidían los puntos vistos en el mapa con los que habla la escritura de 1.703, por lo que el Dr. Aramburo, coadyuvante de la Nación, manifestó que era preciso bajar hasta la desembocadura de la precitada quebrada "Sabaletas" en el río Poblanco, para localizar, sobre el terreno, el punto de "Los "Salados"; (fl. 52 ib.).

Como ya se dijo antes, en las lindes descritas en la mencionada escritura de dos de enero de 1.703, no se halla referencia alguna a los salados; y además, el apoderado de los coadyuvantes en escrito separado, observa: "No es que "no coincidían los puntos vistos en el mapa con los que habla la escritura de 1.703", como textualmente dice el acta, sino que los demandantes pretendían localizar la quebrada "Sabaletas" en otro punto distante más

de diez mil metros del lugar del desemboque de la quebrada "Sabaletas" o "Sabaleticas" en el río Poblanco. En consecuencia, como la escritura de 1.703 habla de la quebrada "Sabaletas" como afluente del Poblanco, debe buscarse alli y no en otra parte". (fl. 50 ib.).

El mismo apoderado afirma que la quebrada Sabaleticas aparece en el mapa de Antioquia "como afluente del río Poblanco, desembocando más o menos a doce mil metros hacia el sur del Alto de Pavas, que era en donde nosotros estábamos".

El 25 de septiembre de 1.958 continuó la diligencia de Inspección ocular, durante la cual comenzaron por identificar la parcela llamada de La Virgen y de Las Animas, que se llevó a efecto con relativa facilidad, ya que por el occidente limita con el rio Poblanco; por el sur con el Cauca; por el occidente con la quebrada La Sarnosa y por el norte, "....se pudo apreciar la línea que en dirección occidente-oriente va a ferminar en los montes cercanos al "Cerro Amarillo.....".

Se lee en el acta: "Continuó el personal de la diligencia ascendiendo siempre por el cauce del río Poblanco y a unos seis kilómetros, aproximadamente, se encontró la quebrada "Sabaleticas", que nace hacia el oriente. A cuatro kilómetros, más o menos, se encontró una falca, ya carcomida por el moho, que fue arrastrada por la corriente del Poblanco y que, al parecer, era de los salados que existieron en las partes altas. Dos kilómetros más adelante se hallaron las huellas de la existencia de un salado y que al preguntar en la casa situada a poca distancia dijeron que era donde existía un salado de propiedad de los señsres Santamarías. Antes de èste no se encontró ninguna otra huella de salados antiguos". (fs. 54 vto. a 55 ib.).

Más adelante se dijo: "Se procedió en seguida a la identificación del nacimiento de la quebrada "Sabaleticas". Para tal efecto el Tribunal se trasladó hasta el caserío de "Damasco" del Distrito de Santa Bárbara y se pudo constatar que en terrenos de don Fèlix Londoño nace un pequeño amagamiento y más hacia el norte otro que se juntan unos pocos metros más abajo de la carretera que conduce a La Pintada y forman la quebrada "Sabaleticas", ya identificada. El Tribunal deja constancia de que los nacimientos de esta quebrada están en una hondonada y no se observó cumbre de ninguna naturaleza, en esta identificación estuvo perfectamente de acuerdo el señor Fiscal del Tribunal. Acto seguido se trasladó el personal de la diligencia, por la carretera que conduce a Medellín, hasta el punto denominado "Versalles", corregimiento de Santa Bárbara, y a unos ochocientos (800) metros al oriente de èste, se identificó plenamente el nacimiento de la quebrada "Sabaletas", en una cumbre bastante pendiente y que siguiendo el cañón del mismo nombre pasa cerca del pueblo llamado "De los Indios" o "Sabaletas" y va a desembocar al río Buey, en esta última identificación también estuvo de acuerdo el señor Fiscal; se observó, además, que el rio Buey desemboca al rio Arma y éste al río Cauca. El Tribunal deja constancia de que los linderos especificados en la escritura de 1.703 son los mismos, en términos generales, con los que habla la posesión de 1.707. Los señores peritos, como ya se dijo, deberán identificar plenamente los salados existentes más arriba del observado por el Tribunal y fijarán la linea que deba seguirse para llegar a la cumbre de las "Otras Sabaletas" de que reza la precitada escritura de 1.703 y posesión de 1.707". (fs. 55 a 55 vto. ib.).

Como se vé, la fijación definitiva del límite occidental del predio, en cuanto a su rumbo, se encomendó al criterio de los peritos, pero en la inspección ocular no se dejó testimonio alguno que sirviera para decidir si la quebrada Sabaletas de que habla la escritura de 1.703 se identifica con la hallada sobre el terreno con el nombre de Sabaleticas o bien, como lo dicen los peritos, con la nombrada Boca de Tigre.

Concepto pericial. Los dos peritos principales no se pusieron de acuerdo sino que cada uno emitió su concepto; por esto, será menester referirse a ellos, para después examinar el largo estudio llevado a cabo por el perito tercero.

El ingeniero Jairo Murillo Villada, después de afirmar que "queda pues perfectamente clara la propiedad de estas tierras en (sic) Eusebio Pèrez Valencia", dice que se atiene a las lindes expresadas por éste en el memorial de amparo de 1.705, en cuya descripción, por primera vez, se mencionaron los salados, que no aparecen en la escritura de compraventa

de 2 de enero de 1.703, según observación hecha ya por esta Sala antes en otra parte de este fallo.

El mismo perito se refiere a los ríos Cauca, Poblanco, Buey, Arma; a la quebrada La Sarnosa y al cerro amarillo como "que no admiten confusión en relación a su denominación actual y que por tanto han de tomarse como referencia obligada.....".

Además, afirma que en la margen izquierda del río Poblanco desembocan las quebradas nominadas Sabaleticas, La Loma, San Martín y Boca de Tigre, fuera de otros amagamientos o vertientes de poca importancia; y para descartar a la primera de las nombradas como límite norte de la merced, se expresa así:

"La quebrada Sabaleticas está formada por aguas que en poca cantidad bajan desde una quiebra existente en el costado Norte de Cerro Amarillo y luego de atravesar una zona de topografía uniforme descendente y de no mucha pendiente, cae al Poblanco a unos 6 u 8 kilómetros de su desembocadura. Tal como consta en el acta de inspección ocular del 25 de septiembre del año en curso, es muy de notarse que esta quebrada no nace en ningún Alto o Cumbre.

"La única razón de coincidencia con la quebrada Sabaletas de que hablan los documentos antiguos es el nombre que a simple vista pudiera haberse originado en él. En el presente dictamen no se ha tenido en cuenta esta similitud como criterio ya que se está tratando de establecer las posibilidades geográficas de hacer un recorrido de linderos y no de similitudes lingüísticas entre textos de tan remota antigüedad y sitios actuales". (fl. 59 vto. ib.).

Continúa su estudio el perito descartando las quebradas La Loma y San Martín, para referirse a la otra así:

"La quebrada Boca de Tigre baja de las vertientes occidentales del alto de Minas y luego de unirse a la quebrada llamada Las Frías por bajar del alto de este mismo nombre, toma una dirección Norte-Sur paralela al Poblanco para luégo unirsele a éste a la altura de la región denominada Plan de Poblanco. Su caudal y su curso son considerables y es muy diciente la falta de ella en el mapa de la Contraloría que se usa para el dictamen, en el cual hubo de colocársela". (fs. 59 vto. a 60 ib.).

En seguida, para tratar de establecer que la quebrada Boca de Tigre debe considerársela como la designada con el nombre de La Sabaleta en los documentos antiguos, en lugar de seguir la descripción de los límites de sur a norte por el costado occidental, parte de la desembocadura del Poblanco en el Cauca; sigue por éste hasta encontrar el desagüe del Arma; continúa por éste hasta encontrar la desembocadura del llamado río Buey hasta la de la quebrada Sabaletas, que remonta "hasta un sitio donde encontraba un camino que unía el Alto de las Sabaletas con el Pueblo de Indios....." pero desde aquí en adelante, el experto continúa el recorrido de las lindes mediante hipótesis o conjeturas más o menos aceptables, sobre una materia que corresponde al juzgador más bien que al perito, pues no tiene por objeto definir cuestiones técnicas o científicas, sino de hecho que deben aparecer demostradas en el litigio.

Para identificar la quebrada La Sabaleta del título con la nominada Boca de Tigre, discurre así el perito:

"2o. La única quebrada que se encuentra desembocando al "Poblanco" por su margen izquierda y que presenta posibilidades de hacer el recorrido de los linderos y que además -y esto es lo más importante- haya salados sobre el río Poblanco entre su desembocadura y la del poblanco al Cauca, es la quebrada Boca de Tigre. Es pues necesario que la quebrada Boca de Tigre sea la que en 1.703 se llamó La Sabaleta como dice Eusebio Pérez o de las Sabaletas como dice el acta de posesión de 1.707". (fl. 61 ib.).

La existencia de los salados o fuentes saladas al norte de la quebrada llamada ahora Sabaleticas, como punto de referencia o argumento para descartar a ésta como límite indicado en el título, no tiene una importancia decisiva, porque el vendedor Pérez Valencia no las citó en las lindes de la escritura de venta del año de 1.703, sino que dos años después, cuando ya había vendido el inmueble al licenciado Nicolás de Aguilar y Gordillo, en la solicitud de amparo, o mejor aún, de la reconstrucción de los documentos quemados hizo especial mención de tales fuentes, lo cual

por lo menos les resta mucha eficacia como hitos de referencia pues cabe conjeturar que las diligencias hechas ante el alcalde tuvieron por objeto, precisamente, incluir dichas fuentes dentro de la propiedad, quizá antes ignoradas.

Este perito termina su concepto con la afirmación de que la zona solicitada en concesión por Zabulón Pemberty y Elvia Gutiérrez, plenamente identificada, está en su mayor parte dentro de las lindes del título presentado por los opositores, o sea, la escritura de compraventa de 1.703, cuyas lindes comprende también los predios que éstos suplican excluir del contrato.

El otro perito no estuvo de acuerdo con los puntos de vista expuestos por el ingeniero Murillo; y al efecto, relatado el recorrido llevado a cabo en la diligencia de inspección ocular para identificar el inmueble llamado de La Virgen y de Las Animas, dice:

"Continuó la investigación y se identificó el amagamiento que desemboca al rio Poblanco o sea el Chupadero siguiendo río Poblanco arriba hasta encontrar una quebrada que llaman Sabaleticas y que es la quebrada que nace en cerro Amarillo y a la que le cae una quebrada que baja de monte Grande. Por consiguiente la que más se relaciona con los linderos de la escritura de 1.703. Siguiendo el cauce de la quebrada Sabaleticas se sube al camino real de larguísima tradición, camino éste que pasando por el pié del cerro Amarillo, nos conduce a la cumbre de las otras Sabaletas en un recorrido no menor de 35 kms. y faldeando las cuchillas va a dar al pueblo de los indios que hoy pertenece al municipio se Montebello.

"Siguiendo Sabaletas abajo, hasta el desemboque en el río Buey, èste abajo hasta desembocar en el río Arma siguiendo éste hasta el desemboque en el Cauca y por este abajo hasta encontrar la quebrada de la Sarnosa. En estos terrenos y por los linderos antes descritos está comprendida la escritura de 1.703.

"Señores Magistrados:

"Las quebradas que desembocan al río Poblanco y que son en primer término las Sabaleticas, La Loma, Las Frías y la quebrada Boca de Tigre. Según esto la que más concordancia guarda con la escritura 1.703 es la Sabaleticas.

"Por esta circunstancia queda a vuestra ilustrada consideración, resolver lo conducente. Siendo ello así, como lo dejo explicado en este informe, los terrenos pedidos a la Nación por el señor Pemberty y la señorita Gutiérrez no están comprendidos en la escritura tantas veces citada.

"No considero que el diminutivo Sabaleticas, vaya a cambiar fundamentalmente la escritura del año 1.703, toda vez que es la única quebrada que coincide con los linderos estipulados en dicho título. No quiero eludir lo que respecta al problema de los salados y para ello manifiesto que no encontrando en estos al lado de abajo del desemboque de la quebrada Sabaletica y nó obstante admitir que los que hoy existen quedan a más de 8 Kms. de la quebrada aludida, lo que distanciaría en forma fundamental los linderos de la escritura del año de 1.703 como tampoco no habría forma de subir a la cumbre de las otras Sabaletas sin apartarse de los linderos estipulados". (fls. 63 vto. a 64 ib.).

El tribunal designó como perito tercero al Dr. Enrico Germanetti, que llegó a las mismas conclusiones del perito Murillo, en largo estudió al cual se pasa a hacer referencia.

Este perito, en la primera parte de su estudio, relaciona los títulos de la merced de Santa Bárbara que ya fueron mencionados en esta providencia; y luego hace una síntesis del pleito de los indígenas de Sabaleta con los moradores de Santa Bárbara, respecto de la propiedad de un globo de tierrra, de acuerdo con los documentos contenidos en el expediente 4746 del Archivo Histórico Departamental.

En la segunda parte estudia los "textos que se relacionan con los linderos"; y al efecto transcribe, en ocho apartes, los indicados por Eugenio Pérez Valencia en el memorial de amparo; los descritos por los testigos Gabriel de Yepes, Nicolás de Escudero, Agustín de Narváez y José Izquierdo Jaramillo; los señalados por el alcalde Antonio Menardo de Bermeo Ibarra a dar el amparo; los descritos por Eusebio Pérez Valencia en el contrato de compraventa celebrado con el licenciado Nicolás Aguilar Gordillo y, en fin, los fijados por el

alcalde Escudero al dar posesión al comprador Aguilar y Gordillo.

Desde luego, la relación de las lindes, en la parte discutida, no se hizo en orden cronológico, sin embargo aparece de manifiesto que no existe acuerdo o armonía en la relación de las lindes en este sector, pues Pérez Valencia dice: "..... Ríoblanco arriba hasta topar con las salinas de labrar sal, que poseo, y de ellas a la quebrada Sabaletas"; en la misma forma las expresan Gabriel Yepes, Nicolás Escudero, Agustín de Narváez, José Izquierdo Jaramillo y el alcalde Bermeo Ibarra al dar el amparo. Si se aceptan estas lindes, como después de mencionar las salinas, no se dijo río Poblanco arriba, sino "de ellas a la quebrada Sabaletas", habría que trazar una línea diagonal para unir las salinas con "las otras Sabaletas", según se dice en los títulos antiguos, sin llegar a la quebrada nominada Boca de Tigre.

El vendedor Eusebio Pérez de Valencia, en la escritura de compraventa de 1.703, no mencionó para nada las salinas, sino que dijo: "..... cogiendo siempre el río Poblanco arriba hasta donde encuéntrase la quebrada que llaman de las Sabaletas, y de esta quebrada arriba hasta donde se encuentra la quebrada que baja del monte grande.....". Según esto, la quebrada Sabaleta citada por el vendedor habría que identificarla con la llamada ahora Sabaleticas, pues no existe prueba alguna que permita hacer lo propio respecto de la nominada Boca de Tigre, ni menos llegar a las tierras de Jerónimo Pérez, porque "uno y otro lindero caen al río del Buey.....", que forma el costado oriental de las tierras mercedadas.

El testigo Gabriel de Yepes y el alcalde Escudero en el acto de la posesión citan las salinas y luego río Poblanco arriba "hasta donde encuentra con la quebrada que llaman de Sabaletas.....".

El perito tercero integra o interpreta las lindes descritas en los ocho apartes citados, en esta forma:

"Desde la desembocadura del Poblanco, o río de Pueblo Blanco al cauca, Rioblanco arriba hasta las salinas o los salados en explotación; de estas salinas Rioblanco arriba hasta la desembocadura de la quebrada llamada de as Sabaletas". (fl. 79 vto. C. No. 7).

Continúa luego el perito por indicar lo que dicen los testigos y los alcaldes en las respectivas diligencias respecto de los demás sectores de los límites, y cada uno hace una síntesis o resumen con los elementos tomados de las distintas declaraciones o diligencias, así:

"Quebrada de Sabaletas arriba hasta sus nacimientos, cumbre del Alto de la otra quebrada de Sabaletas -el cual está al frente del pueblo y de la quebrada de los Indios de Sabaletas-, y de los nacimientos, por el camino real que viene al pueblo de Sabaletas hasta la cumbre de las otras Sabaletas". (fl. 80 ib.).

"De aquí, por el camino real, y mirando y faldeando las cuchillas hasta dar con la quebrada de Sabaletas; por la quebrada de Sabaletas abajo hasta su confluencia con el río Buey". (fl. 80. vto. ib.).

"Por el río Buey abajo hasta su desembocadura en el río Arma, por el Arma abajo hasta donde le cae al Cauca. Cauca abajo hasta el primer lindero". (fl. 81 ib.).

No obstante esta reconstrucción o integración de límites del perito tercero, queda en pie la principal dificultad de identificar la quebrada Boca de Tigre con la Sabaletas, como también el determinar si el camino que del Cerro Amarillo conduce a las otras Sabaletas es el límite de la merced, como lo sostiene el perito Echeverri, o bien el que se dice existía entre el Alto de Las Frías hasta el pueblo de los indios o las otras Sabaletas, que sería el costado norte de la merced, en parte, y el oriental, en parte también.

Este perito, en su largo y minucioso estudio, hace especial mención del litigio entre los terrenos de resguardo de la Parcialidad de Sabaletas con los vecinos de Santa Bárbara, quienes, muerto el licenciado Aguilar y Gordillo, compraron o pretendieron comprar a sus herederos una parcela; sin embargo, en concepto de la Sala, este litigio no contribuye a esclarecer los puntos debatidos, porque, en primer término, se trata de terrenos situados en la parte oriental de la merced, mientras que las dificultades se refieren a la occidental, y, en segundo lugar, no suministran dato alguno, que permitiera identificar la quebrada Boca de Tigre con la Sabaletas mencionada o citada en los títulos antiguos.

El mismo perito presenta cinco alternativas o interpretaciones de las lindes descritas en las ocho fuentes por èl citadas, pero la que le parece aceptable es la última, la cual, en síntesis, consiste en considerar como un brazo del río Poblanco la nominada Boca de Trigre, al efecto dice: ".....el nombre de esta última quebrada no es cosa muy definida: unos afirman que tambièn se llama Poblanco, otros que, por bajar de las Frías debe llamarse "quebrada de las Frías" y no falta quien haya sugerido para toda ella el apelativo de "Boca de Tigre" (cfr. dictámenes de los anteriores peritos). Lo cierto del caso es que esa quebrada existe y señala los límites estre Santa Bárbara y Fredonia; así mismo por razones de carácter topográfico, tienen más derecho a llamarse Poblanco la que tenemos a nuestra izquierda que èsta. Pero para no entrar en discusiones o disquisiciones infructuosas, optamos por llamar ambas quebradas "Poblanco". (véanse mapas), quedando la una "Poblanco 1er. brazo" y la otra "Poblanco 2o. brazo". Este desconocimiento y confusión de nombres, lejos de ser un obstáculo, es un punto de apoyo para nuestra investigación. En efecto, uno de los sectores más vulnerables e inciertos de la localización es la quebrada de las Sabaletas afluente del Poblanco, cuyo nombre no se ha conservado hasta la fecha, al paso que los otros como Buey, Cauca, Arma, Sabaletas, Loma, Sarnosa y la misma Sabaletica se han mantenido intactos desde la época de la colonia ("Pueblo Blanco" se ha contraído a "Poblanco"). Es pues lógico pensar que si alguna quebrada tiene probabilidades de haber sido llamada con otro nombre es una en cuya denominación actual exista confusión, una que no conserve tradición de su nombre, una que pueda ser tomada finalmente como afluente o como cauce principal". (fs. 87 a 87 vto. ib.).

Como se vé, pues, este perito como el ingeniero Murillo, identifica la quebrada Boca de Tigre con la Sabaletas mencionada en los títulos; pero ya se considera como un brazo del río Poblanco o se la designe con su nombre propio y como afluente del citado río, la situación jurídica no ha variado, pues no pasan de ser conjeturas, suposiciones, hipótesis o meras probabilidades sin base científica ni tècnica, que permitiera establecer, con certeza, que la quebrada Sabaletas de antaño se confunde con el de la quebrada Boca de Tigre de ogaño, punto esencial del litigio.

Las cinco interpretaciones o alternativas que presenta el perito tercero son la mejor prueba de que el predio mercedado por don Juan de Borja a Arboleda no ha podido ser ubicado o determinado en su realidad geográfica; y esto es tan evidente que el propio experto dice:

"En las cinco alternativas descritas quedan incluídas todas las posibilidades de interpretación que, a nuestro entender, se puede dar a los linderos descritos en los documentos de 1.703, 1.705 y 1.707. Cada una de ellas puede encajar, por lo menos en los rasgos principales, dentro de la descripciòn de los linderos que hemos sintétizado de las ocho fuentes. Sin embargo, como hemos visto, sólo la última no envuelve contradiciones....." (fl. 87 vto. ib).

El fiscal solicitó que los dos peritos, el ingeniero Murillo y el tercero, ampliaran su concepto y explicaran algunas cuestiones que les sometió a su estudio, como las siguientes:

"1o. Si reconocierón como afluente del río "Poblanco" alguna quebrada, arroyo o amagamiento denominado "Sabaletas" o "Sabaleticas".

"2o. Distancia entre "Cerro Amarillo" y el nacimiento de la quebrada "Boca de Tigre".

"3o. Por qué no se hace referencia explícita en el dictamen pericial al "Cerro Amarillo", que es un punto arcifinio en la escritura de 1.703 y es el eje del lindero norte de las tierras llamadas de La Virgen y de Las Animas y por lo tanto del costado sur de los terrenos a que se refiere la escritura de 1.703.

"4o. Por qué la quebrada "Boca de Tigre" tiene que ser, necesariamente, la que en 1.703 se llamaba "Sabaleta" o "Sabaleticas".

"5o. Expliquen si tomando la quebrada llamada actualmente "Sabaleticas", como la que en 1.703 se llamó "Sabaletas" las porciones de subsuelo pedidas en concesión por el Sr. Pemberty y la señorita Gutiérrez estarían fuera del perímetro de las tierras a que se refiere la escritura de 1.703.

"6o. Qué distancia existe entre el amagamiento "El Chupadero" y la quebrada "Boca de Tigre".

"7º. Qué distancia existe entre la quebrada "Sabaleticas" (afluente del rio Poblanco) y la quebrada "Sabaletas" (afluente del río Buey), y la distancia entre la quebrada "Sabaleticas" y la llamada "Boca de Tigre".

"8º. Por qué existiendo una quebrada llamada de antiguo "Sabaletas", los peritos tienen que apelar al recurso de ponerle tal nombre a la quebrada "Boca de Tigre", que nunca se ha llamado "Sabaleta".

"9º. Expliquen si de acuerdo con los títulos de la escritura de 2 de enero de 1.703 es necesario que la quebrada "Sabaleta" desemboque al río "Poblanco"? (fs. 163 a 164 ib.).

Aun cuando el Tribunal ordenó a los dichos peritos la ampliación solicitada, es lo cierto que no dieron las necesarias explicaciones pedidas por el representante de la Nación.

En conclusión, si la quebrada conocida ahora con el nombre de Sabaleticas corresponde a la nominada en los títulos Sabaletas o Las Sabaletas, la zona pretendida en concesión está fuera del área de las mercedes alegadas como fundamento de la oposición.

El perito tercero Dr. Germanetti, respecto de la quebrada Sabaletica, dice esto:

"Salimos de la desembocadura del Poblanco (Río de Pueblo Blanco o Rioblanco) y lo remontamos. Después de pasar arroyuelos de ínfima importancia nos encontramos con una quebradita de caudal apenas perceptible pero que según su cauce nos indica, ha tenido época con caudales muy superiores al actual. Dicha quebrada se conoce con el nombre de Sabaletica nombre que nos recuerda la quebrada de Sabaletas afluente del Poblanco que mencionan los linderos. Seguimos Poblanco arriba, pero no encontramos ninguna quebrada que se conozca hoy con el nombre de Sabaletas....".

Obviamente se comprende que en 260 años el caudal de las aguas de la quebrada llamada Sabaletica haya disminuído en forma apreciable, como lo pone de manifiesto su antiguo cauce según el decir del dicho perito; y si a esto se agrega que no existe otro afluente del río Poblanco con tal nombre, con una imparcial lógica debe deducirse que la quebrada Sabaletica es la misma que los títulos nominaron Sabaleta o Las Sabaletas, con tanta más razón que la merced concedida a Arboleda por don Juan de Borja tenía una cabida de una estancia de "pan y caballeria" que se ubican con extrema amplitud dentro de la extensión fijada por el perito Echeverri.

Ahora si la quebrada Sabaletica no puede reputarse como la nominada Sabaletas, resultaría que la ubicación de esta quebrada se desconoce en absoluto y, en consecuencia, tratándose de un punto esencial en cuanto al rumbo, no puede determinarse el globo de terreno mercedado en el siglo XVII por don Juan de Borja al citado Jacinto Arboleda, pues por otra parte, no puede aceptarse el arbitrario procedimiento de los peritos Jairo Murillo Villada y Enrico Germanetti, quienes, a falta de un afluente del rio Poblanco con el nombre de Sabaletas, resolvieron atribuirlo a la quebrada Boca de Tigre, no obstante no existir prueba alguna sobre esta materia y, por el contrario, consta que la tal quebrada ni siquiera figura en el mapa de la Contraloría y, en concepto del último, más bien que de un afluente se trata de la propia cabecera o nacimiento del rio Poblanco, lo cual explicaría por qué no aparece en el mapa como afluente del dicho río; sin embargo, los dos expertos solucionaron las preanotadas dificultades trazando sobre la carta geográfica un afluente al cual le dieron el nombre de Sabaletas, sin fundamento técnico de ninguna especie y sin prueba alguna respecto de que la quebrada Boca de Tigre, si realmente existe como afluente, hubiese sido conocida en alguna época con aquél nombre, en particular de 1.703 a 1.707.

El art. 722 del C. J. establece que hace plena prueba "el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos" y, además, "lo que expongan según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos"; sin embargo, en el presente caso, los peritos ni siquiera están de acuerdo con la verdadera naturaleza geográfica de la llamada quebrada Boca de Tigre, en cuanto a si realmente es un afluente o bien forma las cabeceras del propio río Poblanco; y aún cuando estuvieran de acuerdo sobre este punto de hecho, de allí

no puede deducirse según la profesión de los dichos expertos, que tenga, ciertamente el nombre de Sabaletas, ni menos que no existan dudas al respecto, pues su dictamen sobre esta cuestión histórica, está anclado en meras hipòtesis, conjeturas o sospechas que en modo alguno pueden ligar al juzgador, porque sería tanto como delegar en ellos la solución del litigio o la facultad de proferir la sentencia de fondo, lo cual no es de recibo en la legislación nacional.

Así, pues, el dicho de los dos peritos o de los tres sobre el nombre de las dos quebradas controvertidas, no puede considerarse como plena prueba, ya que no caen bajo la acción de los sentidos, ni existe principio alguno tècnico que atribuya el nombre de Sabaletas a la nominada Boca de Tigre o a la llamada actualmente Sabaleticas, si bien en cuanto atañe a èsta, existen serios indicios para que el juzgador la considere como la antigua Sabaletas o Las sabaletas, en cuyo caso, como ya se dijo antes, la zona solicitada en concesión para la explotación de las minas de manganeso que daria fuera del área de las tierras adjudicadas a Jacinto Arboleda por don Juan de Borja; en caso contrario, las tierras mercedadas no se las puede determinar en su realidad geográfica, para conocer su extensión y deducir si comprenden o no la zona objeto del contrato, porque no existe prueba alguna que la llamada quebrada Boca de Tigre, si realmente es afluente del rìo Poblanco, haya tenido otros nombres, menos el de Sabaletas en ningún tiempo o siquiera en los años de 1.703 a 1.707, cuestión que los peritos no se atrevieron a afirmar, sino simplemente a conjeturar o sospechar o suponer, en forma completamente gratuita como atrás se dijo ya.

Por este aspecto, por la falta de identificación del predio objeto de la merced, la oposición de los actores resulta del todo infundada.

Prescripción. En la sentencia del tribunal, en relación con la prescripción, se lee:

"En cuanto a que esos terrenos salieron del dominio o propiedad del Estado antes de 1.873, allí lo están indicando los títulos y aún más la posesión inmemorial que aparece acreditada; porque si a Juan Aguilar y Gordillo se le puso en posesión de ellos desde el 25 de mayo de 1.707, y en la actualidad se comprueba igualmente la posesión material sobre los mismos como efectivamente la acreditan las declaraciones testimoniales que aparecen en el expediente y la antigua posesión que hubo de darse, tal efecto en armonía con el artículo 780 del C. C., debe considerarse ininterrumpido y por lo mismo apto, como en efecto lo es, para que también por este medio se aprecie que tales terrenos dejaron de tener el carácter de realengos, porque precisamente entraron a pertenecer y pertenecen en la actualidad a los particulares, con lo cual se deduce claramente que no hacen parte de la reserva nacional". (fs. 110 a 110 vto. C. No. 5.).

En cuanto atañe a este fundamento de la sentencia, basta hacer la siguientes observaciones, para poner de presente su ineficacia:

a). En ninguna parte de las varias demandas se ha invocado la prescripción como fundamento de la acción de oposición; por consiguiente, al juzgador no le es lícito fallar el litigio sobre hechos no alegados, ni hacer declaraciones no suplicadas en aquellas ni como principales ni como subsidiarias;

b). Según se deja demostrado, en el supuesto de que los títulos fueron medios aptos para probar la **posesión material de un predio**, el inmueble descrito en la escritura de dos de enero de 1.703 no comprende los inmuebles que se trata de excluir, si se toma la quebrada Sabaleticas como la antigua Sabaletas; y si no se acepta esto, el inmueble mercedado por don Juan de Borja a Jacinto Arboleda no ha podido ser determinado, porque resulta del todo inexacto, por decir lo menos, que la quebrada nominada Boca de Tigre se haya conocido con tal nombre en ningún tiempo, pues, por el contrario, los peritos Murillo y Germanetti, cortaron, pero no resolvieron la dificultad, acudiendo al arbitrario procedimiento de bautizar la quebrada Boca de Tigre con el de Sabaletas o Las Sabaletas, sin prueba alguna de que se hubiese conocido con esa denominación, en alguna època, menos entre los años de 1.703 a 1707;

c). Finalmente, la prescripción de tiempo inmemorial, de acuerdo con el art. 5o. de la ley de 13 de octubre de 1.821, quedó condicionada a que los poseedores ocurrieran a sacar su título dentro del plazo allí fijado, pues de no hacerlo así, perdìan el derecho a obtener tal reconocimiento o adjudicación por parte de las

autoridades administrativas, según se dijo en la sentencia de fecha 13 de septiembre de 1.963 en el juicio ordinario propuesto por Paulina Reyes v. de Pava y otros contra la Nación en la oposición a la propuesta de contrato de la compañía Internacional Petroleum Limited.

En mèrito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, y, en consecuencia declara infundada la oposición hecha por Cèsar Castañeda, Samuel Botero Peláez, Ana Luisa Botero Ochoa o hermana María Elena de la Cruz, Aurelio Bedoya y Emilia Pelàez vda. de Botero a la propuesta No. 749 formulada por Zabulón Pemberty y Elvia Gutièrrez Isaza para la exploración y explotación de unas minas de manganeso comprendidas dentro de las lindes descritas en la respectiva propuesta.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insertese en la Gaceta Judicial y remítase el expediente al tribunal de origen para su posterior devoluciòn al Ministerio de Minas y Petróleos.

Efrén Osejo Peña. - Ramiro Araújo Grau. - Carlos Peláez Trujillo. - Luis Carlos Zambrano. - Jorge García M., Secretario.

ACCION ESPECIAL DE LANZAMIENTO. CESION DE LOS CONTRATOS. VENTA DE MEJORAS Y CESION DEL ARRIENDO. SUBARRIENDO. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO. NATURALEZA Y EFECTOS DEL REQUERIMIENTO.

1. La doctrina no admite la cesión de los derechos y obligaciones originados del contrato, sino cuando haya sido autorizada por las mismas partes. Basta el consentimiento tácito para convalidar la cesión. El arrendatario no puede ceder el arriendo sin la autorización o concurrencia del arrendador. Tal prohibición, sin embargo, es de orden privado y por lo mismo susceptible de modificación convencional. Aprobada la cesión por el arrendador, el cesionario sustituye al arrendatario directo. 2. La venta que el arrendatario hace a un tercero de las mejoras puestas en el predio arrendado, no implica por sí misma la cesión del arriendo.

1. En general, "la doctrina no admite la cesión de los derechos y obligaciones originados del contrato, sino cuando haya sido autorizada por las mismas partes. (Casación, LIV, 114, y F. Vélez, VII, Nos. 427 y 444). Porque el contrato es fuente de obligaciones, y la fuente en sí no se cede, porque sería tanto como ceder la voluntad genitora de los contratantes, su consentimiento que es adhesión de esa voluntad al negocio jurídico". (Casaciòn. LXXIX, 181). De todo lo cual se infiere que tratándose especialmente de pactos bilaterales, en que las partes estipulan y contraen obligaciones mutuas, no pueden cederse por ninguna de ellas los derechos activos, salvo que el cedente estè autorizado para hacer la cesión por pacto expreso o que habiéndose solicitado el consentimiento del otro contratante éste lo hubiere concedido (Casación citada, LIV, 114). Mas en principio no se necesita que ese consentimiento sea expreso, pues el tácito puede convalidar la cesión siempre que no esté prohibida por la ley, por la convención, por la naturaleza de èsta o de los derechos mismos que se ceden.

En forma más concreta y atinente a la cuestión aquí debatida, conviene apuntar que el artìculo 2004 del Código Civil, reza: "El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo". Y la jurisprudencia nacional ha expresado (LXV, 626 y 627) que "es natural y lógico que la cesión del contrato de arrendamiento, cosa distinta del subarrendamiento, no pueda hacerse sin la autorización o concurrencia del arrendador, porque esta convención, como todas las bilaterales, es fuente de derechos y obligaciones, de créditos y deudas, de manera que el desplazamiento jurìdico de la parte arrendataria, con la consiguiente extinción de sus garantías, no puede lograrse sino con la colaboración de quienes fueron parte en el contrato original". Agrega esta sentencia que de lo expuesto se deduce que la cesión no autorizada por el arrendador no da lugar a relaciones obligatorias respecto de él, pero sin perjuicio de que nazcan todas las obligaciones generadas en el contrato del arrendatario cedente y el tercero cesionario, como también que la cesión no autorizada del arrendamiento produce para el arrendador, como sanción por el incumplimiento de una obligación del arrendatario, el derecho de reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicio.

Y en el citado fallo -al fijar el alcance del artículo 2004 del C. Civil, especialmente

en cuanto reglas el fenómeno de la cesión-, se dice que dicha disposición en cuanto "establece como elemento natural del contrato que el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni subarrendar, contiene una prohibición de orden privado, susceptible de modificación convencional, pero en manera alguna consagra un caso de contrato prohibido, esto es que no pueda celebrarse bajo ningún respecto ni llenando ninguna condición, que son los que la doctrina califica bajo esa denominación. Las convenciones pueden celebrarse cumpliendo ciertos requisitos y formalidades no prohibidas, sino permitidas, y las leyes que las reglamentan son imperativas y no prohibitivas, por que ordenan para su validez ciertos requisitos cuya omisión no siempre determina nulidad absoluta, sino simples fenómenos de inoponibilidad, en forma que si el arrendador no reclama, el contrato de cesión o el de subarriendo puede desarrollarse perfectamente entre cedente y cesionario o entre arrendatario y subarrendatario. Lo mismo que puede acontecer en el arrendamiento de cosa ajena".

Así pues, el artículo 2004 del Código Civil contiene un ordenamiento restrictivo de la facultad, para el arrendatario, de ser sustituído por una tercera persona en sus derechos y obligaciones, bien sea por la vía de cesión o de sublocación, sin el consentimiento expreso del arrendador. Pero también se indicó que tal prescripción es de orden privado y, por lo tanto, susceptible de modificación por las partes contratantes, caso en el cual, tratándose de la cesión y habiéndose aprobadó ésta por el arrendador, el cesionario, causahabiente del cedente o arrendatario directo, sustituye a éste y, en consecuencia, continúa gravado con las obligaciones que incumbían a su causante respecto del arrendador. Al aceptar este último al cesionario como arrendatario, en lugar y sustitución del cedente, se produce una epecie de novación y, por lo tanto, -como lo anota Josserand (T.II, pág. 163)-, se establecen entonces relaciones jurídicas directas entre el arrendador y el sustituto, y de una y otra parte nacen obligaciones cuya ejecución puede ser demandada por los interesados.

2. La venta de las mejoras plantadas en el terreno materia del contrato de arrendamiento, hecha por el arrendatario primitivo a una tercera persona -y en este caso sin la concurrencia del arrendador-, no implica o determina por sí misma la reforma o el cambio del contrato del arrendamiento, entre otras obvias razones, porque la venta de mejoras a que pudiera tener derecho el arrendatario, es cuestión sustancialmente distinta del fenómeno de la cesión, el cual es generador de derechos y obligaciones inconfundibles.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Bogotá, marzo doce de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

Por medio de mandatario judicial y en demanda dirigida al Tribunal Superior de Medellín, el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, en ese carácter y como representante de aquella entidad en su empresa del Ferrocarril, instauró acción de tenencia o lanzamiento contra la sociedad "Industria de Maderas S. A.", disuelta y en estado de liquidación, representada por los señores Alfonso Velásquez P., Carlos J. Restrepo y Aureliano Vélez V., en su calidad de liquidadores 1o., 2o. y 3o., en su orden, a fin de que por los trámites señalados en el Capítulo I del Título XXXVII del Código Judicial, se ordenase la restitución a la empresa "Ferrocarril de Antioquia" del siguiente bien raíz: "Una faja de terreno situada en el Distrito de Puerto Berrío, en el paraje Morela, kilómetro dos (2) de la línea férrea, lado derecho de dicha línea en dirección Medellín-Puerto Berrío, faja de terreno que es la misma que se determina por las letras A- B- C- D- E-A del plano levantado en mil novecientos cuarenta y uno (1.941) firmado por Andrés Vélez C. uno de cuyos ejemplares, debidamente firmado, se agregará a esta escritura como parte integrante de ella. Dicha faja de terreno tiene una cabida de dos (2) cuadras con treinta y cinco (35) centésimas de cuadra cuadrada y está comprendido por los siguientes linderos: Por el Oriente, en parte con predio de la Compañía "Madera Antioquia", hoy "Industria de Maderas Sociedad Anónima", y en parte con el río Magdalena; por el Occidente, con la carretera del Ferrocarril de Antioquia, teniendo dicha faja de terreno entre estos dos linderos un ancho de cincuenta (50) metros; por el Norte, con propiedad del mismo Ferrocarril de An-

tioquia; y por el Sur, en parte con propiedad del Ferrocarril de Antioquia, y en parte con el río Magdalena".

Son fundamentos fácticos de la acción propuesta:

"Primero. Por escritura pública No. 85, de 10 de enero de 1.946, otorgada ante el notario 3o. del Circuito de Medellín, el Ferrocarril de Antioquia, empresa de servicio público de transportes del Departamento de Antioquia, entregó a la sociedad mencionada, a título de arrendamiento, el siguiente bien inmueble: (el que se deja relacionado en la petición de la demanda).

"Segundo. Se convino una renta mensual de diez pesos ($10.oo) m/l. y una duración del arriendo de diez años, término que se encuentra expirado en mucho.

"Tercero. No osbtante que concurre como causal para la terminación del contrato la expiración del tiempo señalado para la terminación del arriendo, la sociedad representada actualmente por los liquidadores, se niega a cumplir con la obligación de restitución, por haber vendido sus bienes a terceros con quien obviamente el Ferrocarril no tiene ningún vínculo contractual".

A la demanda se acompañaron los siguientes documentos: copia debidamente registrada de la escritura pública No. 85 de 10 de enero de 1.946 ya citada, por medio de la cual el Ferrocarril de Antioquia dió en arrendamiento a la sociedad demandada la faja de terreno objeto de la presente acción; acta de posesión del señor Gobernador de dicho Departamento; certificación de la Cámara de Comercio de Medellín sobre existencia y representación de la sociedad "Industria de Maderas S. A."; un ejemplar del plano de la zona arrendada.

Carlos J. Restrepo y Alfonso Velásquez P., en sus calidades ya anotadas, contestaron la demanda en sendos escritos, en los cuales se oponen "a que se decrete la restitución de la cosa arrendada a cargo de la sociedad que representan" y, además, proponen las siguientes excepciones: la de ilegitimidad de la personería, fundada en que al libelo no se acompañó la copia del Decreto de nombramiento del señor Gobernador del Departamento y en que el certificado de la Cámara de Comercio no reune los requisitos exigidos por los artículos 40 y 41 de la ley 28 de 1.931; la de inepta demanda, consistente en haberse dirigido la acción contra persona diversa de la obligada a responder de la cosa o hecho que se demanda, puesto que aquella debió enderezarse contra Ricardo Ortiz R. y Francisco Medina V., a quienes la entidad actora había aceptado como sucesores o sustitutos en el arriendo; la genérica, en virtud de la cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Aureliano Vélez no contestó la demanda.

Abierto el juicio a pruebas, se allegaron durante el término respectivo las que el Tribunal de instancia relaciona con exactitud así: "Dos recibos expedidos por el Revisor de Arrendamientos del Ferrocarril de Antioquia a favor del señor Francisco Medina Vélez, de fecha 20 de junio y 5 de agosto de 1.958, respectivamente, por las sumas de veinte ($20.oo) y diez ($10.oo) pesos, en su orden, folios 1 y 2, cuaderno No. 2; oficio -en copia- No. 411 de marzo 18 de 1.957, dirigido por el Ferrocarril de Antioquia al señor Francisco Medina, sobre un contrato de arrendamiento celebrado por la empresa aludida con el citado señor Medina, respecto de unas construcciones ubicadas en suelo baldío en el lugar en que se encuentra la faja materia de este juicio, compradas a "Industrias de Maderas S. A.", en liquidación (folios 3 y 4 ibídem); carta-oficio No. 742 también de la Sección de Bienes del Ferrocarril, por medio de la cual se confirma la cancelación del contrato a que la anterior se refiere (folios 5 y 6); oficio Nº. 818 de agosto 27 de 1.958, emanado de la misma empresa y relacionado con la misma cancelación del contrato de que dan cuenta los oficios anteriormente enunciados y el segundo de los cuales, además del contenido ya expresado, comprende el primer requerimiento que el Ferrocarril hizo al señor Medina Vélez sobre la restitución de la faja materia del litigio (este oficio fué dirigido por la Sección de Control de la empresa demandante); oficio No. 819, emanado de la misma sección de Bienes del Ferrocarril y dirigida al expresado señor Francisco Medina Vélez en el cual se le requiere nuevamente por la entrega del bien aludido; oficio No. 187 J. A. de octubre 17 de 1.958,

originado en el Departamento Legal de la citada empresa oficial de transportes, dirigido a los señores Carlos J. Restrepo, Alfonso Velásquez P. y Aureliano Vélez V., liquidadores de la sociedad demandada, pidiendo a éstos la restitución del mismo inmueble detallado en la demanda; oficio No. 218 J. A., emanado del Departamento Jurídico-Social de la citada empresa y dirigido a los señores Francisco Molina (sic) V. y Ricardo Ortiz, solicitando nuevamente la restitución de la aludida faja de tierra de propiedad del Departamento (Ferrocarril de Antioquia); copia de la carta que Carlos J. Restrepo y Alfonso Velàsquez P. dirigieron al Departamento Jurídico del Ferrocarril en relación con la dirigida á ellos por esta entidad y a que ya se hizo alusiòn, en la cual dicen que la restitución debe ser solicitada a los expresados Medina Vélez y Ortiz, por cuanto ellos son cesionarios de los derechos y obligaciones que "Industria de Maderas S. A." en liquidación, tenía con las tantas veces mencionada empresa transportadora según el contrato de arrendamiento contenido en la escritura No. 85 de 10 de enero de 1.946, de la Notaría 3a. de Medellín, que también se ha citado; copia de la escritura No. 2831 de la misma Notaría de 22 de agosto de 1.955, debidamente registrada, por virtud de la cual "Industria de Maderas S. A." en liquidaciòn vendió a Francisco Medina Vélez y a Ricardo Ortiz los bienes de que allí se habla y que son las mismas construcciones a que se ha aludido; y, finalmente, un certificado expedido por el Notario de Puerto Berrío y que no es de recibo, ya que parece referirse a la tradición del dominio de los locales expresados y, como es bien sabido, el único funcionario que entre nosotros tiene la facultad para certificar al respecto es el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del lugar de ubicación de los inmuebles de que se trate. Del mismo modo se reconocieron los recibos de que antes se habló y el oficio No. 218 al que también se hizo anterior referencia".

El Tribunal del conocimiento estimó probada la excepción contemplada en el artículo 329 del C. Judicial, o sea, la constituída por todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió, propuesta por la sociedad demandada. A su juicio, el reconocimento de la excepción se funda en las siguientes razones:

"Es cierto que la sociedad demandada contrajo las obligaciones que se desprenden del contrato de arriendo celebrado con la entidad demandante según el instrumento público que la contiene y el cual obra en autos; que el contrato se encuentra expirado por la causal del vencimiento del plazo y que, finalmente, el Ferrocarril de Antioquia prohibió a "Industria de Maderas S. A.", en liquidación, la facultad de subarrendar (Cláusula 10 de la escritura citada). Pero también es verdad que al aceptar de hecho, tácitamente, la empresa demandante, la cesión de los derechos y obligaciones contraídas por la sociedad demandada a los señores Francisco Medina Vélez y Ricardo Ortiz, aceptaciòn que claramente se desprende de la conducta adoptada por ella en frente a éstos, al requerirlos para la restitución del inmueble dado primeramente en arriendo a la sociedad aludida, creó un nuevo vínculo jurídico en razón del cual los demandados debieron ser dichos Medina Vélez y Ortiz.

"Así las cosas y obrando en el expediente constancias claras de la aceptación tácita por parte del demandante respecto del fenómeno anotado, es desde todo punto evidente que aquí se ha demandado a persona diversa de la que tiene la obligación de restituir la cosa dada en arriendo. Por esta razón es preciso concluír que aunque la entidad demandada sí estuvo obligada a cumplir las obligaciones contraídas para con la empresa demandante, ha ocurrido un fenómeno por virtud del cual esas obligaciones se extinguieron para ella".

En consecuencia, el Tribunal falla así: 1o. Se absuelve a la parte demandada de los cargos formulados en el libelo. 2o. No hay lugar a costas.

Para resolver el recurso de apelación que contra dicha providencia interpuso el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, una vez tramitado en legal forma ante esta Superioridad, se considera:

En el evento sub-judice se ha promovido la acción especial de lanzamiento consagrado por el Código Civil, acudiendo a la vía especial que reglamenta el Título XXXVII del Código Judicial, acción que para su prosperidad requiere la prueba del contrato de arrendamiento que regule las relaciones entre las partes y la de que éste ha terminado por cualquiera de las causas establecidas en la ley.

En cuanto a la demostración del pacto, obra en autos copia debidamente registrada de la escritura pùblica No. 85 de 10 de enero de 1.946, corrida ante la Notaria 3a. de Medellín, en virtud de la cual el Ferrocarril de Antioquia, empresa de servicio público de transportes pertenecientes al Departamento de dicho nombre, da en arrendamiento a "Industria de Madera S. A.", compañía domiciliada en Medellín, una faja de terreno de que se dice propietario, situada en el Distrito de Puerto Berrío, en el paraje de Morela, y comprendida por los linderos que allí se indican. Al aludido contrato pertenecen, además, estas otras cláusulas: 3a.) Que el tèrmino de duración del arrendamiento es el de diez años, contados a partir de la fecha del instrumento público; 4a.) Que el canon o renta estipulado es el de diez pesos mensuales, pagadero por mensualidades anticipadas; 5a. y 9a.) Que a la sociedad arrendataria le está prohibido hacer mejoras distintas a la destinación y uso del terreno arrendado para el establecimiento "de una planta de aserrar maderas con sus viviendas y oficinas", por lo cual el Ferrocarril no reconocerá el valor de mejòra alguna realizada contra dicha prohibición, a la terminación del contrato, que "tenga plantada la sociedad en dicha faja y no pueda ser retirada por aquella, sin causar perjuicio al Ferrocarril"; 10) "A la terminación de este contrato la sociedad arrendataria se obliga a hacer entrega inmediata de la faja de terreno, sin que el Ferrocarril tenga que pagarle indemnización alguna por ningún motivo. La sociedad arrendataria no podrá ceder en ningún (sic) el presente contrato, ni subarrendar el inmueble de que se trata; pero si no obstante lo hiciere, pagará al Ferrocarril, en calidad de multa, la suma de cien pesos ($100.oo) moneda legal, quedando siempre responsable de las demàs obligaciones contraídas, hasta que el Ferrocarril adquiera nuevamente la posesión del bien arrendado".

De otra parte, para demandar en juicio especial el lanzamiento se invoca en el libelo la causal de terminación del contrato por haber expirado el tiempo señalado para la duración del arriendo, no obstante lo cual la sociedad demandada se niega a cumplir la obligación de restituir, "por haber vendido sus bienes à terceros con quienes obviamente el Ferrocarril no tiene ningùn vínculo contractual". De conformidad con lo estipulado en la clàusula tercera del convenio, ya transcrita, aparece que el arrendatario empezó en el goce de sus derechos el día 10 de enero de 1.946 y que, de acuerdo con lo allí pactado, debia hacer entrega del inmueble el día 10 de enero de 1.956. De lo expuesto se desprende que el contrato se encontraba expirado por vencimiento del plazo cuando se instauró la acción de lanzamiento, o sea, el 11 de enero de 1.960.

Ahora bien: al tenor de lo previsto en la cláusula décima del precitado convenio, la empresa arrendataria se obligó a no ceder el contrato de arrendamiento, ni a subarrendar el inmueble objeto de dicho pacto escriturario, comprometièndose, si así lo hiciere, a pagar al Ferrocarril una multa de cien pesos ($100.oo) sin perjuicio de responder por el cumplimiento de las demás obligaciones de su incumbencia.

Y a este mismo respecto conviene apuntar que el artículo 2004 del Código Civil, reza: "El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros tèrminos que los estipulados con el arrendatario directo".

De otra parte, en general "la doctrina no admite la cesión de los derechos y obligaciones originados del contrato, si no cuando haya sido autorizada por las mismas partes. (Casación de 29 de mayo de 1.942 LIV, 114, y F. Vélez. Tomo VII Nos. 427 y 444). Porque el contrato en fuente de obligaciones, y la fuente en sí no se cede, porque sería tanto como ceder la voluntad genitora de los contratos, su consentimiento que es adhesión de esa voluntad al negocio jurídico". (Casación 30 de noviembre de 1.954, LXXIX 181). De todo lo cual se infiere que tratándose especialmente de pactos bilaterales, en que las partes estipulan o contraen obligaciones y prestaciones mutuas, no puede cederse por ninguna de ellas los derechos activos, salvo que el cedente estè autorizado para hacer la cesión por pacto expreso o que habiéndose solicitado el consentimiento del otro contratante éste lo hubiere concedido. (Casación citada de 29 de mayo de 1.942). Mas en principio no se necesita que ese consentimiento sea expreso, pues el tácito puede convalidar la cesión siempre que no es-

té prohibida por la ley, por la convenciòn, por la naturaleza de ésta o de los derechos mismos que se ceden.

Y en forma más concreta y atinente a la cuestión aquì debatida, ha expresado la jurisprudencia nacional (Casación de 21 de marzo de 1.949, T. LXV, pags. 626 y 627) que "es natural y lógico que la cesión del contrato de arrendamiento, cosa distinta del subarrendamiento no pueda hacerse sin la autorización o concurrencia del arrendador, porque esta convención, como todas las bilaterales, es fuente de derechos y obligaciones, de crèditos y deudas, de manera que el desplazamiento jurìdico de la parte arrendataria, con la consiguiente extinción de sus garantías, no pueda lograrse sino con la colaboración de quienes fueron parte en el contrato original". Agrega esta sentencia que de lo expuesto se deduce que la cesión no autorizada por el arrendador no da lugar a relaciones obligatorias respecto de él, pero sin perjuicio de que nazcan todas las obligaciones generadas en el contrato del arrendatario cedente y el tercero cesionario, como tambièn que la cesión no autorizada del arrendamiento produce para el arrendador, como sanción por el incumplimiento de una obligación del arrendatario, el derecho de reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios.

Y en el precitado fallo -al fijar el alcance del artículo 2004 del C. Civil, especialmenie en cuanto regla el fenòmeno de la cesión-, se dice que dicha disposición en cuanto "establece como elemento natural del contrato que el arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni subarrendar, contiene una prohibición de orden privado, susceptible de modificación convencional, pero en manera alguna consagra un caso de contrato prohibido, esto es que no pueda celebrarse bajo ningún respecto ni llenando ninguna condición, que son los que la doctrina clasifica bajo esa denominación. Las convenciones pueden celebrarse cumpliendo ciertos requisitos y formalidades no prohibidas, sino permitidas, y las leyes que la reglamentan son imperativas, y no prohibitivas, porque ordenan para su validez ciertos requisitos, cuya omisión no siempre determina nulidad absoluta, sino simples fenómenos de inoponibilidad, en forma que si el arrendador no reclama, el contrato de cesión o el subarriendo puede desarrollarse perfectamente entre cedente y cesionario o entre arrendatario y subarrendatario. Lo mismo que puede acontecer en el arrendamiento de cosa "ajena".

Ahora bien: en el evento sub-lite la sociedad querellada ha rechazado la demanda con fundamento en que no es actualmente sujeto pasivo de la relación jurídica contractual que le señala el libelo, porque dicha compañia, al vender a Ricado Ortiz y Francisco Medina Vélez las construcciones que tenian plantadas en la faja de terreno materia de este pleito, cedió a estos últimos el arrendamiento, cesión que fué aceptada por la entidad arrendadora.

Queda visto que el artículo 2004 del C. Civil contiene un ordenamiento restrictivo de la facultad, para el arrendatario, de ser sustituido por una tercera persona en sus derechos y obligaciones, bien sea por la vía de cesación o de sublocación, sin el consentimiento expreso del arrendador. Pero tambièn se indicó antes que tal prescripción es de orden privado y, por lo tanto, susceptible de modificación por las partes contratantes, caso en el cual, tratándose de la cesión y habiéndose aprobado ésta por el arrendador, el cesionario, causahabiente del cedente o arrendatario directo, sustituye a èste y, en consecuencia, continúa gravado con las obligaciones que incumbian a su causante respecto del arrendador. Al aceptar este último al cesionario como arrendatario, en lugar y sustitución del cedente, se produce una especie de novación y, por lo tanto, -como la anota Josserand (T. II, pag. 163)-, se establecen entonces relaciones jurídicas directas entre el arrendador y el sustituto, y de una y otra parte nacen obligaciones cuya ejecución puede ser demandada por los interesados.

Si se aplican los anteriores principios al caso sub-lite la Sala observa que los elementos probatorios allegados al proceso no permiten deducir, como lo hace el Tribunal de primera instancia en la estimación de ellos ofrecida para fundamentar los pronunciamientos de su fallo, que la cesión del arrendamiento se haya llevado a cabo con la equiescencia del arrendador, determinando tal fenómeno el desplazamiento jurídico de la parte arrendataria primitiva, o sea, de la sociedad "Industria de Maderas S. A.", hacia los presuntos sustitutos Ricardo Ortíz y Francisco Medina Vélez; ni que, en consecuencia, se pueda considerar a estos últimos, en su calidad de cesionarios,

como subrogados en las obligaciones contraídas por la precitada compañía demandada.

En efecto, por medio de la escritura No. 2831 de 22 de agosto de 1.955, pasada ante el Notario 3o. de Medellín, la sociedad "Industria de Maderas S. A.", en liquidación, dió en venta a Medina Vélez y Ortiz, en la proporción del cincuenta por ciento para cada uno, un inmueble ubicado en el Municipio de Puerto Berrío, "en terrenos baldíos de la Nación", en el kilómetro dos del ferrocarril de Antioquia, que da frente a una faja perteneciente a éste y se deslinda así: "Por el frente con la zona del Ferrocarril de Antioquia; por el costado de arriba y de abajo con terrenos que fueron de la Compañía Ganadera, hoy de Raúl Escobar y del Ferrocarril de Antioquia, respectivamente; por la parte de atrás con el rio Magdalena". Dicha venta comprende las siguientes edificaciones: "una casa de piso de concreto paredes de madera y techos de zinc para habitaciones de empleados, una casa de vara de tierra para trabajadores y tres (3) cobertizos de piso de concreto, paredes de madera y techos de zinc donde están instalados los talleres de maquinaria para aserrío y secada de madera y los depósitos para las mismas".

Pues bien: de los términos de dicha convención no es posible deducir que la intención de los contratantes fuese la de celebrar un pacto de cesión del arrendamiento a que se contrae la litis, porque aquella convención se refiere a la transmisión del derecho de dominio de un "terreno baldío", el cual aparece individualizado por límites distintos a los indicados para determinar la fija materia del arriendo, como resulta de la confrontación de los respectivos alindamientos, sin que el proceso arroje prueba en contrario.

En la escritura 2831 de 22 de agosto de 1.956 se declara también que la venta comprende las edificaciones o mejoras antes indicadas, una de las cuales, al parecer, está plantada en la faja de terreno materia del contrato de arrendamiento. A este respecto se observa: la venta de la mejora hecha por el arrendatario primitivo -y en este caso sin la concurrencia del arrendador-, no implica o determina por sí misma la reforma o el cambio del contrato principal, entre otras obvias razones, porque la venta de mejoras a que pudiera tener derecho el arrendatario, es cuestión sustancialmente distinta del fenómeno de la cesión, el cual es generador de derechos y obligaciones inconfundibles.

Tampoco puede aceptarse -como lo deduce el Tribunal de primer grado- que hubo tácita aquiescencia del arrendador para la eliminación o modificación de la cláusula prohibitiva de la cesibilidad del arriendo, porque "la empresa Ferrocarril de Antioquia se estuvo entendiendo con los señores Francisco Medina Vélez y Ricardo Ortiz, tal como lo demuestran: los recibos 1 y 2 del cuaderno No. 2 expedidos con ocasión del pago del cánon de arrendamiento al parecer de la faja materia del contrato que en otro tiempo ligó a demandante y demandado y que ha motivado el presente juicio; los requerimientos contenidos en los oficios 742 -parte final-, 818 y 218 J. A. de fechas agosto 1o., agosto 27 y octubre 17 de 1.958, por virtud de los cuales el Ferrocarril de Antioquia solicitaba a don Francisco Medina Vélez y Ricardo Ortiz (en el último) la restitución de la misma faja de terreno arrendada a la sociedad demandada de la cual los destinatarios de dichos oficios eran sucesores, según la misma expresión utilizada por la parte demandante". La Sala a este particular observa: a) No existe, según se indicó antes, convención alguna sobre la cesión de los derechos del arrendamiento, por lo que tampoco puede presumirse la aceptación tácita de ella; b) El pago de la renta del "terreno" o "terreno en Berrío" a que aluden los recibos primeramente citados -pues sólo contienen esa vaga referencia-, es equívoco en cuanto que esa cancelación de cánones corresponda al arrendamiento del inmueble de que aquí se trata; c) el requerimiento en cuestión, como lo ha expuesto esta Sala (T. LI, pag. 132), sólo entraña la práctica de una diligencia extrajudicial que no implica ninguna suerte de controversia, ni oposición de parte, pues equivale a una sencilla notificación a la persona designada, de la solicitud del que la hace, cuyos efectos se valoran posteriormente, si hay lugar a juicio en que se haga mérito del requerimiento. Además, en el evento subjudice esas notificaciones privadas fueron dirigidas por el arrendador, tanto a Medina Véles y Ortiz como al arrendatario primitivo, por lo cual de ellas no es posible deducir que el Ferrocarril de Antioquia "aceptó en

forma tácita que "Industria de Maderas S. A.", cedió los derechos y obligaciones originados en el contrato de arriendo.

De todo lo anterior se desprende que en el expediente no hay pruebas que acrediten con plenitud que el arrendador por medio de aceptación tácita convalidó o aceptó la supuesta cesión de los derechos y obligaciones procedentes del pacto bilateral de arrendamiento invocado en el presente juicio y la consiguiente sustitución o cambio de la persona del primitivo arrendatario por otra a quien éste hubiera traspasado esas obligaciones.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar, resuelve:

Decrétase el lanzamiento de la sociedad "Industria de Maderas S. A.", disuelta y en estado de liquidación, representada por los señores Alfonso Velásquez P., Carlos J. Restrepo y Aureliano Vélez V., y su entrega al Gobernador del Departamento de Antioquia como representante de esta entidad en su empresa del Ferrocarril de Antioquia, del siguiente inmueble: "Una faja de terreno situada en el Distrito de Puerto Berrío, en el paraje "Morela", Kilómetro dos (2) de la línea férrea, lado derecho de dicha línea en dirección Medellín -Puerto Berrío, faja de terreno que es la misma que se determina por las letras A-B-C-D E-A del plano levantado en mil novecientos cuarenta y uno (1.941) firmado por Andrés Vélez C. uno de cuyos ejemplares, debidamente firmado, se agregará a esta escritura como parte integrante de ella. Dicha faja de terreno tiene una cabida de dos (2) cuadras con treinta y cinco (35) centésimas de cuadra cuadrada y está comprendida por los siguientes linderos: "Por el Oriente, en parte con predio de la Compañía "Madera Antioqueña", hoy Industria de Maderas Sociedad Anónima, y en parte con el rio Magdalena; por el Occidente, con la carrilera del Ferrocarril de Antioquia, teniendo dicha faja de terreno entre estos dos linderos un ancho de cincuenta metros (50); por el Norte, con propiedad del mismo Ferrocarril de Antioquia; y por el Sur, en parte con propiedad del Ferrocarril de Antioquia, y en parte con el rio Magdalena".

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuelvase el expediente a la oficina de origen.

Efrén Osejo Peña. Ramiro Araújo Grau. Carlos Peláez Trujillo. Luis Carlos Zambrano. Jorge García Merlano, Secretario.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS.

La Sala de Negocios Generales de la Corte también dictó, durante los meses de enero, febrero y marzo de 1.964, las siguientes sentencias absolutorias, en juicios relacionados con el dominio privado del subsuelo petrolífero, en las cuales fue absuelta la Nación de los cargos formulados en las respectivas demandas. La Sala se abstiene de ordenar su publicación, en la Gaceta, en consideración a su falta de interés doctrinario:

	Demandante	Demandado	Fecha	Magistrado
1	Jaime Duque Estrada	la Nación	Enero 20	Doctor Zambrano
2	Víctor Julio Gaitán	"	Enero 20	Doctor Zambrano
3	Carlos Baresch y otros	"	Enero 21	Doctor Peláez
4	Silverio García Arèvalo	"	Enero 21	Doctor Peláez
5	Universidad de Los Andes	"	Enero 29	Doctor Araújo
6	Francisco Alvarez y otros	"	Enero 30	Doctor Osejo
7	Joaquín Gómez Jimènez	"	Enero 30	Doctor Peláez
8	Alfonso Sierra Forero	"	Enero 30	Doctor Zambrano
9	Mercedes Navarrete Lòpez	"	Febrero 4	Doctor Zambrano
10	José Eusebio Zarmiento	"	Febrero 7	Doctor Pelàez
11	Luis Acosta Arèvalo	"	Febrero 14	Doctor Zambrano
12	Raúl Jimeno	"	Febrero 19	Doctor Zambrano
13	Jesús Casas Manrique	"	Febrero 25	Doctor Zambrano
14	Domiciano Camelo y otros	"	Febrero 26	Doctor Araújo
15	Adelaida Uribe Mejía y otra	"	Marzo 3	Doctor Peláez
16	Carboneras Samacà	"	Marzo 3	Doctor Araújo
17	Pedro Navas Pardo	"	Marzo 21	Doctor Araùjo

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDICE

DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL PRIMER TRIMESTRE DEL AÑO 1.964.

SALA PLENA

TESTIMONIO DE RECONOCIMIENTO. Hacia los Magistrados Doctores Gustavo Rendón Gaviria y Ramiro Araújo Grau, por la forma como presidieron la Corporación. Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha 23 de enero de 1.964. 7

SANCIONES DISCIPLINARIAS. No hay lugar a sanción alguna contra el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Dr. Luis Enrique Romero Soto, en relación con los hechos de que da cuenta el informativo. Así se decide por providencia de 4 de febrero de 1.964. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria. 8

SANCIONES DISCIPLINARIAS. El Decreto 3665 de 1.950 no sanciona en su artículo 2o., ni podía hacerlo, los posibles errores o equivocaciones de los juzgadores. Las quejas deben apoyarse en las causales determinadas en el referido decreto. No hay fundamento, en el caso de autos, para imponer sanción alguna a la Magistrada de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, Doctora Aydeé Anzola Linares. Así se declara por providencia de 7 de febrero de 1.964. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña. 10

INEXEQUIBILIDAD DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO 2o. DEL DECRETO LEGISLATIVO No. 2770 DE 23 DE OCTUBRE DE 1.953, EN CUANTO FORMA PARTE DE LA LEY 141 DE 1.961, QUE LE DIO CARACTER DE LEY A DICHO DECRETO. ACUSACION DE DECRETOS LEGISLATIVOS ADOPTADOS. 1. La demanda de inconstitucionalidad de los decretos legislativos adoptados como leyes por el artículo 1o. de la Ley 141 de 1.961, debe comprender también esta Ley, en la cual quedaron incorporados. 2. Garantías básicas del derecho de propiedad consagradas por la Constitución. La expropiación requiere en todo caso sentencia judicial. El inciso acusado constituye una flagrante violación del artículo 30 de la Carta. Por sentencia de 26 de febrero de 1.964 la Corte declara la inexequibilidad de la referida norma legal. Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada. 15

JURISDICCION DISCIPLINARIA Y JURISDICCION PENAL. RESERVA DEL SUMARIO. PRESUNCION DE INOCENCIA. El cargo que se hace contra los Magistrados de una de las Salas de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, está fuera del ámbito de la jurisdicción disciplinaria de la Corte. Los formulados contra todos los miembros de su Sala Penal no dan lugar a imponer sanción alguna. Reserva del sumario y compulsa de copias. Presunción de inocencia para los jueces. Por providencia de fecha 27 de febrero de 1.964, la Corte Suprema declara que no hay lugar a imponer sanción alguna, por vía disciplinaria, a los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente: Dr. Josè Joaquín Rodríguez 21

SANCIONES DISCIPLINARIAS. Retardo en la elaboración de las listas de jurados de conciencia. Por providencia de 18 de marzo de 1.964, la Corte declara no ser el caso de imponer sanciones disciplinarias a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. 30

SALA DE CASACION CIVIL

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS. Culpa. Tanto en el demandante como en el demandado, es problema de aducción de hecho. Dado su destino y objeto propios, no constituye culpa efectuar contacto con una cerca de alambre conductora de fluído eléctrico. Por sentencia de 28 de enero de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario promovido por los menores Aura María Fúneme y otros, representados por curador ad litem, contra "Centrales Eléctricas de Tunja S. A.". Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 35

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO. El juicio especial y el ordinario de oposición son uno mismo. Causal 1a. de casación. Exigencias del cargo. Violación de la ley. Es inadmisible proponer el quebranto de artículos en forma indeterminada. Deslinde. Por sí sola, la falta de asistencia del Secretario no induce nulidad de la diligencia. Por sentencia de 29 de enero de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario promovido por Enrique Giraldo O. contra Pastor E. Ospina. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón. 40

SERVIDUMBRES. Las llamadas acción confesoria y negatoria de servidumbres no están excluídas del contenido del art. 872 del C. Judicial. No hay incongruencia cuando se pronuncia fallo inhibitorio. Causal 7a. de casación. Requisito esencial para la procedencia de este motivo. Errores en que se puede incurrir en la interpretación de la demanda. Por sentencia de 31 de enero de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario adelantado por Efraín Collazos contra Fermín Escobar. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. . . 46

DONACIONES REMUNERATORIAS. Su naturaleza jurídica. Por sentencia de 31 de enero de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre nulidad de unos contratos de compraventa adelantado por Juan de Jesús Amézquita contra María Ascención Valencia Quintero y otros. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez. 53

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DENUNCIOS PENALES. No surge únicamente del negocio de esa índole. Por sentencia de 5 de febrero de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios materiales y morales sufridos por una persona por razón de un denuncio penal, promovido por Juan N. Arroyave contra Guillermo Escobar Lemos. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 61

RECURSO DE HECHO. MOTIVO DE DUDA EN LA CUANTIA PARA LA CASACION. No es a las partes sino a los Tribunales Superiores a quienes el artículo 524 del C. de Procedimiento Civil les atribuye poderes de apreciación en lo conducente a determinar si existe "verdadero motivo de duda" sobre la cuantía del pleito. Por providencia de 5 de febrero de 1.964, se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre nulidad de un contrato de venta, adelantado por María Concepción Matamoros v. de Ojeda contra Angel María Romero. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez. 65

REFORMATIO IN PEIUS. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Intangibilidad de la cosa juzgada. Los arts. 473 y 494 del C. J. son normas de carácter sustancial. Por sentencia de 7 de febrero de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario promovido por Víctor M. Díaz contra Priscila del Carmen Suárez de Cifuentes, sobre propiedad de una edificación construída en terreno de la demandada. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón . . 67

VENTA DE UN PREDIO RUSTICO COMO CUERPO CIERTO O CON RELACION A SU CABIDA. Alcance y aplicación del art. 1887 del C. Civil. Actio quanti minoris. Por sentencia de 11 de febrero de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre disminución del precio en una venta por cabida, adelantado por Luis Eduardo Bedoya Sepúlveda contra Arturo Castaño Osorio. Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada. 71

DAÑOS EN LAS COSAS. El actor debe acreditar el dominio sobre el inmueble que sufrió los perjuicios. Error de derecho. Escapa al ámbito del error de hecho evidente, la alegación sobre el modo como llegó a los autos el medio con el cual se pretende demostrar el hecho. Por sentencia de 12 de febrero, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario sobre indemnización de perjuicios a-

delantado por Humberto Faillace Ch. y otro contra la sociedad "Silva Mújica Hermanos Ltda". Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 80

REGIMEN DE LAS BOLSAS DE VALORES. Causal 2a. de casación. No se configura cuando la sentencia es plenanente absolutoria. En este recurso extraordinario, la Corte no puede acometer el estudio de motivos no planteados. Error de hecho. Bolsa de Bogotá. Su Gerente es el único funcionario autorizado para actuar y obligarla por vía contractual. Los Miembros de la Bolsa, en el ejercicio de sus funciones, no son mandatarios tácitos de dicha entidad. Requisitos del mandato aparente. Los Miembros de la Bolsa, no la asocian solidaria ni subsidiariamente al cumplimiento de las obligaciones contraídas por ellos a favor de sus comitentes. Por sentencia de 17 de febrero de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre cumplimiento de unas operaciones de bolsa, adelantado por Isabel Uribe de Corpas y otra contra la "Bolsa de Bogotà S. A.". Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava. 83

BUENA O MALA FE. Distintos tratamientos al poseedor de buena o mala fe en materia de deterioros, frutos y mejoras. Requisito para que la existencia de un título predique buena fe en el demandado. La buena fe es una cuestión de hecho. Promesa de venta. Por sentencia de 18 de febrero de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario reivindicatorio promovido por Rafael Correa Serna y otro contra Tomás Herrera Pardo. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. . . .102

OBLIGACIONES. De la índole del objeto depende que sean divisibles o indivisibles. Cuàndo puede afirmarse error de hecho en la interpretación de un contrato. Las cláusulas son base ineludible para interpretar el pensamiento de los contratantes. Venta por cabida. Por sentencia de 19 de febrero de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre restitución de una suma de dinero, adelantado por "Hacienda El Rosario S. A." contra Jorge Garcés Giraldo y otra. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. . . .106

CASACION. En el recurso no es suficiente presentar un criterio distinto al del juzgador. La posesión no es materia sujeta a peritación. Legitimatio ad causam. Por sentencia de 20 de febrero de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la acción de pertenencia promovida por Benjamín Agudelo Romero contra la sociedad "Urbanización Autopista, Lago de Chapinero Ltda". Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 114

CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION. La fijada en la demanda sin objeción alguna, gobierna todas las etapas del juicio. El señalamiento de la cuantía en un mínimo o máximo ciertos no ofrece motivo de duda y no puede luégo modificarse por avalùo pericial. Por providencia de 20 de febrero de 1.964, se declara bien denegado el recurso de casaciòn interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Ricardo Varela Almanza contra Ignacio Torres Turriago. Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava. 117

PRUEBAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA. Se ratifica la doctrina referente a que el vencimiento del período que otorga el artículo 758 del Código Judicial no precluye la incorporación de pruebas al proceso, cuando su no práctica o la demora en ella, no obedezcan a culpa de la parte interesada. Relaciones sexuales. Tesis revaluada y recogida actualmente en relación con la configuración de esta causal. Autonomía del sentenciador en la apreciación de la prueba indiciaria. Por sentencia de 20 de febrero de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario de filiación natural adelantado por Aura Rosa Franco, en nombre de sus menores hijos Hélida y Edgar Franco, contra María Palacios vda. de Molina y otros. Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava. 119

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Es directa la de las personas jurídicas privadas, por los daños que sus agentes causen a terceros. En la responsabilidad indirecta por los hechos ajenos, ésta no se sostiene sin las presunciones de culpa in eligendo e in vigilando. Responsabilidad civil por actividades peligrosas. Se rige por el artículo 2356 del C. Civil. Tacha de testigos. No puede alegarse en casación sin haber sido debatida en las instancias. Requisitos de la acusación por error de derecho. El examen de la prueba indicaria concierne a la autonomía del Tribunal. Por sentencia de 20 de febrero de 1.964, no sé casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por el hundimiento de una lancha, adelantado

por Emiro R. Esparragoza contra la Compañía de Navegación Santander S. A. Magistrado Ponente: Doctor Julián Uribe Cadavid. . . . 126

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL. La estimación de la prueba requiere ponderada ecuanimidad de criterio. Error de hecho y de derecho. Prueba testimonial. El análisis debe hacerse en conjunto y no aisladamente de pasajes de la misma. Compete al juzgador de instancia apreciar las calidades de responsividad exactitud y cabalidad de las declaraciones de testigos. Testimonios de diversidad acumulativa para la demostración de la posesión notoria del estado civil. Prueba no atacada en instancia. Se ratifica la doctrina atinente a los factores que se congregan en la posesión notoria del estado de hijo natural. Por sentencia de 21 de febrero de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario sobre filiación natural y otras peticiones promovido por Lylian o Ana Lylia Rojas o Ayerbe y otros contra el Municipio de Pitalito y otros. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón. 133

APELACIONES. Legitimación en el recurso. Nulidad. Por sentencia de 27 de febrero de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre simulación de una compraventa, promovido por Concepción Jiménez y otro contra la sucesión de Anatolio Tibaquirá Amaya y otros. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez. 144

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL NACIDA DE CULPA EXTRACONTRACTUAL O AQUILIANA. Concurrencia de culpas. La confesión extrajudicial no puede acusarse por error de derecho. Cosa juzgada. Aplicación y efecto probatorio en asunto civil y penal. Diferencia entre la violación directa de la ley, y la indirecta. Daño por culpa de la víctima. Límite del estudio de las pruebas en casación. Hecho de un tercero como causal de irresponsabilidad del demandado. Se reitera la doctrina sobre responsabilidad directa de las personas jurídicas por faltas de sus empleados y dependientes. Por sentencia de 29 de febrero 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario sobre indemnización de perjuicios materiales derivados de responsabilidad extracontractual promovido por José Miguel Arismendi contra el Banco de Bogotá - Sucursal de Sogamoso. Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada. 148

FILIACION NATURAL. Violación directa de la ley. Recurso de casación. Por sentencia de 2 de marzo de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario de filiación natural y petición de herencia promovido por Ofelia Domínguez contra la sucesión de Arnulfo Paredes Tenorio. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 169

REMATE DE COSA AJENA. A éste debe aplicársele el precepto del artículo 1871 del C. Judicial. Inoponibilidad. Distinción entre nulidad procesal y nulidad en punto de derecho sustancial. Por sentencia de 3 de marzo de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario sobre propiedad de un lote de terreno y nulidad de un remate adelantado por Virgilio J. Suárez contra Rafael María Lara. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón. 171

INCONGRUENCIA. No procede alegarla contra sentencia inhibitoria. Demanda. La interpretación corresponde al fallador de instancia. Por sentencia de 4 de marzo de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa y otras peticiones, promovido por Judith Peña Baena de Calonge contra Anibal Peña Baena. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 182

LA COMPETENCIA. Es prorrogable e improrrogable. Legitimacion en el proceso. Quién puede alegar nulidad por carencia de aquélla. Contra la sentencia inhibitoria no procede alegar incongruencia. Nulidad. La providencia que la declara es interlocutoria y no puede ser materia del recurso de casación. Presupuestos procesales. La falta de éstos genera sentencia simplemente formal. Errores en que se puede incurrir en la interpretación de la demanda. Por sentencia de 6 de marzo de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre nulidad de la inscripción de una hipoteca y otras peticiones promovido por Eladio Jaime Morales y otros contra Agustín Toro y otro. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 185

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Responsabilidad directa de las entidades públicas por "fallas del servicio". Violación de la ley. Condiciones para que la valoración de indicios hecha por el juzgador admita censura en casación. Presunción de

culpa por actividades peligrosas. Concurrencia de culpas. Por sentencia de 6 de marzo de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por accidente de tránsito, promovido por Pedro Amaya Escobar contra el Distrito Especial de Bogotá. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón. 192

CULPA AQUILIANA. PERJUICIOS POR DAÑOS A UN AUTOMOVIL PARTICULAR. No incide en lucro cesante; y el daño emergente se determina por el balance de varios factores que permiten calcular el menoscabo patrimonial efectivo, en el juicio o en el incidente del artículo 553 del C. Judicial. Por sentencia de 10 de marzo de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por los daños ocasionados a un automóvil particular, promovido por Ramón Molina Ospina contra Manuel Ramírez Cuéllar. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez. 199

ACCION RESOLUTORIA. La subsistencia de la mora recìproca de las partes en cumplir lo pactado, las despoja del amparo que brinda la acción. Por sentencia de 12 de marzo de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre resolución de un contrato promovido por José Antonio Umaña Camacho contra Enrique L. Camacho. Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava 204

HIJOS NATURALES. La confesión o reconocimiento de éstos sólo compete hacerla al presunto padre o madre. La violación de normas sobre pruebas no incide, por sí misma, en el recurso de casación. Los artículos 472, 612 y 616 del C. Judicial no son normas de caràcter sustancial. Causal 1a. de casación por violación de los arts. 607. inc. 2o., y 1769 del C. Judicial. Legitimación pasiva en la acción. La declaración de posiciones tiene carácter doble en materia probatoria. Error de derecho. Condiciones para que se configure. La Corte reitera la doctrina referente a que cuando se alega la causal de relaciones sexuales, es necesario acreditar quién es la madre del hijo que reclama la declaración judicial de paternidad natural. Por sentencia de 20 de marzo de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario sobre filiación natural y otras peticiones adelantado por Aura María Castillo Vásquez contra la sucesión de Benigno Castillo. Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada. 210

SALA DE CASACION PENAL.

RECURSO DE REVISION. Para atacar la cosa juzgada es necesario establecer con fuerte evidencia el error judicial. Con fecha 22 de enero de 1.964, la Corte niega el recurso de revisión de la sentencia que condenó a Miguel Angel González Vásquez como transgresor del Decreto 0014 de 1.955. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendòn Gaviria..... 223

DELITO DE ROBO CALIFICADO. Llave legítima usada ilegítimamente. Nuevo concepto sobre el verdadero sentido de la expresión empleada por el juzgador cuando califica el robo por el uso de llaves "sustraídas o falsas". Robo con escalamiento de muros. Circunstancias de agravaciòn del hurto para la individualización de la pena. Pena imponible. Con fecha 23 de enero de 1.964 se casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Pereira, que condenó a Reinaldo Pino Lenis y otros por el delito de robo. Magistrado Ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo..... 228

HOMICIDIO Y ROBO. CAUSALES CUARTA Y PRIMERA DE CASACION. Nulidad de tipo constitucional. Resulta impropio en derecho recurrir a analogías para extender a casos no previstos el art. 492 del C.de P.P. Garantía del derecho de defensa. Práctica de pruebas. El planteamiento de la nulidad en las instancias. Con fecha 24 de enero de 1.964 se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, que condenó a José Florencio Muñoz Alzate y otro, como responsables de los delitos de homicidio y robo. Magistrado Ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria.... 239

REVISION. Finalidad de este recurso. Cuándo hay lugar a revisión. Con la revisión, no se trata de crear dudas en torno a cuestiones ya definidas por los falladores, sino de señalar el grave error en que se incurrió al tomar por criminal a quien es inocente. Con fecha 25 de enero de 1,964 la Corte niega la revisión del proceso seguido a Nicasio Cuéllar C., quien fue sentenciado por el Tribunal Superior de Bogotá por el delito de hurto. Magistrado Ponente: doctor Samuel Barrientos Restrepo..... 244

IMPEDIMENTO. EL MINISTERIO PUBLICO NO TIENE, EN ESTRICTO SENTIDO, LA CALIDAD DE PARTE EN EL PROCESO PENAL. Con fecha 27 de enero de 1.964, la Corte declara infundado el impedimento manifestado por el doctor Aurelio Valencia Sierra, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, para conocer del proceso seguido a Miguel Angel Velásquez Loaiza. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez. 251

DELITO DE ROBO .INVOCACION DE LAS CAUSALES DE CASACION PREVISTAS EN LOS ORDS. 2o., 1o. y 4o. DEL ART. 567 DEL C. PENAL. MERITO DEL ACERVO PROBATORIO. CORRECTA APLICACION DEL ART. 404 DEL C. PENAL, EN CONCORDANCIA CON EL 1o. DEL DECRETO 2184 DE 1.951. INFUNDADA NULIDAD PROCEDIMENTAL ALEGADA POR EL RECURRENTE. Con fecha 31 de enero de 1.964, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, que condenó a Pedro Jesús y a Luis Jesús Rodríguez Archila como responsables del delito de robo. Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres. 253

HURTO CONTINUADO. Causal segunda. Mérito del recaudo probatorio. Pretender oponer un criterio estimativo de la prueba el impugnador al criterio de los Jueces, no conduce a evidenciar el error o la indebida interpretación de los hechos. Prueba indiciaria. Con fecha 31 de enero de 1.964, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a José María Escallón Baracaldo como autor responsable del delito de hurto continuado. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria..... 259

VIOLENCIA CARNAL AGRAVADA. Yerro en la estimación de las pruebas. Dictamen médico-legal. Discordancia entre la sentencia y el auto de proceder. Alcance de "grave daño en la salud de la víctima", para los efectos de la agravación de la violencia carnal. Legislación comparada. Clasificación de las lesiones personales. Violación de la ley sustantiva, por indebida aplicación del art. 318 del C. P. y de los ordinales 1o. y 3o. del art. 317 ibìdem. Con fecha 7 de febrero de 1.964 se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, dictada en el proceso seguido a Eliseo Boyacá Suesca por violencia carnal. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez..... 266

HOMICIDIO. Sentencia y veredicto. La causal 1a. solo es procedente cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo. La Sala de Casación Penal no es un tribunal de tercera instancia. Las nulidades constitucionales y el derecho de defensa. Con fecha 7 de febrero de 1.964, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Pereira, que condenó a Domingo Antonio García Marín, como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres. 276

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. Con fecha 12 de febrero de 1.964, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Sixto Bulla Valenzuela, como responsable de los delitos de homicidio y robo. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez.. 280

LESIONES PERSONALES Invocación de nulidad por pretermitir la determinación del delito en la parte resolutiva de un fallo condenatorio. Violación de la ley por falta de aplicación del inciso 2o. del art. 374 del C. Penal y por indebida aplicación del inciso 2o. del art. 273 de la misma obra. Con fecha 13 de febrero de 1.964, se invalida la sentencia acusada del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio de la cual se condenó a Adolfo Trigos Bayona por el delito de lesiones personales. Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres..... 287

HOMICIDIO. PETICION DE NULIDAD DEL PROCESO CON BASE EN LA CAUSAL CUARTA DE CASACION PENAL. Características y alcance de la causal segunda. Causal quinta. Técnica de la demanda. Con fecha 13 de febrero de 1.964, no se casa la sentencia acusada del Tribunal Superior de Tunja, que condenó a Fabio Nevardo Páez como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta.... 291

RECURSO DE REVISION. Motivos señalados en los numerales 3o. y 5o. del art. 571 del C. de P. P. Prueba indiciaria. Presunción de verdad que ampara la cosa juzgada. Con fecha 13 de febrero de 1.964, la Corte niega la revisiòn del proceso seguido contra Armando Calderón Rodríguez por el delito de estafa. Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo..... 297

ABUSO DE AUTORIDAD. Elementos objetivos y subjetivos del delito. Morosidad en el trámite de los negocios a cargo del funcionario. Con fecha

15 de febrero de 1.964, la Corte confirma la providencia del Tribunal Superior de Cartagena proferida en el proceso adelantado al doctor Pablo Mendoza Blanco, sindicado por abuso de autoridad en el desempeño del cargo de Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés (Islas). Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez..... 308

CONTRABANDO. Diligencia de reconocimiento y avalúo de mercancías. La omisión en notificar el auto que la ordena, no está erigida en causal de nulidad: constituye solamente una informalidad. "Infractor" de las disposiciones sobre contrabando. El elemento "a sabiendas" de la procedencia ilegítima de mercancía importada en contravención a las leyes. Para fundar el recurso de casación se requiere que el error en la apreciación de las pruebas sea protuberante. Con fecha 21 de febrero de 1.964, no se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas que condenó a Alvaro Delgado Fernández, como responsable del delito de contrabando. Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo. ... 312

HOMICIDIO. CAUSALES 4a., 3a. y 1a. DE CASACION. FIN PERSEGUIDO POR LA LEY PROCESAL PENAL. LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD ES MATERIA EXCLUSIVA DE LA CAUSAL 2a. FACULTAD DEL TESTIGO PARA DECLARAR O ABSTENERSE DE HACERLO. SEVICIA. DESACUERDO ENTRE LA SENTENCIA Y EL VEREDICTO DEL JURADO. Con fecha 21 de febrero de 1.964, la Corte invalida parcialmente la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá, que por el delito de homicidio (asesinato) condenó a José Antonio Guacamene Pérez. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 320

HOMICIDIO AGRAVADO Y DELITO DE ROBO. Estimación en el auto de proceder de la confesión hecha por el procesado. Las cuestiones de hecho previstas en la causal 2a. no procede discutirlas en juicios tramitados con intervención del jurado. Cargo genérico por el cual se llamó a juicio al procesado con relación al delito contra la propiedad. Con fecha 26 de febrero de 1.964, no se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, por la cual se condenó a Jorge Eleazar Murcia Gutiérrez, como responsable de los delitos de homicidio y robo. Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo. 326

HOMICIDIO. EL EXAMEN DE LA PRUEBA OBRANTE EN EL PROCESO NO PUEDE EMPRENDERLO LA SALA CON APOYO EN LA CAUSAL CUARTA, SINO EN LA SEGUNDA. DISCREPANCIA EN LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD ENTRE LOS FALLADORES DE SEGUNDA INSTANCIA Y LA DEFENSA. SENTENCIA. CAUSAL QUINTA DE CASACION. Con fecha 26 de febrero de 1.964, la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, por medio de la cual se condenó a Alfonso Ortega Solorzano por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncàllo Acosta ... 339

NULIDADES DE CARACTER CONSTITUCIONAL. Con fecha 27 de febrero de 1.964, la Corte no invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual se condenó a Hernando Castrillón Sierra, como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 344

DELITO DE ROBO. Error de hecho. Presunción de responsabilidad por conducta no establecida en el proceso. Causales 4a., 2a. y 1a. de casación penal. Con fecha 6 de marzo de 1.964, la Corte invalida la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Buga, por medio de la cual condenó a Víctor Manuel Aragón Perafán por el delito de robo. Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 352

IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE CRITERIO DE LOS JUECES DE CONCIENCIA. VIOLACION DEL ART. 493 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Con fecha 6 de marzo de 1.964, la Corte invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Antonio y Pedro Alvarado Hernández por el delito de homicidio agravado. MagistradoPonente: Doctor Primitivo Vergara Crespo..... 363

COLISION DE COMPETENCIAS PLANTEADA ENTRE JUZGADOS SUPERIORES. EL CONTRATO DE SEGURO NO ES ELEMENTO DEL CUERPO DEL DELITO QUE DEFINE EL ART. 417 DEL CODIGO PENAL. IGUALMENTE, NO ES MENESTER, PARA QUE ESTA INFRACCION QUEDE CONSUMADA, QUE EL PROVECHO ILICITO BUSCADO POR EL AGENTE SEA OBTENIDO. Con fecha 11 de marzo de 1.964, la Corte di-

rime la colisión de competencias planteada entre los Juzgados Primero Superior de Bogotá y Primero Superior de Pasto, en el sentido de declarar que el proceso seguido por falsedad y estafa contra Carlos Velasco Guerrero y otros corresponde al Primero de los Jueces nombrados. Migistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez..... 368

SENTENCIA VIOLATORIA DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO POR CERCENAR FUNDAMENTALMENTE EL DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO. CONSECUENCIAS DEL FALLO DE INEXEQUIBILIDAD. PRUEBAS EN LA SEGUNDA INSTANCIA EN PROCESOS TRAMITADOS DE CONFORMIDAD CON EL DECRETO 012 DE 1.959. SU IMPORTANCIA COMO MEDIO DE DEFENSA DEL PROCESADO. Con fecha 12 de marzo de 1.964, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual se condenó a Santos Góngora Bustos por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta.....373

REVISION. Con fecha 16 de marzo de 1.964, la Corte ordena la revisión del proceso por "deserción", adelantado contra Alfonso Merino Erazo en el Batallón de Infantería No. 14 "Ricaurte" de Bucaramanga. Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo.....379

SALA DE CASACION LABORAL.

PENSION DE JUBILACION A FAVOR DE LOS EMPLEADOS OFICIALES. Régimen legal de esta prestación social. El sueldo básico para liquidarla es el que se haya devengado en el último año de servicios, que bien puede ser posterior al vigésimo. 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, solamente cuando dicha Caja o Institución esté obligada a cubrir alguna cuota de dicha pensión. Naturaleza jurídica del Banco Popular. Por sentencia de 30 enero de 1.964, la Corte Suprema de Justicia, casa parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral de Rafael Tangarife C. contra el Banco Popular y otras entidades. Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo. 383

SALARIO FIJO Y SALARIO VARIABLE. RETRIBUCION DEL DESCANSO DOMINICAL Y FESTIVO. SALARIO A COMISION Y SALARIO A DESTAJO. 1. El salario por unidad de tiempo es tipo de asignación fija. El salario que define el artículo 133 del Código del Trabajo se concreta a los que llevan el nombre de sueldo y jornal únicamente. Sueldo y salario variable son categorías jurídicas diferentes. 2. Para efecto de la remuneración de los descansos legales la ley laboral hace distinciones. El salario a base de sueldo incluye la remuneración de los descansos dominicales y festivos. Cualquiera otra especie de remunerción, fija o variable, deja por fuera la deuda correspondiente a los referidos descansos. 3. Comparación entre el salario a comisión y el salario a destajo. Por sentencia de 30 de enero de 1.964, la Corte no casa la condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral promovido por Fabio Duque contra "Sears Roebuck S. A." domiciliada en dicha ciudad. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez. . . . 393

RECLAMACION DE HONORARIOS PROFESIONALES. PRUEBAS. TECNICA DE CASACION. 1. Sentido y alcance del Decreto 456 de 1. 956, sobre reconocimiento y cobro de servicios personales de carácter privado. 2. Los servicios médicos pueden acreditarse por cualesquiera medios probatorios, aunque el valor de los mismos pase de quinientos pesos. 3. Técnica del recurso de casación referida al error evidente de hecho. 4. En materia de aducción y práctica de pruebas, las partes tienen que sujetarse a las respectivas normas procesales. Por sentencia de 31 de enero de 1.964, la Corte no casa la absolutoria pronunciada por la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por el médico Francisco Cuevas García contra la sucesión de Carlos Rodríguez Maldonado. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A 404

RETRIBUCION DEL DESCANSO EN DIAS DOMINICALES Y FESTIVOS. SUELDO Y COMISION. INDEMNIZACION MORATORIA. Reiteración de doctrinas sobre los distintos tipos de salario, con discriminación de los que incluyen el pago de los descansos legales y los que no incluyen tal pago. Diferenciación entre salario a comisión y salario a sueldo. Exención de la condena por perjuicios moratorios. Por sentencia de 31 de enero de 1.964, la Sala de Casación Laboral no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bo-

gotá en el juicio ordinario promovido por Emma Esperanza Rocha de Padilla contra la sociedad denominada "Sears Roebuck". Magistrado Ponente: Dr. Josè Joaquín Rodríguez. 411

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LEGALES DEL TRABAJADOR. SALARIOS FIJOS Y SALARIOS VARIABLES. DESTAJO Y SUELDO. por sentencia de fecha 5 de febrero de 1.964 la Corte no casa el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario promovido por Efraín Mejía Peláez contra la Sociedad Anónima "Sears Roebuck" domiciliada en esa ciudad. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodriguez 421

EL SALARIO Y SUS FORMAS FUNDAMENTALES. REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LELEGALES. 1. El salario. El salario por unidad de tiempo y el salario por resultado. Jornal y sueldo son especies del salario fijo. Diversidad de modalidades del salario por resultado. Régimen legal de la remuneración del descanso para el trabajador a jornal, para el trabajador a sueldo para los tipos de remuneraciones variables. 2. Sueldo, jornal y comisión. Límites de la libertad contractual en el campo laboral. El derecho del trabajador a los descansos legales. 3. Aplicabilidad de la regla del artículo 176 del Código del Trabajo. Por sentencia de 7 de febrero de 1.964, la Corte Suprema de Justicia no casa la dictada por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario laboral adelantado por Arturo Iván Sánchez Zapata contra "Sears Roebuck del Caribe". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez. 427

LA FORMA DE SALARIO Y LA REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LEGALES. INDEMNIZACION MORATORIA. INPOSICION DE COSTAS. La corte ratifica sus doctrinas relacionadas con las distintas categorías de salarios que reconoce la ley y la importancia de esta clasificación en orden de establecer cuáles incluyen el pago de los descansos legales a que tiene derecho el trabajador y cuáles no incluyen este pago. Criterio jurisprudencial sobre aplicación atemperada de la norma sobre indemnización moratoria. No hay base para sostener que las normas sobre imposición de costas revistan carácter sustantivo para fines de la casación. Por sentencia de fecha 11 de febrero de 1.964, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotà en el juicio ordinario laboral promovido por Rómulo Ramírez contra la Sociedad Anónima denominada "Sears Roebuck de Bogotá". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez... 433

DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. INDEMNIZACION MORATORIA. COSTAS JUDICIALES. Reafirma la Sala sus doctirnas sentadas en fallos anteriores. Por sentencia de 13 de febrero de 1.964, dictada en el juicio ordinario Laboral promobido por Ildefonso Unigarro López contra la Sociedad Anónima denominada "Sears Roebuck de Colombia", la Sala no casa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotà. Magistrado Ponente: Dr. Josè Joaquín Rodríguez... 442

REMUNERACION DE DESCANSOS DONINICALES Y FESTIVOS. REAJUSTES DE CESANTIA Y PRIMAS DE SERVICIO. REITERACION DE DOCTRINAS YA EXPUESTAS. Por sentencia de 17 de febrero de 1.964, la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario de Jaime Castellanos Morris contra "Sears Roebuck de Bogotá". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 449

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LEGALES. EL SALARIO Y SUS FORMAS. LA SALA REITERA DOCTRINAS RECIENTEMENTE EXPUESTAS. Por sentencia de 25 de febrero de 1.964, la Sala de Casación Laboral no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Jaime Bernal Maldonado contra "Sears Roebuck de Colombia". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez..... 455

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. REAJUSTE DE PRESTACIONES SOCIALES. SALARIOS DE PLAZO PRESUNTIVOS. La Sala ratifica sus doctrinas sobre las nociones legales de sueldo y jornal, la clasificación de los salarios, las limitaciones de la libertad contractual en materia laboral, en relación con el cómputode lo debido al trabajador por descansos legales. Por sentencia de 5 de marzo de 1.964, la Sala de Casación Laboral de la Corte no casa la dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario adelantado por Josè Rodríguez Gómez contra "Sears Roebuck de Colomdia".

Magistrado Ponente: Dr. Josè Joaquin Rodríguez..... 460

RECURSO DE HOMOLOGACION. NATURALEZA Y FUENTES DEL ARBITRAJE SEGUN SUS DISTINTAS ESPECIES. EL COMPROMISO Y LA CLAUSULA COMPROMISORIA. PODERES Y LIMITACIONES DE LOS ARBITROS. CONTRATO DE TRABAJO Y PLAZO PRESUNTIVO. TRIBUNALES O COMISIONES PERMANENTES DE CONCILIACION Y ARBITRAJE. 1. Importante papel de las asociaciones profesionales de trabajadores y patronos en la vida económico social de los pueblos. La tutela intervencionista y la libertad colectiva de las asociaciones obrero patronales. 2. Conciliación obligatoria y arbitraje voluntario. Arbitraje obligatorio en los conflictos que afectan los servicios públicos. 3. Naturaleza y efectos jurídicos del laudo arbitral segùn decida cuestiones de índole económica o de índole jurídica. Control judicial del laudo mediante el recurso de homologación. Amplitud de las facultades del àrbitro que decide cuestiones de naturaleza económica. En los conflictos en que se discuten cuestiones de derecho, el árbitro no tiene otro poder que el de aplicar el derecho tal cual es. 4. Papel que desempeña el plazo presuntivo en el contrato de trabajo. Nulidad del laudo en cuanto dispuso que la Empresa no podrá invocar el plazo presuntivo como causa de terminación del contrato. 5. El proceso arbitral y la libertad de las partes. Semejanzas y diferencias entre el compromiso y la cláusula compromisoria. Tanto el uno como la otra presuponen un acuerdo fundamental entre las partes y tienen, por lo mismo, los caracteres de un contrato con objeto y contenido no solo procesales, sino también capaces de afectar el régimen de ejercicio de las acciones en sentido sustancial y la suerte de las mismas. Requisitos legales de forma y de contenido del compromiso y la cláusula compromisoria. Es equivocada la interpretación que pretende ver en el decreto 2017 de 1.952 la posibilidad de considerar al laudo arbitral como fuente del arbitraje. Los árbitros no pueden sustituir a las partes en conflicto a efectos de deferir al arbitraje permanente la solución de las controvercias que entre ellas puedan presentarse. El arbitraje obligatorio tampoco puede tener origen en el compromiso o la clàusula compromisoria, que suponen un acuerdo de las partes; nace del poder coercitivo del Estado que impone el sistema a través de la ley. Por otra parte, el arbitraje obligatorio no tiene vigencia indefinida sino temporal y aplicación específica para un determinado caso. Por sentencia de 16 de marzo de 1.964, la Sala de Casación Laboral de la Corte resuelve el recurso de homologación interpuesto contra el laudo de fecha 11 de diciembre de 1.963, proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento convocado para dirimir el conflicto colectivo existente entre el Sindicato de Trabajadores del Instituto de Fomento Algodonero y el mencionado Instituto. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 465

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. SALARIOS FIJOS Y SALARIOS VARIABLES. DOCTRINAS DE LA SALA. REAJUSTE DE PRESTACIONES. Por sentencia de 18 de marzo de 1.964, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, no casa la dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral establecido por Manuel Guillemo Borda Sáenz contra la Sociedad "Sears Roebuck de Colombia". Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A 483

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. REAJUSTE DE PRESTACIONES SOCIALES. EXENCION DE LA SANCION MORATORIA. Ratificación de doctrinas relacionadas con la clasificación de los salarios y su influencia en la remuneración de los descansos legales a que tiene derecho el trabajador. Jurisprudencia de la Corte sobre exención de la sanción moratoria. Por medio de sentencia de fecha 18 de marzo de 1.964, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del juicio promovido por Ricardo Gómez Lizarralde contra la Sociedad denominada "Sears Roebuck de Colombia S. A.". Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 488

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS DOMINICALES Y FESTIVOS. REAJUSTE DE PRESTACIONES. RATIFICACION DE DOCTRINAS RECIENTEMENTE EXPUESTAS POR LA SALA. Por sentencia de 18 de marzo de 1.964, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, no casa la dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario que Federico Dávila Rueda promovió contra la Sociedad Anónima denominada "Sears Roebuck de Bogotá". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodriguez..... 496

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LEGALES DEL TRABAJADOR. DOCTRINAS DE LA SALA. Por sentencia de 20 de marzo de 1.964, la Sala de Casación Laboral de la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio ordinario de José María Palacio González contra "Sears Roebuck de Colombia S. A.". Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 501

REMUNERACION DE LOS DESCANSOS LEGALES DEL TRABAJADOR. REAJUSTE DE PRESTACIONES SOCIALES. Reafirma la Sala sus doctrinas sobre salario fijo y salario variable y sobre la incidencia de esta clasificación para fijar la remuneración de los descansos legales. Por sentencia de 20 de marzo de 1.964, la Sala de Casación Laboral no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Héctor Villegas López contra la Sociedad denominada "Sears Roebuck de Colombia S.A.". Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 506

JORNADA ORDINARIA Y TRABAJO SUPLEMENTARIO. REMUNERACION DE HORAS EXTRAS. LA VOLUNTAD CONTRACTUAL FRENTE A LA LEY Y AL REGLAMENTO INTERNO DE LA EMPRESA. 1. La remuneración de los descansos legales y la del trabajo suplementario tienen, cada una, su régimen legal propio. 2. Bien pueden las partes convenir una jornada inferior a la máxima legal; en tal caso, la que exceda de la pactada es trabajo suplementario. Si el contrato es más favorable al trabajador que el reglamento interno de la empresa, al primero le corresponde la prevalencia, por voluntad de los contratantes. 3. Es a la ley y no al patrono a quien corresponde estatuír cuándo y porqué causas un derecho legítimante adquirido puede estimarse extinguido. 4. Para el derecho del trabajo tiene la misma significación el servicio realmente prestado que aquél en que el empleado, sin ejecutar contínuamente la labor, se halla a órdenes del patrono. Por sentencia de 21 de marzo de 1.964, la Corte casa el fallo absolutorio proferido por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio ordinario laboral promovido por el médico Manuel García Núñez contra la "Colombian Petroleum Company". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez. 511

ERRORES DE TECNICA EN EL RECURSO DE CASACION. CONTRATOS DE TRABAJO, CON LA ADMINISTRACION, EN OBRAS PUBLICAS. ERRONEA INTERPRETACION DEL ARTICULO 4º. DEL DECRETO 2127 DE 1.945. 1. Siendo diferente la errónea interpretación de la ley y su infracción por vía indirecta a través de errores de hecho, no es posible acusar quebranto de ella por ambos motivos simultáneamente. Tampoco pueden ser iguales las razones que conduzcan a establecer infracción de la ley de modo directo e indirecto. El quebranto de la ley por equivocada interpretación de ella no se vincula a errores de hecho. Es el falso entendimiento que de ella se tenga, con prescindencia de las pruebas, lo que puede dar lugar a un error de juicio por el indicado concepto. 2. El personal adscrito a la construcción o sostenimiento de una obra pública de la Nación, o de las entidades secundarias de derecho público, queda comprendido dentro de la excepción consagrada en el artículo 4o. del Decreto 2127 de 1.945, tanto el que realiza labores simplemente materiales, como el que desempeña funciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza. Por sentencia de fecha 31 de marzo de 1.964, la Sala de Casación Laboral de la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Miguel J. Salazar Barona contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez. 521

SALA DE NEGOCIOS GENERALES.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA NACION POR EL HECHO DAÑOSO DE UN SOLDADO DEL EJERCITO NACIONAL. Por sentencia de 30 de enero de 1.964, la Sala de Negocios Generales de la Corte revoca la proferida por el Tribunal Superior de Buga y en su lugar dicta fallo condenatorio en el juicio ordinario de perjuicios promovido por Joaquín Gómez Jiménez en su propio nombre y en el de su menor hijo, contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo.... 529

INCIDENTE DE ACUMULACION. SUSPENSION DEL CURSO DEL JUICIO. Por regla general, conforme a lo dispuesto en el artículo 393 del C. Judicial, ningún incidente suspende el curso del juicio; y el de acumulación no está previsto dentro de las excepciones a que se refiere la mencionada disposición. El Código de Procedimiento Civil ha reglamentado en forma diferente el incidente

de acumulación, según que los procesos se hallen en el mismo juzgado o se adelanten en juzgados diferentes. La suspensión prevista, en forma puramente excepcional, por el artículo 409 del C. Judicial, no puede aplicarse sino cuando los procesos se hallan en poder de diferentes Juzgados, no en cuanto afecta a los que conoce la misma Sala de la Corte o Tribunal. En el juicio adelantado contra la Nación por Oswaldo R. Buckle, sobre propiedad del subsuelo petrolífero, por medio de auto de 5 de febrero de 1.964, se niega la reposición solicitada. Magistrado Sustanciador: Dr. Efrèn Osejo Peña..... 535

ACCION DE DOMINIO DEL SUBSUELO PETROLIFERO. SALIDA DEL PREDIO DEL PATRIMONIO ESTATAL. PRESCRIPCION ADQUISITIVA POR EXPLOTACION ECONOMICA. 1. Elementos fundamentales de la acción sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero. 2. Comprobación de la salida del predio del patrimonio estatal. Requisitos para que pueda suplirse el título original. 3. Condiciones requeridas en cuanto a prueba de la prescripción adquisitiva de terrenos, por explotación económica. Con fecha 14 de febrero de 1.964, la Sala de Negocios Generales dictó sentencia absolutoria en el juicio ordinario de petróleos adelantado por Luis María Sarmiento Parra y Alfredo Sarmiento Parra contra la Nación. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araùjo Grau. 537

TITULO EJECUTIVO. EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES. MORA Y PAGO DE INTERESES. 1. El documento ejecutivo no puede ser completado para establecer la existencia de la obligación, pero no hay impedimento legal alguno de que se adjunten documentos para establecer la liquidez del crédito. 2. La iniciativa para el cumplimiento de la obligación corresponde al deudor. 3. Los intereses a que se concreta la indemnización de perjuicios por la mora en el pago de una cantidad de dinero. Por providencia de fecha 17 febrero de 1.964, la Sala confirma en todas sus partes el auto apelado por el cual se dictó mandamiento de pago en el juicio ejecutivo de Zoila Checa de Ortíz contra el Departamento de Nariño, dictado por el Tribunal Superior de Pasto. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña..... 544

JURISDICCION COACTIVA. Competencia de los Jueces de Ejecuciones Fiscales. A quiénes corresponde el conocimiento de las apelaciones interpuestas contra las providencias dictadas por ellos. Por providencia de fecha 20 de febrero de 1.964, se abstiene la Sala de avocar el conocimiento del recurso de apelación interpuesto contra el auto por el cual se libró mandamiento de pago, por jurisdicciòn coactiva, contra Hella Maunnheim de Salomón en favor de la Tesoreria General de la Nación, auto dictado por el Juez 1o. Nacional de Ejecuciones Fiscales. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña..... 548

PETROLEOS. PRUEBA DE LA SALIDA DE LAS TIERRAS DEL PATRIMONIO NACIONAL. DOCUMENTOS SUPLETORIOS. JUSTA PRESCRIPCION INMEMORIAL. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA. ACUMULACION. 1. Las pruebas supletorias autorizadas por el artículo 36 del Código de Petróleos, han de consistir en documentos públicos de origen oficial, no en documentos privados. 2. Si los poseedores de tiempo inmemorial no cumplieron en su oportunidad con la obligación legal de sacar los títulos, no adquirieron por el modo de la prescripción. 3. Qué comprende el efecto vinculante de la cosa juzgada. Por sentencia de 5 de marzo de 1.964, la Sala de Negocios Generales de la Corte absuelve a la Nación, en los juicios acumulados sobre petróleos, en que figuran como demandantes Torres y Compañía Limitada, Inés Durán de Muñóz, Lucía Convers de Nùñez, y muchos otros. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau. 551

PETROLEOS. PRESUPUESTOS DE ESTA CLASE DE ACCIONES. COMO SE ACREDITA LA SALIDA DEL TERRENO DEL PATRIMONIO DEL ESTADO. DETERMINACION DE LINDEROS ANTIGUOS. Hechos fundamentales que deben acreditarse para que prospere la acción de dominio particular del subsuelo petrolífero. En qué consiste la demostración de que el predio salió del patrimonio del Estado en forma legal con anterioridad al 28 de octubre de 1.873. Por sentencia de 9 de marzo de 1.964, se absuelve a la Nación en el juicio ordinario, sobre propiedad del subsuelo petrolífero, iniciado por José Jesús Salazar y Hernando Salazar Mejia. Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau. 557

OPOSICION A LA CONCESION DE UNOS YACIMIENTOS DE MANGANESO. FALTA DE IDENTIFICACION DEL PREDIO OBJETO DE LA ANTIGUA MERCED. TITULOS ORIGINALES Y DOCUMENTOS SUPLETORIOS. DICTAMEN PERICIAL. PRESCRIPCION INMEMORIAL. Por sentencia de 9 de marzo de 1.964, se revoca el fallo ape-

lado, dictado por el Tribunal Superior de Medellín, y en consecuencia declara infundada la oposición hecha por Cèsar Castañeda, Samuel Botero Peláez, Ana Luisa Botero Ochoa, Aurelio Bedoya y Emilia P. de Botero para la exploración y explotación de unas minas de manganeso. Magistrado Ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 565

ACCION ESPECIAL DE LANZAMIENTO. CESION DE LOS CONTRATOS. VENTA DE MEJORAS Y CESION DEL ARRIENDO. SUBARRIENDO. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO. NATURALEZA Y EFECTOS DEL REQUERIMIENTO. 1. La doctrina no admite la cesión de los derechos y obligaciones originados del contrato, sino cuando haya sido autorizada por las mismas partes. Basta el consentimiento tácito para convalidar la cesión. El arrendatario no puede ceder el arriendo sin la autorización o concurrencia del arrendador. Tal prohibición, sin embargo, es de orden privado y por lo mismo susceptible de modificación convencional. Aprobada la cesión por el arrendador, el cesionario sustituye al arrendatario directo. 2. La venta que el arrendatario hace a un tercero de las mejoras puestas en el predio arrendado, no implica por sí misma la cesión del arriendo. Por sentencia de fecha 12 de marzo de 1.964, dictada en el juicio de tenencia o lanzamiento promovido por el señor Gobernador de Antioquia contra la Sociedad "Industrias de Maderas S. A.", la Sala de Negocios Generales de la Corte revoca la sentencia apelada, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, y en su lugar decreta el lanzamiento de la entidad demandada. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano. 580

ERRATAS ADVERTIDAS

En la página 145, encabezamiento, dice: "21 de febrero de 1.964" en vez de "27 de febrero de 1.964"

En la página 192, columna 2a. punto 5o. del extracto, dice: El ordenamiento del artículo 2356 del C. Civ.", en vez de: "El ordenamiento del artículo 2357 del C. Civ."

Pág. 253, título, cuarto renglón, dice: "FUNDADA NULIDAD PROCEDIMENTAL. . ." en vez de: INFUNDADA NULIDAD PROCEDIMENTAL. . . ."

La corrección de las pruebas del presente volúmen, estuvo a cargo de la Gerencia del Fondo Rotatorio Judicial.

NOTA DE LA RELATORIA

Termina aquí el Tomo 106 de la Gaceta Judicial, comprensivo de los fallos y demás providencias dictadas por la Corte durante el primer trimestre de 1.964. El tomo 107 abarcará el segundo trimestre, el 108 el tercero y 109 el cuarto. Los índices y la jurisprudencia de todo el año aparecerán en un solo volumen, que por sí solo formará el Tomo 110. Para lo sucesivo queda planeado de la misma manera, de suerte que en un tomo separado se recoja toda la jurisprudencia, año por año, a partir del Tomo 101, no publicado todavía, que cronológicamente corresponde al primer trimestre de 1.963.

La coyuntura de la terminación del ciclo formado por los cien primeros tomos de la Gaceta Judicial, nos ha hecho ver claramente que tal era la ocasión más indicada para introducir esta modalidad, que en rigor es la única que se ajusta a las normas que rigen la publicación de la Gaceta, (art. 11 del Decreto 62 de 1.887 y art. 6º. de la ley 169 de 1.896), conforme a las cuales, así los índices como la recopilación clasificada de la jurisprudencia deben publicarse una vez por año, disposición muy razonable, dado que la multiplicidad de índices crea dificultades a la consulta. La variante indicada, a más de otras ventajas, permitirá ir formando la serie o colección de volúmenes de Jurisprudencia de la Corte, ideal éste que se venía considerando poco menos que imposible de realizar.

El inmenso acopio de sentencias que están pendientes de su publicación, se distribuirá, pues, de la siguiente manera: Cuatro tomos de fallos (del 101 al 104) y uno de Jurisprudencia e índices (el 105), para el año de 1.963. Otros cinco (del 106 al 110) para el año de 1.964, ditribuídos de la misma manera. Con el Tomo 111 empezará lo correspondiente al presente año. Aparte de lo relacionado, también se encuentran pendientes de publicación dos grandes tomos del año de 1.961 (el 96 y el 97), y otros dos más (el 99 y el 100) del año 62.

Ante la enormidad de esta tarea, acumulada por la prolongada interrupcion de las publicaciones, el Ministro de Justicia y su Secretario General, el señor Presidente de la Corte y el Gerente del Fondo Rotatorio Judicial, operando de común acuerdo, lograron hallar y poner en marcha una solución que por su importancia está llamada a hacer recobrar la esperanza de poner nuevamente al día la Gaceta Judicial. La presente entrega es el primer fruto de este tan loable empeño.

LUIS IGNACIO SEGURA A.
Relator de la Corte.