REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMOS CXI Y CXII

BOGOTA, D. E. — TALLERES GRAFICOS DE LA PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA — 1974

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

SALA PLENA

Doctor José Hernández Arbeláez, *Presidente*
Doctor Gustavo Fajardo Pinzón, *Vicepresidente*
Doctor Ricardo Ramírez L., *Secretario*

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor Enrique Coral Velasco, *Presidente*
Doctor Ricardo Ramírez I., *Secretario*
MAGISTRADOS: Doctores:

Enrique Coral Velasco
Gustavo Fajardo Pinzón
Ignacio Gómez Posse
José Hernández Arbeláez
Enrique López de la Pava
Arturo C. Posada

SALA DE CASACION PENAL

Doctor Samuel Barrientos Restrepo, *Presidente*
Doctor 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

Doctor Adán Arriaga Andrade, *Presidente*
Doctor Vicente Mejía Osorio, *Secretario*
MAGISTRADOS: Doctores:

Luis Alberto Bravo
Adán Arriaga Andrade
Luis Fernando Paredes A.
José Joaquín Rodríguez

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Doctor Efrén Osejo Peña, *Presidente*
Doctor Jorge García Merlano, *Secretario*
MAGISTRADOS: Doctores:

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

RELATORIA

Relator:
Doctor Diego E. Cristancho M.
Relator Judicial Auxiliar:
Doctor Carlos Manuel Gutiérrez E.

Enero a Junio de 1965.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

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

TOMOS CXI - CXII — Bogotá, D. E. — Enero a Junio de 1965 — Números 2276 - 2277

Sala Plena

Extractos de Jurisprudencia de esta Sala, a cargo del Relator de entonces Doctor Diego E. Cristancho.

Congratulación de la Corte al Doctor Eduardo Fernández Botero por la publicación de una obra de Derecho Público

Proposición aprobada en Sesión Plenaria de fecha enero 14 de 1965:

"La Corte Suprema de Justicia - Sala Plena - felicita sinceramente al Doctor Eduardo Fernández Botero, Jurista y Catedrático de reconocidos méritos, por la publicación de su importante obra de Derecho Público "Las Constituciones Colombianas Comparadas", apreciable aporte al estudio de las instituciones políticas que contribuye a divulgar e interpretar acertadamente el Derecho Público colombiano.

Transcríbase al Doctor Eduardo Fernández Botero, a la Universidad de Antioquia y publíquese en la Gaceta Judicial".

QUEJA CONTRA MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR POR EL EJERCICIO DE UNA FUNCION NO ATRIBUIDA POR LA LEY AL FUNCIONARIO.

Proceso por falso testimonio tramitado por el procedimiento señalado en el Art. 13 de la Ley 48 de 1936, en concordancia con el Art. 2º del Decreto 1426 de 1950. Intervención del Presidente del Tribunal y del Fiscal de la Corporación en la actuación del Juzgado, que motivó la revocación del auto que ordenaba el trámite a seguir, disponiendo optar por el procedimiento ordinario. Entre las atribuciones que le confieren a un Presidente de Tribunal Superior los Arts. 53 y 85 del C. J., no tiene la de indicar a los Jueces el procedimiento en los negocios de que viene conociendo. En el caso de autos, no se trataba de orden perentoria sino de una insinuación, ya que era el Juez, quien con la soberanía propia de sus funciones debía resolver si el querellado tenía o no razón en sus observaciones. La actuación ligera e inconsulta del Magistrado, no es configurativa de falta que merezca sanción disciplinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. Bogotá, enero veintinueve de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada.

En el Juzgado 2º Penal del Circuito de Tuluá se adelantaba el sumario contra José de Jesús Puerta Quintero por falso testimonio en virtud de denuncia presentada por María Vitalia Quintero O.

Con fecha 8 de mayo de 1963, el Juzgado, luego de haber rendido indagatoria el procesado y siguiendo el procedimiento señalado por el artículo 13 de la Ley 48 de 1936, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1426 de 1950, decretó la detención del procesado, abrió a prueba el negocio por ocho días, y señaló el quinto hábil después de vencido el término probatorio para celebrar audiencia pública.

El 16 del mismo mes de mayo, el apoderado de Puerta Quintero se dirigió al Presidente del Tribunal Superior de Buga, para ponerle en conocimiento la investigación penal abierta contra aquél, y especialmente para darle cuenta de que se estaba siguiendo el procedimiento del artículo 13 de la Ley 48 de 1936, con el cual se privaba al procesado de todo medio de defensa, puesto que el auto de detención ya proferido contra él no era apelable. Insinúa también el memorialista que se trata de un plan hábilmente concebido y ejecutado para rendir a Puerta Quintero en los juicios sobre una sociedad de hecho y alimentos que se siguen contra él y buscar con su detención "un medio efectivo y rápido de quitarle parte de su apreciable patrimonio", que pasa de trescientos mil pesos ($ 300.000.00).

Termina el memorialista solicitando del Tribunal por medio de su Presidente que intervenga ya por una comisión de Magistrados o por medio del Fiscal de la Corporación para que se revise el sumario "y en vista de esto y de lo que allí ocurre, se provea el cambio de investigador", porque al

procesado Puerta Quintero no le merece confianza ninguna el actual. "Alarmado con este caso de genuina extorsión, recurro al Honorable Tribunal en demanda de su intervención, en pro de una administración de justicia sana, honorable y ajustada a las leyes de la República". (Fls. 9 v. a 11).

El Presidente del Tribunal Superior de Buga, doctor Ramón Elías Potes Posso, se dirigió al Fiscal del Tribunal en oficio número 58 para remitirle el memorial de queja a que se acaba de hacer referencia, y para pedirle se sirva revisar la actuación del Juzgado, "y si lo considera conveniente sírvase impartir al mismo Juez o al suscrito sus insinuaciones con relación al asunto que ha sido motivo de la queja". (Fol. 32).

El Fiscal del Tribunal en oficio número 23 del 21 de mayo del mismo año (1963) informa al Presidente de la Corporación de su visita al Juzgado para examinar el negocio por falso testimonio contra Puerta Quintero.

Luego de exponer los hechos que han dado origen a la denuncia, estima que sí había lugar para ordenar la detención del procesado.

Pero que, aunque se le demostrara a Puerta Quintero la condición de vago o ratero, no ve la razón para que se le aplique el procedimiento brevísimo del artículo 13 de la Ley 48 de 1936, con el cual se le priva de interponer recursos contra la providencia que decretó su detención. Para el Fiscal el delito de falso testimonio debe juzgarse por el procedimiento ordinario. "Ya sabrá el H. Tribunal cómo deba hacerle presente al señor Juez la situación para que, si es el caso, la remedie". (Fols. 16 y 17).

El 22 del mismo mes de mayo, el Presidente del Tribunal en oficio número 60 remitió al Juzgado 2º Penal del Circuito de Tuluá el original del informe del Fiscal de la Corporación, del cual, dice: "Llama la atención el contenido del penúltimo párrafo en el que considera como errónea la aplicación, en este caso, del procedimiento previsto por la Ley 48 de 1936".

Le dice que debe tener muy en cuenta que el Decreto extraordinario 1426 de 1950 suspendió la vigencia del artículo 6º de la Ley 48, y lo sustituyó por el 5º que, en el ordinal e) define como maleantes a las personas a quienes se les compruebe que habitualmente cometen delitos de falso testimonio o de encubrimiento. "Y que hayan sido sindicadas dos o más veces por cualquier clase de delitos o que estén reseñadas en las Oficinas de Identificación". Le pone de presente el alcance que tiene la conjunción copulativa que encabeza el aparte transcrito para que una persona pueda calificarse de maleante.

Y termina: "Si no se está en la situación real del señor José de Jesús Puerta entonces debemos concluír que el señor Fiscal se encuentra jurídicamente en lo cierto y usted se servirá proceder en consecuencia, declarando oficiosamente la nulidad de la actuación comprendida en el erróneo procedimiento". (Fols. 11 y 12).

El Juzgado 2º Penal del Circuito de Buga en auto de 29 de mayo revocó el auto de 8 del mismo mes "en relación a los puntos 2º y 3º que establecían el trámite a seguir, o sea, el del artículo 13 de la Ley 48 de 1936 y dispuso: 2º Proseguir la actuación conforme al procedimiento ordinario...". En los considerandos anota que ese Despacho en el juzgamiento de los delitos de falso testimonio o encubrimiento ha seguido siempre, registren o no antecedentes los procesados, el procedimiento ordenado por el artículo 11 del Decreto 1426 de 1950, procedimiento confirmado por el Tribunal Superior en sus decisiones de segunda instancia.

Se refiere luego a la visita que le hizo el Fiscal del Tribunal y a su "vista fiscal", en que dice que no debió habérsele dado al negocio el trámite de la Ley 48, sino el procedimiento ordinario, y así lo reconoce el señor Presidente de esa misma superioridad en el oficio del Fol. 57 (número 60). Agrega que respeta profundamente las insinuaciones anotadas y que en consecuencia accederá a reponer el auto en lo ya dicho.

Finalmente, el abogado Fabio Correa León, como apoderado de Vitalia Quintero se dirigió al Procurador General de la Nación para dar cuenta del proceso seguido contra Puerta Quintero, de su detención y de la tramitación que se dispuso seguir obedeciendo la Ley 48 de 1936 y el artículo 11 del Decreto extraordinario 1426 de 1950 para el juzgamiento del delito de falso testimonio; de la solicitud del apoderado de Puerta Quintero, de la visita practicada por el Fiscal del Tribunal Superior ordenada por el Presidente de esta Corporación, y del oficio con el cual remitió aquél el informe del Fiscal; del auto proferido por el Juez en vista del concepto del Fiscal y el comunicado del Presidente del Tribunal.

Expone el querellante que con el mandato del Tribunal obedecido por el Juzgado se ha violado el artículo 26 de la Carta, que manda seguir el procedimiento propio para cada delito. Encuentra que está bien que el Fiscal vigile e intervenga en todo sumario, y agrega: "Pero lo que sí es abiertamente irregular es la intromisión del H. Tribunal en un proceso que no ha llegado a su conocimiento, sea por apelación, sea por consulta, pues es solo dentro de las providencias donde debe decretar sus mandatos, y si encuentra errores de procedimiento inallanables, declararlos oficiosamente o a petición de parte. Pero solo por una queja verbal elevada por un profesional que dada la gravedad de los actos ilícitos investigados no ha podido defender a su cliente por los medios adecuados, no puede el H. Tribunal salirse de sus atribuciones para examinar y pronunciarse en el fondo sobre procesos que no han llegado a su conocimiento, mediante el normal procedimiento establecido por la Ley".

Termina pidiendo que en vista del procedimiento ilegal que está siguiendo el Juez Segundo del Circuito, se nombre un investigador especial para que obre de acuerdo con la Ley y "no sea interferido en sus actuaciones por otros funcionarios que, por ahora, nada tienen qué ver con el asunto de la referencia".

El Procurador Delegado para Vigilancia Administrativa remitió el escrito del abogado Correa León al Presidente de la Corte Suprema en vista de los serios cargos que formula contra el Tribunal Superior de Buga y el agente del Ministerio Público en esa Corporación.

Repartido como queja, se levantó la documentación que establecen los hechos expuestos. Asímismo se acreditó que el doctor Ramón Elías Potes Posso es Magistrado del Tribunal Superior de Buga, y que el 22 de mayo de 1963, cuando se dirigió al Juez 2º Penal del Circuito de Buga en la forma que ha dado motivo a la queja, desempeñaba la Presidencia de dicha Corporación. (Fols. 8, 13 v. y 18).

Se considera

La comunicación del Presidente del Tribunal al Juzgado y al Fiscal de dicha Corporación para enviarle la queja del abogado de Puerta Quintero, y pedir que revisara la actuación del Juzgado en el sumario contra éste por falso testimonio e hiciera sus insinuaciones al mismo Juez o al Presidente del Tribunal, guarda armonía con el artículo 96 del C. de P. Penal, que ordena a los Fiscales de los Tribunales Superiores practicar visitas a los Juzgados del Circuito en lo Penal para tomar nota de los sumarios y causas que se encuentren al estudio de dichos Juzgados, de las irregularidades que se observen en el despacho de esos asuntos, y dar cuenta del resultado de la visita al Procurador General y al respectivo Tribunal Superior, a fin de que se exija la responsabilidad consiguiente en los casos en que esta deba exigirse.

Tampoco se puede considerar indebido que el Presidente del Tribunal remitiera al Juzgado el informe del Fiscal, porque si éste advirtió irregularidades en el procedimiento, lo indicado era hacérselas saber al Juez para que dentro de sus atribuciones legales y con su propio criterio estudiara las observaciones y procediera en conformidad con los preceptos de procedimiento.

El hecho sobre el cual hay que resolver si constituye una falta que merezca sanciones disciplinarias, es el de la parte final del

oficio al Juzgado en que después de ponerle de presente las condiciones que el artículo 5º del Decreto 1426 de 1950 exige para considerar maleantes a los que, habitualmente cometen delitos de falso testimonio, concluye: "Si no es ésta la situación real del señor José de Jesús Puerta entonces debemos concluír que el señor Fiscal se encuentra jurídicamente en lo cierto y usted se servirá proceder en consecuencia, declarando oficiosamente la nulidad de la actuación comprendida en el erróneo procedimiento".

Indudablemente hubo ligereza de parte del querellado, doctor Ramón Elías Potes Posso, en haberse atenido al concepto del Fiscal sobre el procedimiento que seguía el Juzgado, porque con haber hecho un mediano estudio de la Ley 48 de 1936 y del Decreto 1436 de 1950, habría encontrado que la actuación del Juez estaba ceñida a la Ley, y que no había razón en la queja del apoderado del procesado. Esta precipitación, impropia del representante de un Tribunal Superior, sí digna de censura, no alcanza a constituír en este caso una falta sancionable.

El aparte del oficio del Presidente del Tribunal al Juez en que le dice: "Usted se servirá proceder en consecuencia declarando la nulidad de la actuación comprendida en el erróneo procedimiento", implicaría una orden fuera de toda facultad legal, porque el Presidente de un Tribunal Superior entre las atribuciones que le confieren los artículos 53 y 85 del Código Judicial, no tiene la de indicar a los Jueces el procedimiento que deben seguir en los negocios de que vienen conociendo. En tales condiciones, dicha intervención podría considerarse como el ejercicio de una función no atribuída por la Ley al funcionario que la ha realizado y, por ende, constitutiva de falta disciplinaria consagrada por el artículo 4º, Ord. 5º del Decreto 3665 de 1950 en los términos "ejercicio de funciones no atribuídas por la Ley".

Pero si se advierte que el mandato de declarar la nulidad de lo actuado estaba sometido a que el Juez encontrara que el procesado Puerta Quintero se hallara en la situación contemplada por el artículo 5º del Decreto 1426 de 1950, según los razonamientos de orden legal expuestos por el Presidente del Tribunal Superior de Buga, doctor Potes Posso, resulta que en realidad no se trataba de una orden perentoria sino de una insinuación, ya que era el Juez, quien con la soberanía o libertad propia de sus funciones debía estudiar y resolver si el querellado tenía o no razón en sus observaciones, para acogerlas, en el primer caso, y rechazarlas, en el segundo. Con tanta mayor razón cuanto que la actuación del Presidente del Tribunal no era la del Juez Ad-quem, sino la de servir de órgano de comunicación con los empleados a quienes quiera dirigirse. (Art. 53 2º C. J.).

Conclúyese que la actuación, por la cual se ha acusado al doctor Ramón Elías Potes Posso, si ligera e inconsulta, como lo demuestra el auto del Tribunal suscrito por él como miembro de la Sala de Decisión, en que reconoció que el procedimiento que debía seguirse era el de la Ley 48 de 1936, no es configurativa de falta que merezca sanción disciplinaria.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve

No hay lugar a imponer sanciones disciplinarias al Magistrado del Tribunal Superior de Buga doctor Ramón Elías Potes Posso por razón de la queja formulada ante el señor Procurador General de la Nación por el doctor Fabio Correa León.

Remítase copia de esta Resolución a la Procuraduría General de la Nación.

Notifíquese y archívese.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

Informe de la Comisión de la Corte y proposición aprobada por la Sala Plena en relación con la designación por concurso de los Magistrados de nuevos Tribunales.

Honorables Magistrados:

En cumplimiento de la comisión que, en la sesión plenaria del día de ayer, tuvisteis a bien conferirnos para estudiar, en relación con la designación por concurso de los magistrados de los nuevos tribunales, la solución que deba darse al caso de que no se presente o no haya un número suficiente de aspirantes hábiles para proveer en propiedad todas las plazas de un tribunal determinado, procedemos a exponer lo siguiente:

Tratando del desempeño de cargos judiciales en interinidad, dice el artículo 20 del Decreto-ley número 1698 de 1964 que estos empleos no podrán ocuparse en interinidad por más de tres meses, salvo en los siguientes casos:

Enfermedad del titular; que el concurso haya sido declarado desierto; o que su resultado no permita la provisión en propiedad.

Como se ve, este texto, en lo tocante con el concurso, distingue ciertamente dos hipótesis distintas: que el concurso haya quedado desierto; que no permita la provisión de los cargos en propiedad.

Ahora bien: la especificación de cada una de estas dos situaciones la hace precisamente el artículo 18 del Decreto reglamentario número 43 de 13 de enero de 1965, distinguiendo bien entre una y otra así:

a) Hay lugar a declarar desierto el concurso, cuando al vencimiento del término respectivo "no se ha efectuado ninguna inscripción o no se han acompañado las pruebas pertinentes con respecto a ningún candidato";

b) A pesar de haberse celebrado el concurso, se entiende que su resultado "no permite la provisión en propiedad, cuando ninguno de los aspirantes alcanza el puntaje mínimo asignado en las bases respectivas o cuando el número de candidatos aprobados es inferior al de las plazas por proveer".

Se pone, así, de relieve la contraposición entre las dos situaciones: la primera es de concurso desierto; la segunda de concurso ineficaz. Es claro que para esta segunda situación, hay que hacer con el propio artículo 18 una distinción: cuando ninguno de los concursantes alcanza el puntaje mínimo, caso de ineficacia total, que prácticamente equivale a un desierto, porque es como si no se hubiese presentado aspirante alguno; y cuando solamente un número de éstos, inferior al de las magistraturas por proveer, obtuvo la calificación mínima indispensable, que es un simple caso de ineficacia parcial.

Entonces, en esta última situación, como resulta de la disposición contemplada, no hay base para tener el concurso por desierto, puesto que hubo concursantes que demostraron tener las calidades constitucionales y legales para ser elegidos magistrados en el tribunal de que se trata; solo que su número no fue suficiente para llenar en propiedad todas las plazas de la misma corporación. Quiere decir que el concurso apenas resultó ineficaz para proveer a una o más de esas plazas, pero no a todas; y entonces lo lógico es, no que se declare desierto el concurso, sino que se tengan como vacantes estas plazas a que no se pudo proveer de inmediato en propiedad, y que para llenarlas provisionalmente se hagan en interinidad los nombramientos respectivos,

tal como lo prevé, en la última de sus hipótesis, el artículo 20 del Decreto-ley 1698 de 1964.

Esta inteligencia de la ley es la que consulta el espíritu y fines del mismo estatuto y la que se acomoda a la equidad, pues no sería justo que quienes, concursando para un determinado tribunal, acreditaron tener todas las condiciones para ser elegidos magistrados de él, no fuesen designados como tales, en propiedad, por la consideración infecunda de que el número de aspirantes no fue suficiente por defecto de número o de aptitudes.

Proposición

En virtud de las consideraciones expuestas, nos permitimos proponeros:

Cuando el concurso para la provisión de las magistraturas de un determinado tribunal, tuviere como resultado que el número de aspirantes hábiles es inferior al de las plazas por proveer, no habrá lugar a declarar desierto el concurso, sino que deberá constituirse esa corporación, así: con magistrados en propiedad hasta concurrencia del número de aspirantes que demostraron su aptitud para ser elegidos; y las plazas vacantes se llenarán provisionalmente con magistrados en interinidad.

Bogotá, primero de abril de mil novecientos sesenta y cinco.

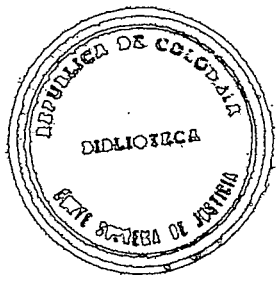
Señores Magistrados,

Vuestra comisión.

Gustavo Fajardo Pinzón, Luis Carlos Zambrano.

NOTA. — Este informe y la proposición con que termina fueron aprobados por la Corte, en Sala Plena, en su sesión de hoy primero de abril de mil novecientos sesenta y cinco.

Ricardo Ramírez L., Secretario.



REFORMA JUDICIAL

La Corte declara inexequibles las disposiciones acusadas (Aparte a- del efecto primero del Art. 1º de la Ley 27 de 1963; Arts. 1º, inciso 1º; 6º, Ord. 7º, y 11 numeral 1º del Decreto Extraordinario Nº 528 de 9 de marzo de 1964) en cuanto suprimen la categoría constitucional de Juez de Circuito; y exequibles, el Ord. 1º del Art. 11 del Decreto-Ley Nº 528 de 1964 y también las demás disposiciones de este Decreto, en cuanto se refieren a los Jueces Municipales en materia laboral.

1. En relación con los Jueces, la Carta de 1886 establece dos categorías: una genérica, para cuyo desempeño el aspirante debe ser versado en la ciencia del Derecho y gozar de buena reputación; otra específica, integrada por Jueces Municipales, para cuyo ejercicio es suficiente que el nombrado goce de buena reputación. Conviene observar de una vez que el estatuto en referencia contempla un Juez de rango superior al Municipal.

La misma carta se limita a designar los órganos del Poder Judicial que administran justicia, así: Corte Suprema, Tribunales Superiores de Distrito, y demás Tribunales y Juzgados que establezca la Ley.

La reforma constitucional de 1945 designa por su nombre a los jueces inferiores, y da un paso más, de significativa importancia: establece la jerarquía de la rama jurisdiccional, integrada, en orden descendente, en esta forma: a) Corte Suprema; b) Tribunales Superiores de Distrito; c) Jueces Superiores, de Circuito, de Menores, de Instrucción Criminal y especializados, de igual o superior categoría a los indicados; y d) Jueces Municipales.

La clasificación de jueces, con la especificación indicada, no fue establecida por el constituyente de 1886, sino que vino a serlo por la reforma de 1945. La institución de esta investidura judicial surge con toda claridad y nitidez del contenido de los Arts. 155, 157 y 158 de la codificación actual; fue eso lo que se propuso hacer el constituyente de 1945 al señalar las calidades y requisitos que debían llenarse para la designación de los jueces de cada categoría, la forma de nombramiento y la duración del período.

2. El legislador no tiene facultades para eliminar las categorías específicas de Jueces a que se refieren los Arts. 155, 157 y 158 de la reforma constitucional de 1945, establecida por ellos; sus poderes se limitan a aumentar o disminuír el número de los existentes, a variar el territorio de su jurisdicción o modificar su competencia, y aun a crear nuevos juzgados o tribunales, si así lo exigen las necesidades del servicio público. Si se admite que es de la incumbencia de la Ley la supresión de cualquiera de las categorías de jueces consagrados por el constituyente, habría que aceptar que tendría también la facultad de eliminarlas en su totalidad, dejando como únicos órganos de la rama jurisdiccional a la Corte Suprema y los Tribunales Superiores de Distrito; tal conclusión no solo sería opuesta a las normas ya citadas sino también al texto mismo del Art. 60 de la Carta de 1886, en cuyo régimen, además de la Corte Supre-

ma y Tribunales Superiores de Distrito, debían existir necesariamente, como parte integrante del Poder Judicial, Juzgados inferiores establecidos por el legislador.

3. No es valedera la argumentación de la Procuraduría de que así como el legislador pudo eliminar en el pasado los jueces de paz, los jueces de tierras y los de prensa y orden público, podría hoy suprimir, sin violar la Carta, los Jueces de Circuito. Porque no hay paridad en la situación constitucional de los últimos y la de los primeros. Los de Circuito están consagrados por la reforma de 1945, conservada en 1947, como categoría específica constitutiva de un eslabón primario de la jerarquía jurisdiccional, al paso que los demás, citados por la vista fiscal, no fueron incorporados por el constituyente a dicha jerarquía.

4. En cuanto hace a la supresión de los Fiscales de Juzgados de Circuito, ordenada por la Ley 63 de 1905, que el Procurador invoca como antecedente legal y que en su opinión legitimaría hoy la eliminación de los Jueces de Circuito, cabe observar que la supresión de aquellos Fiscales pudo hacerla el legislador de 1905, sin quebranto de la Constitución de 1886, porque ésta no institucionalizó la categoría de los nombrados Fiscales. Por medio de su Art. 142 se limitó a disponer que el Ministerio Público sería ejercido, bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y "por los demás Fiscales que designe la Ley". En aquella época gozaba el legislador de facultades para decretar la supresión de los Fiscales en referencia, de que no habría dispuesto si el constituyente los incluye como parte integrante del Ministerio Público.

5. Al referirse el Procurador al argumento aducido por los demandantes de que las disposiciones acusadas violan el Art. 162 de la Carta y 12 de la reforma plebiscitaria de 1957, según los cuales la ley debe establecer y organizar la carrera judicial, porque tales disposiciones la destruyen, lo replica diciendo que no han podido ellas producir ese efecto, porque aún no existe la carrera judicial. A lo cual observa la Corte: Para el caso no interesa investigar si existe o no la carrera judicial, sino si los preceptos materia de la acusación conservan o no las categorías de jueces instituídas por el constituyente en los artículos 155, 157 y 158 de la Carta, y se ha visto que una de ellas —la de Jueces de Circuito— desaparece por obra de las normas que la demanda tacha de inexequibles. Si los cánones constitucionales primeramente citados no aparecen infringidos de modo directo, su agravio resulta indirectamente, como consecuencia del quebranto de los que establecen la jerarquía de la rama jurisdiccional.

6. Carece de trascendencia la circunstancia de que las normas del Decreto-Ley 528 de 1964, objeto de la impugnación, deban regir a partir del 1º de julio de 1965, porque el aplazamiento de su vigencia es cosa distinta de su existencia; en el mundo jurídico viven esas normas desde su promulgación.

7. No podría suponerse en forma alguna la subsistencia de los Juzgados de Circuito en lo civil y en lo penal, frente a las disposiciones acusadas, a virtud de las cuales, según lo expuesto, quedan sin atribuciones, porque a ello sería obstáculo insuperable el artículo 63 del Estatuto Fundamental, según el cual "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".

8. El aparte a) del efecto primero del artículo 1º de la Ley 27 de 1963, es inexequible en cuanto faculta al Gobierno para "atribuir plena competencia a los jueces municipales" en materia civil y penal, porque ello conduce a dejar sin funciones los jueces de Circuito; no en lo referente a los jueces municipales en materia laboral, porque

el artículo 164 (69 del Acto Legislativo número 1 de 1945) previene que la ley establecerá y organizará la jurisdicción del trabajo...", por lo cual la determinación de las categorías de jueces de trabajo es del resorte del legislador.

9. El ordinal 7º del artículo 6º del Decreto-Ley número 528 de 1964, según el cual los jueces municipales en lo civil conocen en primera instancia "de los demás asuntos de que hoy conocen los jueces civiles del circuito", es inexequible porque aunque este texto, en sí mismo considerado, está reducido a atribuir a dichos jueces municipales el conocimiento de unos negocios, puesto en relación con los demás ordinales del nombrado artículo, del cual se muestra apenas como un corolario, constituyendo todos un ordenamiento indivisible, y con el ordinal 1º del artículo 11 del mismo decreto, implica necesariamente la privación total de funciones a los jueces civiles de circuito y, en tal virtud, los elimina, con violación de las normas constitucionales ya apuntadas.

10. El inciso 1º del artículo 1º del Decreto-Ley número 528 de 1964, según el cual "los jueces municipales en lo penal conocen en primera instancia de los procesos por delitos cuya competencia no esté atribuída a otra autoridad", es inexequible porque, aunque en primera instancia se limita a atribuir funciones a los jueces, misión propia del legislador, ninguna otra autoridad, según el estatuto citado, fuera de los Jueces Superiores y de los órganos judiciales de los grados más altos de la jerarquía, dentro de la jurisdicción ordinaria, conoce de asuntos penales, lo cual equivale, en el fondo, a privar de toda clase de funciones a los Jueces de Circuito Penal, y, por lo mismo a eliminarlos, vulnerando los sobredichos preceptos constitucionales.

11. No es inexequible el ordinal 1º del artículo 11 del Decreto-Ley número 528 de 1964, por el cual se establece una regla de competencia. Es facultad de la ley señalar las atribuciones a los tribunales superiores de distrito y de los juzgados inferiores, de acuerdo con la Constitución. La norma del decreto en referencia pudo haberla expedido el legislador, sin eliminar los juzgados de circuito. Que el primero y el segundo grado de los juicios se atribuyan a jueces unipersonales o a jueces colegiados, o que se confíe el primero a juez singular y el segundo a juez plural, o que los procesos sean vistos en una sola instancia o en dos o más, son cuestiones de política legislativa que al órgano encargado de la elaboración de las leyes corresponde reglamentar en la forma que estime más adecuada, sin quebranto de texto constitucional alguno.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. Bogotá, D. E., 28 de junio de 1965.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Los doctores Samuel Syro y Leopoldo Uprimny acusan "como inconstitucionales las siguientes disposiciones":

"A) El artículo 1º "efecto Primero", del literal a) de la Ley 27 de 1963, cuyo texto dice:

"Artículo 1º. De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 20 de julio de 1964, para los efectos siguientes:

"Primero. Para organizar la Rama Jurisdiccional del Poder Público. En tal virtud, el Presidente de la República podrá:

"a) Atribuir plena competencia a los Jueces Municipales en materia civil, penal y laboral, limitando la de los Jueces Superiores al conocimiento de los siguientes delitos, en cuyo juzgamiento debe intervenir el Jurado: 1º..., 2º..., 3º..., 4º..., 5º..., 6º..., 7º...".

"B) El artículo 1º, inciso 1º del Decreto Extraordinario número 528 de 9 de marzo de 1964, que es del siguiente tenor:

"Artículo 1º. Los jueces Municipales en lo Penal conocen en primera instancia de los procesos por delitos cuya competencia no esté atribuída a otra autoridad".

"C) El artículo 6º, ordinal 7º, del mismo Decreto Extraordinario número 528 de 1964, que en su parte pertinente dice así:

"Artículo 6º Los Jueces Municipales en lo Civil conocen en primera instancia:...

"7º De los demás asuntos de que hoy conocen los Jueces Civiles del Circuito".

"D) El artículo 11, numeral 1º del citado Decreto Extraordinario número 528 de 1964, cuyo contenido es el siguiente:

"Artículo 11. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen:

"1º De la segunda instancia de los procesos penales, civiles y laborales de que conozcan en primera instancia los Jueces Superiores y los Municipales y de las apelaciones y recursos de hecho que se interpongan en los procesos de competencia de los mismos funcionarios, así como de las consultas a que hubiere lugar en ellos".

Fundamentos de la demanda. Apoyan los demandantes la solicitud para que se declaren "inconstitucionales" las disposiciones que se acaban de copiar, en las siguientes razones:

"El artículo 1º "efecto Primero", literal a), de la Ley 27 de 1963, al 'atribuir plena competencia a los Jueces Municipales en materia civil y penal' y al suprimir, por lo mismo, los Juzgados de Circuito, viola el artículo 155 de la Constitución Nacional. Esa norma, que corresponde al artículo 56 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945, reformado por el artículo 2º del Acto Legislativo Nº 1 de 1947, establece que los Juzgados del Circuito forman parte integrante de nuestra organización judicial...".

"La disposición que acabamos de transcribir (se refiere al artículo 155 de la Carta) debe entenderse en armonía con las primeras palabras del artículo 162 de la Constitución y con las últimas del artículo 12 de la Reforma Constitucional aprobada por el Plebiscito de 1º de diciembre de 1957, normas que consideramos igualmente infringidas, pues en la primera de ellas se ordena que "la ley establecerá la carrera judicial... y en la segunda se repite 'la ley organizará la carrera judicial' ".

Y agregan que "el artículo acusado viola asimismo los artículos 162 de la Constitución y 12 de la Reforma Constitucional aprobada por el Plebiscito de 1º de diciembre de 1957, en cuanto en éstos se dispuso, en su orden, que 'la Ley **establecerá** la carrera judicial...' y 'la Ley... **organizará** la carrera judicial', nada de lo cual se hizo en el artículo 1º, 'efecto Primero', literal a) de la Ley 27 de 1963, precepto que antes por el contrario destruye la carrera judicial".

"...Los artículos 1º, inciso 1º; 6º, ordinal 7º, y 11 numeral 1º, del Decreto Extraordinario número 528 de 9 de marzo de 1964, por cuanto no hacen sino desarrollar la norma contenida en el artículo 1º, 'efecto Primero', literal a) de la Ley 27 de 1963, son también violatorios en la misma forma como ésta, de los preceptos constitucionales consagrados en los artículos 155, 157 y 162 de la Carta y 12 de la Reforma Constitucional aprobada por el Plebiscito de 1º de diciembre de 1957, pues tales disposiciones acusadas, repetimos, suprimen los Juzgados de Circuito y destruyen la carrera judicial".

Concepto de la Procuraduría. Por impedimento aceptado al señor Procurador General de la Nación, dio concepto, en este caso, el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil.

Comprende él dos capítulos, el segundo de los cuales está dividido en dos apartes, uno de ellos referente a la organización judicial y el otro a la carrera judicial.

En el Capítulo primero, se habla de la demanda, se indican las disposiciones acusadas y las que los memorialistas consideran violadas, y al mismo tiempo se hace referencia a los fundamentos en que aquéllos se apoyan para reclamar la inconstitucionalidad de determinadas normas.

El Capítulo segundo confiere amplio estudio de la historia constitucional y legal del país, en cuanto ella toca con la organización judicial, tendiente a demostrar que "la potestad legislativa de organizar las instituciones jurisdiccionales... es indiscutible y que 'esa organización comprende, sin duda, la creación, modificación o eliminación de las circunscripciones territoriales correspondientes', o la supresión de juzgados", de acuerdo con doctrina de esta Corte (G.J. Tomo XXVI, Nº 1370, Pág. 297 y Tomo XXXVIII, Nº 1876, Pág. 497), y la opinión de tratadistas nacionales.

Al entrar al fondo de la cuestión, el señor Procurador hace estas "Observaciones":

"Afirman los demandantes que el literal a) del artículo 1º de la Ley 27 de 1963 que faculta, en forma extraordinaria, al Presidente de la República para atribuir plena competencia a los jueces municipales en materia civil, penal y laboral, es violatorio del artículo 155 de la Constitución Nacional porque suprime los Juzgados de Circuito que 'forman parte integrante de nuestra organización judicial'.".

"...Como se ve, los doctores Uprimny y Syro creen encontrar en el texto constitucional transcrito el establecimiento de la institución denominada juzgado de circuito como integrante de la organización judicial, y en consecuencia, la imposibilidad de su supresión por parte del legislador.

"Debemos distinguir: Es cierto que los Juzgados de Circuito forman parte integrante de nuestra organización judicial, pero no por ser creación constitucional sino por disposición legal. Como antes vimos, esta institución judicial apareció, con esa denominación, en la Ley de 26 de junio de 1839 y ha permanecido en la estructura jurisdiccional, a través de las muchas reformas implantadas, por expresa voluntad del legislador y en desarrollo de la clara facultad que el constituyente le ha dado de organizar los tribunales y juzgados".

"...Carece de fundamento, pues, la creencia de que el artículo 56 del Acto Legislativo de 1945 hubiera establecido los juzgados de Circuito, que ya existían, como también sería un error afirmar, por ejemplo, que el artículo 51 de la misma reforma, sustituido luego por el artículo 1º del Acto Legislativo de 1947, creó el empleo de Procurador Delegado, por disponer que cuatro años de ejercicio de este cargo habilitan para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

"Al examinar los artículos 58 y 142 de la Constitución Nacional vigente se observa que ésta ha reglamentado lo relativo a la rama jurisdiccional y lo referente al Ministerio Público de manera armónica. En efecto: dice el artículo 58: 'La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia'. Y expresa el artículo 142: 'El Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás Fiscales que designe la Ley'. Y la misma Constitución determina condiciones para ocupar cargos en la rama jurisdiccional en los artículos 150, 155, 157 y 158, y para desempeñar empleos dentro del Ministerio Público en los artículos 144 a 146.

"Vemos, pues, que, en forma correlativa, para actuar ante la Corte Suprema de Justicia existe el Procurador General de la Nación; para intervenir ante los Tribunales Superiores, los Fiscales correspondientes, y para llevar la vocería del Ministerio Público ante los Juzgados que establezca la ley, los Fiscales que ésta misma designe.

"Frente a esas normas, podría el legislador suprimir la Corte Suprema de Justicia y el Procurador General de la Nación, o los Tribunales Superiores de Distrito y los Fiscales de las mismas entidades? Es obvio que la respuesta debe ser negativa. Y, podría la ley abolir juzgados, cualquiera sea su denominación, y prescindir, asimismo, de los fiscales respectivos? Es claro que la Carta lo faculta y por ello fue posible, constitucionalmente, la supresión de los Fiscales de Circuito, ordenada por el artículo 56 de la

Ley 63 de 1905, y no resulta contrario a la Constitución que desde entonces no existan tales funcionarios.

"De manera que el legislador está suficientemente autorizado para prescindir de los Juzgados de Circuito, al realizar una reforma judicial, así como eliminó en el pasado los jueces de paz, los jueces de prensa y orden público y los jueces de tierras y los fiscales de circuito que hoy no existen a pesar de la mención que de ellos hace el artículo 144 de la Constitución; y así como podría, sin duda alguna, descartar también cualquier juez especializado o de instrucción criminal existente, no obstante las referencias consignadas en los artículos 155 y 157 de la Carta sobre tales funcionarios".

Por último, se refiere el concepto a la "Carrera Judicial", en los siguientes términos:

"Dicen los demandantes que el artículo 1º, literal a) de la Ley 27 de 1963 infringe el artículo 162 de la Constitución y el 12 de la reforma aprobada por el Plebiscito de 1957, porque, según ellos, destruye la carrera judicial al 'atribuír plena competencia a los jueces municipales en lo civil' y al suprimir en esta forma los Juzgados Civiles del Circuito.

"A lo anterior se debe responder que la carrera judicial no existía cuando se expidió la Ley 27 de 1963, ni existe en la actualidad, sencillamente porque el legislador no ha cumplido aún con el mandato constitucional de establecerla como lo dispuso el artículo 62 del Acto Legislativo de 1945 o de organizarla como lo ordenó el artículo 12 del Plebiscito de 1957. No se ve, entonces, cómo puede sostenerse que la Ley 27 de 1963 destruye o suprime lo que no tiene existencia, cuando precisamente ella faculta al Presidente de la República, en el literal r) del artículo 1º, para 'organizar la carrera judicial'. Y carece de valor el argumento de que la supresión de los Juzgados de Circuito se oponga al establecimiento de la carrera judicial.

"Agregan los doctores Uprimny y Syro que los artículos 1º, inciso 1º, 6º, ordinal 7º, y 11, numeral 1º del Decreto Extraordinario número 528 de 9 de marzo de 1964, que desarrollan la norma contenida en el artículo 1º literal a) de la Ley 27 de 1963, son también violatorios de los preceptos constitucionales consagrados en los artículos 155, 157 y 162 de la Carta y 12 de la reforma constitucional de 1957, pues tales disposiciones acusadas suprimen los Juzgados de Circuito y destruyen la carrera judicial.

"Aun cuando el Decreto acusado no ha entrado a regir, por disposición de su artículo 71, consideramos que esa Honorable Corte Suprema se pronunciará sobre él, 'pues su decisión debe proyectarse sobre el futuro'. Y como los ataques se fundan en los mismos argumentos expuestos en relación con la ley de autorizaciones, no es necesario repetir observaciones que llevarían a idénticos resultados".

Consideraciones de la Corte

1. Para el debido entendimiento de la cuestión que plantea la demanda de inexequibilidad, conviene hacer el examen de los textos constitucionales a que ella se refiere. Para tal fin bastará tener presente los que se han expedido desde la Carta de 1886 en adelante. De ésta son pertinentes los que se relacionan a continuación:

"Artículo 60. Ejercen el Poder Judicial la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito, y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley...".

"Artículo 153. Para facilitar a los pueblos la pronta administración de justicia, se dividirá el territorio nacional en Distritos Judiciales, y en cada Distrito habrá un Tribunal Superior, cuya composición y atribuciones determinará la ley".

"Artículo 154. Para ser Magistrado de los Tribunales Superiores se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener treinta años de edad y haber, durante tres años por lo menos, desempeñado funciones judiciales, o ejercido la abogacía con buen crédito, o enseñado Derecho en un establecimiento público".

"Artículo 156. La ley organizará los Juzgados inferiores y determinará sus atribuciones y duración".

'Artículo 157. Para ser Juez se requiere ser ciudadano en ejercicio, estar versado en la ciencia del Derecho y gozar de buena reputación. La segunda de estas calidades no es indispensable respecto de Jueces Municipales".

La reforma constitucional de 1936 conservó, sin alteración, las normas transcritas de la Carta de 1886.

La de 1945 (Arts. 47 y 55), mantuvo los artículos 60 y 153 de la Carta de 1886, que en la codificación llevan los números 58 y 152, respectivamente.

La reforma de 1945 modificó y adicionó los artículos 154 y 157 de la Constitución de 1886 por medio de los preceptos que se citan a continuación:

Artículo 56, sustituído por el 2º del Acto Legislativo número 1 de 1947 (155 de la codificación). Dice su texto:

"Para ser Magistrado de los Tribunales Superiores se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, tener más de treinta años de edad y, además, haber desempeñado en propiedad, por un período no menor de cuatro años, alguno de los cargos de Magistrado de Tribunal de Distrito, Juez Superior o de Circuito, Juez especializado de igual o superior categoría, Fiscal de Tribunal o Juzgado Superior, o Magistrado de Tribunal Administrativo; o haber ejercido, durante cinco años por lo menos, la abogacía con buen crédito, o enseñado Derecho en un establecimiento público durante el mismo tiempo".

Artículo 60 (157 de la codificación). Preceptúa la disposición:

"Para ser Juez Superior, de Circuito, de Menores, o Juez especializado, o Juez de Instrucción Criminal, de igual o superior categoría a los indicados, se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, ser abogado titulado y haber desempeñado un año, por lo menos, el cargo de Juez de Circuito o de Juez Municipal. Los Jueces de que trata este artículo serán elegidos por el Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial en Sala Plena, para un período de dos años".

Artículo 61 (158 de la codificación). Dispone el ordenamiento:

"Para ser Juez Municipal se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y abogado titulado.

"Los Jueces de que trata este artículo serán elegidos para período de dos años por el Tribunal Superior del respectivo Distrito".

"La ley señalará la competencia de estos funcionarios y el territorio de su jurisdicción, ordenando la agrupación de varias poblaciones cuando lo considere necesario".

2. Entre las normas de la Carta de 1886 y las de las reformas mencionadas, resaltan, entre otras, estas diferencias:

Primeramente, para ser Magistrado de Tribunal Superior de Distrito, la Carta de 1886 exigió la condición de haber desempeñado funciones judiciales, sin ninguna especificación; para el mismo empleo la reforma requiere un mayor número de requisitos: haber desempeñado en propiedad, por un período no menor de cuatro años, entre otros cargos, el de Juez de Circuito; ser colombiano de nacimiento y abogado titulado.

3. En relación con los Jueces, la Carta de 1886 establece dos categorías: una genérica, para cuyo desempeño el aspirante debe ser versado en la ciencia del Derecho y gozar de buena reputación; otra específica, integrada por Jueces Municipales, para cuyo ejercicio es suficiente que el nombrado goce de buena reputación. Conviene observar de una vez que el estatuto en referencia contempla un Juez de rango superior al Municipal.

La misma Carta se limita a designar los órganos del Poder Judicial que administran justicia, así: Corte Suprema, Tribunales Superiores de Distrito, y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley.

La reforma constitucional de 1945 designa por su nombre a los Jueces inferiores, y da un paso más, de significativa importancia: establece la jerarquía de la rama jurisdiccional, integrada, en orden descendente, en esta forma: a) Corte Suprema; b) Tribunales Superiores de Distrito; c) Jueces Superiores, de Circuito, de Menores, de Instrucción Criminal y especializados, de igual o superior categoría a los indicados; y d) Jueces Municipales.

La clasificación de jueces, con la especificación indicada, no fue establecida por el constituyente de 1886, sino que vino a serlo por la reforma de 1945. La institución de esta investidura judicial surge con toda claridad y nitidez del contenido de los artículos 155, 157 y 158 de la codificación actual; fue eso lo que se propuso hacer el constituyente de 1945 al señalar las calidades y requisitos que debían llenarse para la designación de los Jueces de cada categoría, la forma de nombramiento y la duración del período. La simple lectura de las disposiciones constitucionales citadas apoya la anterior conclusión.

En los términos anteriores queda desvirtuado el argumento central de la vista fiscal cuando sostiene que si los Juzgados de Circuito son parte integrante de nuestra organización judicial, ello no se debe a su establecimiento por la Constitución sino por la ley, de manera que si ésta puede crearlos tendría consecuencialmente la potestad de suprimirlos.

4. Los antecedentes que tuvo en cuenta el Gobierno Nacional como promotor o iniciador de la reforma de 1945, y los informes de las comisiones de las dos cámaras del Congreso, ilustran el sentido de las previsiones ya citadas; lo que por medio de ellas se propusieron fue instituir la jerarquía de la rama jurisdiccional, dejando al legislador la facultad de establecer y organizar la carrera judicial, de acuerdo con esa jerarquía.

Es esa la significación que tienen, en concepto de la Sala, los preceptos del artículo 162 del ordenamiento constitucional vigente y 12 de la reforma plebiscitaria de 1957.

5. La institución de la carrera judicial, sin predeterminación de la jerarquía por el propio constituyente, habría tropezado con el grave inconveniente de que si no es éste quien provee sobre la materia y la deja librada al legislador, los estatutos expedidos por la ley no habrían tenido la misma permanencia, en vista de la facultad de que aquél goza para modificarlos. Es más fácil variar la ley que la Constitución, ya que para la reforma de ésta deben cumplirse mayor número de formalidades que las previstas por la Carta para la actuación del Congreso en su función legislativa ordinaria.

6. Es razonable suponer, cuando se hace una reforma constitucional, que su autor haya tenido a la vista los preceptos de la Carta hasta entonces vigentes. El ordenamiento constitucional anterior a 1945 reservó a la ley la facultad de crear los Juzgados inferiores; fue esa la situación que encontró el constituyente del año mencionado. Para él no fue satisfactoria y por tal motivo consideró conveniente modificarla, y a tal efecto tomó estas medidas: en primer término, estableció la jerarquía judicial, designando los grados que la integran, calidades y requisitos de los aspirantes al cargo de Juez de las diversas categorías, la autoridad que debía hacer los nombramientos y duración del período; y, segundo, facultó al legislador para reglamentar la carrera judicial.

7. Tenía conocimiento el constituyente de 1945 de que existían, creados por la ley, Juzgados Superiores, de Circuito, de Instrucción Criminal y Municipales. Sobre esa base los incorporó a la rama jurisdiccional, adicionando la lista anterior con la de Jueces de Menores; le dio, pues, a la ley vigente, creadora de la judicatura, la categoría de cánon constitucional.

Ese procedimiento no es inusitado; nuestro Derecho Público registra numerosos antecedentes; entre otros puede citarse el de la Contraloría General de la República, creada por una ley de 1923. Posteriormente el Estatuto Fundamental le dio rango constitucional a la nombrada entidad, institucionalizando la obra del legislador ordinario.

8. El artículo 58 de la actual Constitución, igual al 60 de la Carta de 1886, no puede interpretarse aisladamente sino en armonía con los artículos 155, 157 y 158 de la primera, que lo desarrollan. El 58, perteneciente al Título V del Estatuto Fundamental, se concreta, principalmente, como las demás normas que lo integran, a indicar cuáles son las ramas del poder público; luego, en títulos posteriores, se ocupa, en detalle, de la reglamentación de cada rama y de la asignación de las competencias, limitándose, en cuanto a la Corte Suprema, a la determinación de algunas de sus principales funciones (Art. 151), reservando a la ley las demás, como las que deben corresponder a los Tribunales y Juzgados. La necesidad de dividir el territorio nacional en zonas, para el mejor ejercicio de la función jurisdiccional, y la distribución de asuntos que son de su resorte, no se presta para su regulación completa en la Carta Política, aparte de que las conveniencias del servicio público exigen modificaciones frecuentes en la competencia, que a la ley le es más fácil atender. No tiene, pues, el artículo 58 citado el alcance que le asigna la vista fiscal.

9. La reforma de 1945, a diferencia de la Carta de 1886, no se limitó a dejar el encargo de administrar justicia en los grados inferiores de la jerarquía jurisdiccional, a los Juzgados "que establezca la ley", sino que complementó el ordenamiento instituyendo determinadas categorías de Jueces, como los de Circuito, que el legislador está obligado a respetar en la organización del servicio de justicia. Además, en la reforma no hay una simple mención de funcionarios, como lo afirma el Procurador, sino su distribución en grados o escalas, o, en otros términos, la consagración de una jerarquía definida.

10. Las anteriores consideraciones llevan a la conclusión de que el legislador no tiene facultades para eliminar las categorías específicas de Jueces a que se refieren los artículos 155, 157 y 158 de la reforma constitucional de 1945, establecidas por ellos; sus poderes se limitan a aumentar o disminuir el número de los existentes, a variar el territorio de su jurisdicción o modificar su competencia, y aun a crear nuevos juzgados o tribunales, si así lo exigen las necesidades del servicio público. Si se admite que es de la incumbencia de la ley la supresión de cualquiera de las categorías de Jueces consagradas por el constituyente, habría que aceptar que tendría también la facultad de eliminarlas en su totalidad, dejando como únicos órganos de la rama jurisdiccional a la Corte Suprema y los Tribunales Superiores de Distrito; tal conclusión no solo sería opuesta a las normas ya citadas sino también al texto mismo del artículo 60 de la Carta de 1886, en cuyo régimen, además de Corte Suprema y Tribunales Superiores de Distrito, debían existir necesariamente, como parte integrante del Poder Judicial, Juzgados inferiores establecidos por el legislador.

11. No es valedera la argumentación de la Procuraduría de que así como el legislador pudo eliminar en el pasado los jueces de paz, los jueces de tierras y los de prensa y orden público, podría hoy suprimir, sin violar la Carta, los Jueces de Circuito. Porque no hay paridad en la situación constitucional de los últimos y la de los primeros. Los de Circuito están consagrados por la reforma de 1945, conservada en 1947, como categoría específica constitutiva de un eslabón primario de la jerarquía jurisdiccional, al paso que los demás, citados por la vista fiscal, no fueron incorporados por el constituyente a dicha jerarquía.

12. En cuanto hace a la supresión de los Fiscales de Juzgados de Circuito, ordenada por la Ley 63 de 1905, que el Procurador invoca como antecedente legal y que en su opinión legitimaría hoy la eliminación de los Jueces de Circuito, cabe observar que la supresión de aquellos Fiscales pudo hacerlo el legislador de 1905, sin quebranto

de la Constitución de 1886, porque ésta no institucionalizó la categoría de los nombrados Fiscales. Por medio de su artículo 142 se limitó a disponer que el Ministerio Público sería ejercido, bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y "por los demás Fiscales que designe la ley". En aquella época gozaba el legislador de facultades para decretar la supresión de los Fiscales en referencia, de que no habría dispuesto si el constituyente los incluye como parte integrante del Ministerio Público.

13. No son pertinentes al caso las doctrinas de la Corte que cita el Procurador, en relación con la potestad legislativa para crear, modificar o eliminar circunscripciones territoriales en materia jurisdiccional, y suprimir Juzgados, y con la tesis de que "las disposiciones legales que organizan y reglamentan un precepto constitucional, no participan de tal calidad, ni dejan de ser solo ley en razón de la referida finalidad y alcance", porque, como puede observarse, las materias sobre que tales doctrinas versan, son diferentes de la cuestión que se debate en la presente litis, en que no se trata de que las disposiciones que suprimen los Juzgados de Circuito desconozcan requisitos exigidos por otra ley que hubiera sido dictada en desarrollo de la Constitución, sino en que las normas acusadas son por sí mismas directamente violatorias de preceptos constitucionales.

14. Ni viene al caso el concepto de uno de los constituyentes de 1886, José María Samper, al que se acoge el Procurador, según el cual "mal puede la Constitución, que es ley fundamental, permanente y destinada a tener larga duración, determinar divisiones territoriales, ni jerarquías de jueces, ni atribuciones y procedimientos judiciales", porque esas consideraciones, que pudieron ser conducentes en la prístina Carta de 1886, fueron prácticamente revaluadas, en lo concerniente a las categorías de jueces, por la reforma constitucional posterior, que en el punto no pudo desatender una opinión de tanta autoridad como la de José Vicente Concha, citado por el Procurador, quien, si bien fue de parecer que no es propiamente del resorte de la Ley Suprema determinar los sistemas de organización del personal de la administración de justicia y la división de sus jurisdicciones, sin embargo dictaminó "que todo ello puede influir de una manera decisiva sobre la cuestión de la autonomía y autoridad del poder judicial, y que por tal motivo debería ser regulada esta materia por disposiciones constitucionales, que el legislador debería estar obligado a acatar y obedecer en todo tiempo...".

15. Al referirse el Procurador al argumento aducido por los demandantes de que las disposiciones acusadas violan el artículo 162 de la Carta y 12 de la reforma plebiscitaria de 1957, según los cuales la ley debe establecer y organizar la carrera judicial, porque tales disposiciones la destruyen, lo replica diciendo que no han podido ellas producir ese efecto, porque aún no existe la carrera judicial. A lo cual observa la Corte: para el caso no interesa investigar si existe o no la carrera judicial, sino si los preceptos materia de la acusación conservan o no las categorías de Jueces instituídas por el constituyente en los artículos 155, 157 y 158 de la Carta, y se ha visto que una de ellas —la de Jueces de Circuito— desaparece por obra de las normas que la demanda tacha de inexequibles. Si los cánones constitucionales primeramente citados no aparecen infringidos de modo directo, su agravio resulta indirectamente, como consecuencia del quebranto de los que establecen la jerarquía de la rama jurisdiccional.

16. Carece de trascendencia la circunstancia de que las normas del Decreto-ley 528 de 1964, objeto de impugnación, deban regir a partir del 1º de julio de 1965, porque el aplazamiento de su vigencia es cosa distinta de su existencia; en el mundo jurídico viven esas normas desde su promulgación.

17. Finalmente, no podría suponerse en forma alguna la subsistencia de los juzgados de circuito en lo civil y en lo penal, frente a las disposiciones acusadas, a virtud de las cuales, según lo expuesto, quedan sin atribuciones, porque a ello sería obstáculo

insuperable el artículo 63 del Estatuto Fundamental, según el cual "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".

En razón de todo lo expuesto, la Corte llega a estas conclusiones:

Primera. Es inexequible el aparte a) del efecto primero del artículo 1º de la Ley 27 de 1963, en cuanto faculta al Gobierno para "atribuir plena competencia a los jueces municipales" en materia civil y penal, porque ello conduce a dejar sin funciones los jueces de Circuito; no lo es en lo referente a los jueces municipales en materia laboral, porque el artículo 164 (69 del Acto Legislativo número 1 de 1945) previene que la ley establecerá y organizará la jurisdicción del trabajo...", por lo cual la determinación de las categorías de jueces de trabajo es del resorte del legislador.

Segunda. Es inexequible el ordinal 7º del Art. 6º del Decreto-Ley número 528 de 1964, según el cual los jueces municipales en lo civil conocen en primera instancia "de los demás asuntos que hoy conocen los jueces civiles del circuito", porque aunque este texto, en sí mismo considerado, está reducido a atribuir a dichos jueces municipales el conocimiento de algunos negocios, puesto en relación con los demás ordinales del nombrado artículo, del cual se muestra apenas como un corolario, constituyendo todos un ordenamiento indivisible, y con el ordinal 1º del artículo 11 del mismo decreto, implica necesariamente la privación total de funciones a los jueces civiles de circuito y, en tal virtud, los elimina, con violación de las normas constitucionales ya apuntadas.

Tercera. Es inexequible el inciso 1º del Art. 1º del Decreto-Ley número 528 de 1964, según el cual "los jueces municipales en lo penal conocen en primera instancia de los procesos por delitos cuya competencia no esté atribuída a otra autoridad", porque, aunque a primera vista se limita a atribuir funciones a los jueces, misión propia del legislador, ninguna otra autoridad, según el estatuto citado, fuera de los Jueces Superiores y de los órganos judiciales de los grados más altos de la jerarquía, dentro de la jurisdicción ordinaria, conoce de asuntos penales, lo cual equivale, en el fondo, a privar de toda clase de funciones a los Jueces de Circuito Penal, y, por lo mismo a eliminarlos, vulnerando los sobredichos preceptos constitucionales.

Cuarta. No es inexequible el ordinal 1º del Art. 11 del Decreto-Ley ya citado, por el cual se establece una regla de competencia. Es facultad de la ley señalar las atribuciones de los tribunales superiores de distrito y de los juzgados inferiores, de acuerdo con la Constitución. La norma del decreto en referencia pudo haberla expedido el legislador, sin eliminar los juzgados de circuito. Que el primero y el segundo grado de los juicios se atribuyan a jueces unipersonales o a jueces colegiados, o que se confíe el primero a juez singular y el segundo a juez plural, o que los procesos sean vistos en una sola instancia o en dos o más, son cuestiones de política legislativa que al órgano encargado de la elaboración de las leyes corresponde reglamentar en la forma que estime más adecuada, sin quebranto de texto constitucional alguno.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el Art. 214 de la Carta, resuelve:

1º Son inexequibles las disposiciones acusadas en cuanto suprimen la categoría constitucional de Juez de Circuito.

2º Es exequible el ordinal 1º del Art. 11 del Decreto Ley número 528 de 1964, y también son exequibles las disposiciones del nombrado decreto que la demanda cita, en cuanto se refieren a los Jueces Municipales en materia laboral.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y dése cuenta al Presidente de la República, al Congreso y al señor Ministro de Justicia.

José Hernández Arbeláez, Presidente; *Ramiro Araújo Grau,* con salvamento de voto; *Humberto Barrera Domínguez,* con aclaración; *Samuel Barrientos Restrepo,* con salvamento de voto; *Luis Alberto Bravo; Enrique Coral Velasco; Gustavo Fajardo Pinzón; Ignacio Gómez Posse; Enrique López de la Pava,* con salvamento de voto; *Simón Montero Torres,* con salvamento de voto; *Efrén Osejo Peña,* con salvamento parcial; *Luis Fernando Paredes,* con salvamento de voto; *Carlos Peláez Trujillo; Arturo C. Posada; Gustavo Rendón Gaviria; José Joaquín Rodríguez; Julio Roncallo Acosta; Primitivo Vergara Crespo; Luis Carlos Zambrano; Rafael Poveda Alfonso,* Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

Aclaración del voto del Magistrado Humberto Barrera Domínguez

Como lo manifesté en las oportunidades en que intervine en la discusión del proyecto que acoge la mayoría de la Sala y sin que deje de insistir en el respeto que me merecen las opiniones de los Honorables Magistrados que encuentran inexequible la frase: "atribuir plena competencia a los Jueces Municipales en materia civil, penal", del aparte a), efecto primero, del artículo 1º de la Ley 27 de 1963, me he separado de ese criterio por los siguientes motivos:

1. Como norma general, la reforma judicial, ajustándose en ello a la mejor técnica del procedimiento, establece una segunda instancia ante una entidad colegiada, el Tribunal Superior de Distrito, suprimiendo, así, las instancias de juez unitario a juez unitario. Propicia en esta forma una mejor garantía de acierto y eficacia en el conocimiento de segundo grado y atiende, además, a la escala jerárquica de triple orden que resulta del artículo 58 de la Carta, en cuanto a los organismos de la jurisdicción: Corte Suprema, Tribunales Superiores y Jueces.

Para esta innovación era indispensable que se estructurara la primera instancia no solo ampliando la competencia de los Jueces Municipales, sino prescindiendo de la segunda instancia ante los Jueces de Circuito. Pero al ocuparse de ello la reforma, seguramente porque los deficientes recursos económicos no permitieron crear el número de jueces indispensable y remunerar a todos en igual forma, concentró de tal manera la competencia de primera instancia, que resulta explicable que se hagan algunos reparos, como la promiscuidad del conocimiento, la ínfima remuneración de los jueces de la clase "C" (pues da cabida a personal apenas práctico, con exclusión muy segura de los profesionales de la abogacía) y la competencia plena.

2. Esta plena competencia no consiste en una facultad exclusiva y excluyente para administrar justicia, que lleve a pensar hasta en esa entelequia del juez único —aquél que juzga en todas las materias, en todo el territorio nacional y con respecto a todas las personas—, que de manera obligada deje sin funciones a otros organismos del mismo grado de jurisdicción. Ella se predica de la capacidad para instruir el sumario y conocer del juicio, en materia penal, y para proferir sentencia y ejecutarla, en la rama civil.

En lo que hace al proceso penal, esa plena competencia —que si lleva a prescindir de un cuerpo especializado de funcionarios de instrucción criminal— agrega a la promiscuidad del conocimiento de los Jueces Municipales, otro deber, el de adelantar el sumario, con mengua de su eficacia en la administración de justicia, pues acumula tantas y tan diversas funciones en quienes precisamente son los menos capacitados, en aquellos jueces de la clase "C.". Por su exigua remuneración, es natural que sean simples prácticos y no abogados. De otra parte, la mejor técnica procesal recomienda que sean funcionarios distintos los que se ocupen del sumario de los que adelanten el juicio, y aconseja que los instructores sean especialistas que cuenten, además, con la colaboración inmediata de expertos en Policía Científica y Medicina Legal.

Es obvio que esta competencia plena para adelantar el sumario y conocer del juicio, en materia penal, o para proferir sentencia y ejecutarla, en la rama civil, puede atribuirla el legislador a un solo juez, sin que por ello se oponga a los preceptos de la Carta. Y si así lo indica la ley, como resulta de la frase: "atribuir plena competencia a los Jueces Municipales en materia civil, penal", tampoco por ello deja sin funciones, ni posibilidad de función alguna a los Jueces de Circuito, para que se concluya que indirectamente estos funcionarios quedan suprimidos. Esa plena competencia, corresponde insistir, a la luz de la doctrina debe ser entendida como facultad de adelantar tanto el sumario como el juicio, en la rama penal, y de proferir sentencia y ejecutarla, en la rama civil, pero no como poder exclusivo y excluyente para conocer de toda la materia civil y de toda la materia penal.

Acaso, sin embargo, de esa "plena competencia" de los Jueces Municipales, no puede el legislador estatuir, por razón de la materia, una competencia colateral de los Jueces de Circuito para que se ocupen, en lo penal, de algunos delitos, y en lo civil, de determinados juicios? No está, por ejemplo, prevista esa competencia colateral con respecto a los Jueces Superiores, por razón de la materia, y para los Jueces de Menores, por razón de las personas?

3. La competencia y los grados de jurisdicción los indica la ley, cuando la Constitución Nacional no se ocupa expresamente de ella. Y sobre lo segundo, no resulta que la Carta haya previsto una segunda instancia ante los Jueces de Circuito, con respecto a los asuntos que se atribuyan a los Jueces Municipales, ni ningún orden jerárquico establece entre ellos (antes bien, unos y otros son designados por los Tribunales Superiores), ni cabe desprenderlo de las simples calidades que deben reunir las personas que desempeñen tales cargos. Si se diera esa supuesta jerarquía entre jueces, Cómo explicar que los Jueces Superiores, por caso, no tengan ninguna en relación con los Jueces Municipales? Según el artículo 157 de la Carta, tanto para servir las funciones de Juez de Circuito, como para ocupar el cargo de Juez de Menores, de Juez Superior, de Juez de Instrucción Criminal o de Juez especializado de superior o inferior categoría, se requiere, a más de otras calidades, la de "haber desempeñado un año, por lo menos, el cargo de Juez de Circuito o Juez Municipal". Sin embargo, no por ello cabe desprender que aquellos jueces, con respecto a los Jueces Municipales, estén en segundo grado de jurisdicción. Ha sido la ley y no la Constitución Nacional la que ha establecido —y únicamente para los Jueces de Circuito— la facultad de conocer en segunda instancia, de los asuntos atribuídos a los Jueces Municipales. Si esta doble instancia de Juez Municipal a Juez de Circuito no se desprendiera de la ley; si esta hubiera guardado silencio, podría, acaso, deducirse de los preceptos de la Constitución Nacional? Y si esto pudiera hacerse, no resultaría, entonces, que todos los jueces, con excepción de los Municipales, podrían conocer en segunda instancia de lo que éstos conocen en primera? Es evidente que el legislador, en este caso, puede prescindir de esa competencia funcional de los Jueces de Circuito, porque esta facultad fue creación suya y no del constituyente, y atribuírsela a los Tribunales Superiores, como lo hace la reforma judicial, acomodándose, en esta forma, al orden jerárquico previsto en el artículo 58 de la Carta y consagrando la revisión por un juez plural de las providencias del juez unitario, con beneficio para una mejor tecnificación del proceso. Por ello, la Sala, en esta sentencia, ha declarado exequible el precepto que consagra esta segunda instancia ante los Tribunales Superiores, de los asuntos atribuídos a los Jueces Municipales.

Por lo antes expuesto, muy comedidamente considero que no es inexequible la aludida frase del aparte a), efecto primero, del artículo 1º de la Ley 57 de 1963.

En lo demás, comparto lo resuelto por la mayoría de la Sala y voto, en consecuencia, afirmativamente el fallo.

Humberto Barrera Domínguez.

Fecha ut supra.

Salvamento parcial de voto

Con el debido respeto y comedimiento considero necesario adicionar o salvar parcialmente mi voto, en cuanto a la parte resolutiva de la precedente sentencia, por considerar que la Corte ha debido también declarar la inexequibilidad del ordinal 1º del artículo 11 del Decreto-Ley número 528 de 9 de marzo de 1964 como lógica consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de las normas contenidas en el primer ordinal de la parte resolutiva, como lo intentaré demostrar en la siguiente exposición:

La llamada Reforma Judicial, en especial el citado Decreto número 528, en síntesis, reorganizó la administración de justicia ordinaria, así: adscribió a los jueces municipales el conocimiento de los negocios de mínima cuantía, menor cuantía y mayor cuantía, sustituyendo a los jueces de circuito civiles y penales, o sea, los jueces de "plena competencia" se convierten en jueces de circuito y en municipales; y segundo, como secuela de lo anterior, los nuevos tribunales, distintos de los existentes antes, asumen el conocimiento de los negocios atribuídos antes a los antiguos tribunales y a los jueces de circuito, con evidente quebrantamiento de los artículos 155, 157, 158 y 159, último inciso de la Constitución, que en el año de 1945 elevó a canon constitucional la competencia funcional o jerárquica de tales jueces (Arts. 1º y 142 C. J.), además de fijar las bases de la carrera judicial, como lo anotan los actores, y que el A. L. Nº 1º del citado año ordenó al legislador organizar.

Para despejar cualquier duda sobre la violación de las disposiciones constitucionales citadas, se hace necesario hacer unas breves y someras consideraciones sobre las distintas clases de competencia de que se hallan investidos los jueces para la decisión de los litigios, sin que sobre advertir desde ahora que por el solo hecho de haber sido enunciados los jueces de circuito y municipales en el citado A. L., adquirieron la calidad de organismos constitucionales, dentro de la rama jurisdiccional, que la ley no puede suprimir ni directa ni indirectamente o dejándolos sin funciones.

En primer término, por razón de la materia la competencia, en cuanto a la naturaleza o contenido cualitativo, se clasifica en civil, penal, laboral, comercial, administrativa, etc., para la actuación de los juzgados especializados dentro del respectivo grado o categoría; y luego en cuanto al valor o cuantitativamente la competencia se clasifica en mínima, menor y mayor cuantía, como elementos de una escala ascendente o vertical, integrada antes de la reforma, por los jueces municipales, de circuito y Tribunales Superiores, para mencionar solamente los institutos en tela de juicio, dejando a un lado los superiores, de menores, etc. Es claro que, no solamente en el ramo civil, sino en el penal, se da la graduación según la gravedad del delito o la cuantía cuando se refiere a los consumados contra la propiedad.

Hecha la anterior clasificación, con un solo juez en cada materia o especialidad no puede atender o resolver todos los litigios, se impone la división del trabajo mediante la adecuada parcelación territorial, que en nuestra legislación comprende los distritos judiciales, los circuitos y los municipios, que el legislador, por expresa autorización del constituyente (Art. 158) puede agrupar, con el fin de evitar de que existan jueces municipales sin negocios por resolver como consecuencia del escaso número de litigios. A este fenómeno nominan los tratadistas italianos la distribución de la competencia en orden horizontal, para cubrir adecuadamente las necesidades de la pronta y oportuna administración de justicia en todo el territorio nacional.

Además, en forma un tanto excepcional, existe la competencia "por la calidad de las partes" con el fin de establecer un privilegio o fuero en favor de ciertas personas, como sucede con las entidades de derecho público (Estados, departamentos, municipios), o en los procesos previstos, por ejemplo, en el Art. 151 de la Carta y en otros determinados en expresas normas del C. de P. P. como las dictadas en desarrollo de ciertos pactos internacionales; pero estos fueros o competencias "por la calidad de las partes" no destruyen la competencia de

grado o jerárquica, pues ésta, distinta de aquella, fue objeto de especial consagración en la Carta por el constituyente de 1945, como pasa a verse.

Como los asuntos de alguna consideración, cualquiera que sea su naturaleza (civiles, penales, etc.), no pueden quedar definitivamente resueltos mediante una sola sentencia, se ha establecido la doble instancia, o sea la llamada competencia funcional o de grado, que fue, precisamente, la consagrada en el A. L. Nº 1º de 1945 en forma jerárquica o por categorías, para emplear la misma expresión del inciso 2º del Art. 159 de la Carta. Esta competencia funcional o jerárquica o por categorías, que se desenvuelve, como la cuantitativa, verticalmente, quedó integrada según el dicho A. L. por los jueces municipales, por los de circuito y por los tribunales superiores, cada uno de los cuales, respecto del anterior en las sucesivas instancias del juicio, ocupa un grado superior; y así, pues, el de circuito conoce en segunda instancia de los negocios que el municipal ha conocido en primera cuando procede el recurso de alzada; y los tribunales superiores conocen en segunda de los asuntos de mayor cuantía que los jueces de circuito han resuelto en primera en materia civil, penal, etc., supuesta la calidad de apelables.

Estos tres grados o categorías juez municipal, juez de circuito y tribunal superior, son los que el legislador no puede suprimir ni fusionar para crear jerarquías híbridas, en primera y en segunda instancia, con los jueces municipales nominados de "plena competencia" y los nuevos tribunales, integrados aquellos con funciones de los antiguos jueces municipales y parte de las de los de circuito; y los tribunales de reciente data con parte de las de los jueces de circuito y de las que competían a los antiguos tribunales.

Tan evidente resulta lo anterior que la ley, sin previa reforma constitucional, no podría encomendar a la Corte Suprema de Justicia la elección de los jueces de circuito, ni a éstos la designación de los municipales; y a pari, tampoco puede la ley suprimir, refundir o trastocar el orden y precedencia consagrados por los artículos citados de la Constitución, que fijaron la organización que el constituyente tuvo a bien dar a los tribunales ordinarios de justicia (Art. 1º C. J.).

De lo expuesto se deduce, sin la menor duda, que el numeral 1º del Art. 11 del Decreto Nº 528 de 1964, resulta claramente violatorio de los Arts. 155, 157, 158 y el último inciso del Art. 159 de la Carta, en cuanto tales disposiciones consagraron la competencia funcional de esta rama de la jurisdicción ordinaria, que el legislador no podía modificar en su orden o graduación, como tampoco suprimir la institución llamada "jueces de circuito" por estar fundada en la Constitución, aun cuando pueda, por ser como cuestion distinta, señalar las materias o procesos que, en concreto, deban juzgarse en única instancia o en dos, para determinar en esta forma —se repite— la competencia "por la calidad de las partes" (Art. 150 C. J.), es decir, el fuero de que gozan algunas personas como el Estado, los Departamentos, los Municipios y en algunas ocasiones las personas administrativas autónomas o descentralizadas.

En resumen, las citadas normas constitucionales señalaron las bases para una posterior regulación de la carrera judicial; determinaron a los juzgados de circuito y municipales como organismos constitucionales fijando su período, requisitos para su elección o nombramiento y entidad que debe hacerlo y, finalmente, establecieron su jerarquía o competencia funcional, dejando las otras, por razón del objeto (materia y cuantía), por razón del territorio y por la calidad de las partes, al prudente juicio del legislador que puede modificarlas en el momento y en la forma que estime más adecuado para la mejor administración de justicia. También puede fijar el número de jueces o juzgados que deben administrar justicia dentro de cada grado y de cada sede territorial, pues el Art. 58 de la Carta atribuyó al legislador la facultad de determinar, según las necesidades, el mínimo de estos funcionarios, pero sin modificar, sustituir o suprimir las cualidades que se acaban de enumerar en este aparte.

En mi concepto, la declaración de exequibilidad hecha en el fallo respecto del citado numeral 1º del Art. 11, resulta del todo inocua e inoperante, por sustracción de materia, al desaparecer, como tienen que desaparecer, los nominados jueces municipales de "plena competencia", para el restablecimiento o continuación del instituto constitucional de jueces de circuito, para quedar los grados como antes: juez municipal, juez de circuito y tribunal superior.

Además, pueden aducirse estas otras consideraciones, que llevan a la conclusión de que, válida y constitucionalmente, la dicha reforma judicial no podrá operar ni en cuanto a los jueces de plena competencia ni en cuanto concierne a los nuevos tribunales.

En primer término, si bien la Corte no puede declarar expresamente la inexequibilidad sino de los preceptos legales acusados, nada impide que el fallo, necesariamente, incida en la inoperancia o nulidad de otras disposiciones como ineludible y lógica consecuencia; y así sucede con la sentencia precedente, en la cual, entre otras declaraciones, se hizo la de inexequibilidad del Art. 1º de la Ley 27 de 1963 "en cuanto facultó al Gobierno para 'atribuir plena competencia a los jueces municipales' en materia civil y penal"; por tanto, si el congreso no tenía facultad para dar tal autorización o hacer la correspondiente delegación, por violar preceptos sustanciales de la Carta, al ordenar una supresión o fusión que él mismo no podía decretar, síguese que todas las normas dictadas por el Gobierno con fundamento en esa fallida autorización carecen de valor y de fuerza obligatoria aun cuando no hayan sido objeto de expresa declaración de inconstitucionalidad.

Como consecuencia de esta declaración, desaparecen los jueces municipales de plena competencia, que no dictarán ni autos ni sentencias que puedan subir en apelación, consulta o en virtud del recurso de hecho a los nuevos tribunales, que quedan sin funciones y eliminados por incidencia del fallo.

La declaración de inexequibilidad del ord. 7º del Art. 6º del Decreto-Ley 528 de 1964, impone el restablecimiento o continuación de los jueces de circuito.

Además, ha sido doctrina de la Corte que, declarada inexequible una ley, por el mismo hecho, ipso jure, cesan para lo futuro sus efectos; y en consecuencia, si suspendió, reformó o derogó una anterior, hecha aquella declaración, la antigua norma entra nuevamente en vigencia, porque, desaparecida la causa, tienen necesariamente que desaparecer los efectos, pues no sería posible que una norma inconstitucional, dictado el correspondiente fallo, siga produciendo efectos aun cuando se trata de disposiciones no declaradas inexequibles expresamente, pero si conexas con las que han sido objeto de tal declaración.

Por tanto, los tribunales superiores, los jueces de circuito y los municipales deben ser restablecidos o continuarán actuando de acuerdo con las normas contenidas en el C. de P. C., que en virtud del fallo de inexequibilidad readquieren total vigencia

Como una secuela de todo lo expuesto también resulta inaplicable en este caso el Art. 160 de la Carta por estar fuera de las hipótesis allí previstas.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

Salvamento de voto

Estamos en desacuerdo con el fallo de inexequibilidad de algunas de las disposiciones de la Ley 27 de 1963 y del Decreto 528 de 1964, acusadas por los doctores Samuel Syro y Leopoldo Uprymny, fallo que fue acogido por mayoría, después de ser negado el proyecto presentado por uno de los firmantes. Por ello salvamos el voto.

Nuestras razones son las siguientes:

1ª El constituyente ha otorgado, en toda época, al legislador la facultad de crear juzgados, señalar su competencia y fijar el territorio de su jurisdicción.

En efecto, todas las Constituciones Nacionales, desde la dè 1821 (artículos 147, 149 y 55 numeral 8º), y pasando por las de 1830 (artículos 36, numeral 8º, 109 y 112), de 1832 (artículos 47, numeral 7º, 130, 139 y 143), las reformas de 1842 y 1843 (artículos 67, numeral 14 y 123), de 1853 (artículos 41 y 43), de 1858 (artículos 29 numeral 11 y 47), de 1863 (artículo 69), hasta la Carta de 1886 (artículos 60, 153 y 156) han atribuído al legislador la facultad de crear juzgados, señalar su competencia y delimitar el territorio de su jurisdicción, y por tanto, de suprimirlos o cambiarlos. (Constituciones de Colombia, Pombo y Guerra. Edc. 1951).

En la Constitución de 1886, se encuentran estas previsiones:

"Artículo 60. Ejercen el Poder Judicial la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito, y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley.

"El Senado ejerce determinadas funciones judiciales"

"Artículo 156. La ley organizará los juzgados inferiores y determinará sus atribuciones y la duración de los jueces".

Como se ve, son de creación constitucional la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores de Distrito. Los juzgados deben ser establecidos por la ley, la que los organizará, les señalará funciones e indicará sus períodos.

En términos diferentes, pero guardando la misma idea, la reforma constitucional de 1945 trajo estas disposiciones:

"Artículo 58. La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia.

"El Senado ejerce determinadas funciones judiciales".

"La justicia es un servicio público de cargo de la Nación". (Art. 47 Acto Legislativo Nº 1 de 1945).

"Artículo 152. El territorio nacional se dividirá en Distritos Judiciales, y en cada uno de ellos habrá un Tribunal Superior, cuya composición y atribuciones determinará la ley". (Art. 55 Acto Legislativo Nº 1 de 1945).

De acuerdo con la reforma, son de creación constitucional la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores de Distrito. Al legislador se dejó la facultad de establecer otros Tribunales y los juzgados indispensables para una pronta administración de justicia. Esta última función es más clara todavía, si se atiende al artículo 164 de la Constitución (Art. 69 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945), que autoriza al legislador para establecer y organizar la jurisdicción del trabajo y crear tribunales de comercio.

La tendencia constitucional, en el sentido de dejar al Congreso la creación de juzgados, de determinar sus funciones y de señalar el territorio de su jurisdicción, ha sido constante, como se acaba de ver.

El señor José María Samper ("Derecho Público Interno de Colombia", Tomo II, Pág. 382, ed. 1951) explica la razón de esta tendencia, en los siguientes términos:

"Si la administración de justicia es una necesidad de toda la república, es claro que en toda ella deben establecerse los juzgados y tribunales adecuados para aquel servicio; y es, por lo tanto, deber ineludible del

legislador el proveer a tan apremiante necesidad, poniendo la justicia al alcance de todos los que la necesitan, según la naturaleza y cuantía de los negocios y las demás circunstancias determinantes de la jurisdicción. Mal puede la Constitución, que es ley fundamental, permanente y destinada a tener larga duración, determinar divisiones territoriales, ni jerarquías de jueces, ni atribuciones ni procedimientos judiciales; materias que son susceptibles de reformas o modificaciones. Así, el presente artículo se limita, con sobra de razón, a disponer que el territorio nacional se divida en distritos judiciales, para facilitar la administración de justicia, que en cada distrito de estos haya un tribunal superior, y que su composición y atribuciones serán determinadas por la ley".

El legislador, por su parte, hizo uso, en toda época, de esta atribución. Sin entrar al examen de todos los estatutos legales sobre la materia (entre otras, las Leyes 11 y 13 de 1825, la de 26 de junio de 1839, que creó circuitos judiciales en cada providencia, el Decreto 28 de mayo de 1840, que habló expresamente de los jueces de circuito y autorizó el establecimiento de jueces letrados en los cantones que así lo solicitasen, la Ley 61 de 1886, que organizó el Poder Judicial y el Ministerio Público, etc.), siempre estuvo atento el Congreso a crear los jueces que se requerían para la administración de justicia.

En el artículo 108 de la Ley 61 de 1886 se dispuso que, "por regla general, habrá en cada distrito judicial tantos juzgados de circuito cuantos en la actualidad conocen ya en asuntos civiles de mayor cuantía, ya en asuntos criminales, con o sin intervención del jurado, pero distintos de aquellos negocios de que conocen los jueces de los distritos municipales. No se comprenden en los juzgados de circuito aquellos que, en algunos extinguidos Estados, han tenido jurisdicción en todo el territorio; pero sí se comprende el que en el circuito de Bogotá ha existido con el nombre de Juzgado Ejecutor en asuntos civiles".

De aquella fecha (1886) hacia acá, son numerosas las leyes que ha dictado el Congreso, en las que dispone la creación de Tribunales, jueces superiores, jueces de Circuito, jueces municipales, jueces de prensa, jueces de tierras, etc. Algunas tuvieron por objeto la supresión de tales creaciones, y fue así como desaparecieron los jueces de prensa (Ley 105 de 1931 y Decreto 2082 del mismo año), los jueces de tierras (Ley 4ª de 1943), etc.

A manera ilustrativa se citarán algunos de esos estatutos legales:

La Ley 33 de 1935 autorizó al Gobierno para verificar una división judicial y reglamentar el funcionamiento de los juzgados existentes. Con base en ellos, se dictó el Decreto número 1714 de 1936, que, entre otras cosas, eliminó juzgados, de diversas categorías.

La Ley 75 de 1945 facultó al Presidente de la República para señalar el personal de los juzgados municipales y organizarlos en las Intendencias, Comisarías y lazaretos. En desarrollo de esta facultad, el Gobierno dictó el Decreto número 672 de 1946.

La Ley 26 de 1946 organizó la jurisdicción del trabajo. Se crearon los Tribunales y juzgados laborales.

La Ley 83 de 1946, "orgánica de la defensa del niño", creó la jurisdicción de menores.

Lo dicho es suficiente para llegar a la conclusión de que, desde el punto de vista histórico-jurídico, el Constituyente puso siempre en manos del legislador la facultad de crear juzgados o de suprimirlos, señalar su competencia y fijar el territorio de su jurisdicción. Y es notorio también que el legislador ha hecho uso siempre, en forma amplia, de esa atribución.

Por este aspecto, la Ley 27 de 1963 y el Decreto número 528 de 1964 corresponden exactamente a esta tradición.

2º Los juzgados de circuito no son de creación constitucional, sino legal, y por consiguiente, puede el legislador aumentar su número, o rebajarlo, o bien suprimirlos.

Dice la demanda que los artículos 1º, "efecto Primero", literal a) de la Ley 27 de 1963 y los artículos 1º, inciso 1º, 6º, ordinal 7º y 11, numeral 1º del Decreto Extraordinario número 528 de 1964, violan los artículos 155, 157 y 162 de la Constitución Nacional y el 12 del Plebiscito de 1º de diciembre de 1957, por dos motivos principales:

a) Porque con ellos se suprimen los juzgados del Circuito, que "forman parte integrante de nuestra organización judicial", al dar o atribuir plena competencia a los jueces municipales.

b) Porque "destruyen la carrera judicial".

Los juzgados de circuito forman, en la actualidad, "parte integrante de nuestra organización judicial", no porque el constituyente hubiera creado esta categoría de funcionarios judiciales, sino porque ellos, como se explicó atrás, habían sido establecidos anteriormente por el legislador.

Las disposiciones que, en concepto de los demandantes, fueron violadas, no hacen cosa distinta de reconocer la existencia de tales funcionarios como integrantes del sistema judicial vigente. Pero tal referencia en la Carta, y para exigir una determinada aptitud en quien aspira a una precisa posición dentro de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, no equivale a su creación constitucional, así como la cita que haga una ley de otra ya derogada, no alcanza a dar nueva vida a la referida (artículo 14 de la Ley 153 de 1887).

Cuando el constituyente quiso hacer la creación de un funcionario o de una corporación, no dejó campo a la menor duda sobre el particular. Fue así como indicó que la administración de justicia estaría a cargo de "la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y los demás Tribunales y juzgados que establezca la ley". Y dispuso luego, que el territorio nacional se dividirá en distritos judiciales y que, en cada uno de éstos, habría un Tribunal Superior. Por lo demás, se dejó al legislador la potestad de crear los tribunales y juzgados que, en cada momento, se requirieran para una pronta y eficaz administración de justicia.

Si el Constituyente del año de 1945 hubiera querido institucionalizar los jueces de circuito, los jueces superiores, los jueces de menores, etc., los habría incluído con toda claridad y sin dejar campo a la duda, en el artículo 47 del Acto Legislativo número 1 de ese año, que es el 58 de la Codificación Constitucional, al estructurar la Rama Judicial del Poder Público. Sin embargo, no lo hizo así. De donde se desprende que, al citarlos posteriormente, para indicar sus calidades y formas de nombramiento, lejos de institucionalizarlos, los tuvo como creaciones del Legislador. Y ello, para que la Rama Legislativa del Poder Público pudiera, en cada caso, atender a las necesidades de la administración de justicia y no quedara colocada dentro de una camisa de fuerza, en materia que no reza exactamente con la organización estatal.

3º Pero es más: ni la Ley 27 de 1963, "por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, de acuerdo con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional", ni el Decreto número 528 de 9 de marzo de 1964, en sus disposiciones acusadas, suprimen los jueces de circuito, a pesar de que en lo civil se haya dado a los jueces municipales plena competencia para conocer "de los demás asuntos de que hoy conocen los jueces de circuito".

4ª Se ha dicho, no obstante, que, al dejar sin funciones a los jueces de circuito, lo que es dudoso en lo penal, se han suprimido implícitamente estos funcionarios. Lo que equivale a confundir las funciones con los órganos que las cumplen.

No es de recibo alegar que, de acuerdo con el artículo 63 de la Constitución, se han suprimido los jueces de Circuito, pues sus funciones han pasado a los jueces municipales. La institución "jueces de circuito" podría subsistir, aunque se les hubiese quitado su competencia actual. Lo que ocurriría en tal caso sería que no podrían actuar, mientras el legislador no les atribuyese nueva competencia.

5ª Corresponde al legislador señalar la competencia y los grados de jurisdicción, cuando la Constitución no los ha fijado expresamente. De ahí que el artículo 152 de la Carta indique que será la Ley la que fije las atribuciones de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y que el artículo 158 ordene al legislador señalar "la competencia de estos funcionarios (se refiere a los jueces municipales) y el territorio de su jurisdicción".

Se ha admitido, pues, generalmente, y así lo acepta también el fallo de la mayoría, que es la ley la que fija la competencia de los funcionarios judiciales, si la Constitución expresamente no la ha señalado. De tal atribución hizo uso el Ejecutivo, previa extraordinaria autorización, para dar plena competencia a los jueces municipales. La plena competencia —se ha dicho— no es "una facultad exclusiva y excluyente para administrar justicia, que de manera obligada deje sin funciones a otros organismos del mismo grado de jurisdicción. Ella se predica de la capacidad para instruir el sumario y conocer del juicio, en materia penal, y para proferir sentencia y ejecutarla, en materia civil".

No podría aceptarse válidamente que, al atribuir plena competencia a los jueces municipales, el legislador hubiera quedado inhabilitado para conceder competencia a los jueces de circuito sobre determinadas materias, como la tienen los jueces superiores, los jueces de menores, etc.

Dio el legislador facultades extraordinarias al Ejecutivo para hacer la reforma judicial. En tal virtud, se dictó el Decreto número 528 de 9 de marzo de 1964, que atribuye plena competencia a los jueces municipales para conocer "en primer instancia de los procesos por delitos cuya competencia no esté atribuída a otra autoridad". Con ello no se hizo otra cosa que cumplir el mandato de la Carta (Art. 158), de acuerdo con el cual "la ley señalará la competencia de los jueces municipales. Tan cierto es ello que la misma sentencia de la mayoría ha admitido que la segunda instancia de las providencias que dicten estos funcionarios ha de surtirse ante el Tribunal Superior.

Cosa igual ocurre con los jueces municipales civiles.

Aunque éstos han de conocer "de los demás asuntos de que hoy conocen los jueces civiles de circuito", según el Decreto 528 de 1964, no por ello se sostendría que el legislador clausuró toda posibilidad de dar competencia a otros funcionarios de igual o superior categoría. La facultad legislativa del Congreso no se ha agotado, ni se habían agotado tampoco las facultades extraordinarias del Ejecutivo, vigentes hasta el 20 de julio de 1964.

6ª La carrera judicial viene siendo organizada a raíz del Decreto número 1698 de 16 de junio de 1964, dictado en virtud de las autorizaciones que el legislador concedió al Gobierno. Mal podría pensarse que tal carrera queda destruída con la disposición que atribuye plena competencia a los jueces municipales, pues tal ordenamiento tiende precisamente a dar vida a una aspiración constante del constituyente y de la nación, en el sentido de llevar a los cargos judiciales a los ciudadanos más aptos por su virtud y sus conocimientos, por su amor a la justicia y sus excelentes dotes intelectuales. Si la tacha se funda en que "implícitamente" se suprimieron los jueces de circuito, con lo cual se interrumpía la carrera judicial, podría responderse que los jueces municipales de plena competencia dan la aptitud indispensable para llegar a los Tribunales Superiores, en la misma forma en que la daban los jueces del circuito, según el artículo 7º del Decreto Nº 1698 de 1964. Indica lo anterior que, en este caso, se ha cumplido un simple cambio de nombres.

De donde sè desprende que, de acuerdo con la sentencia anterior, bastaría con que se diera denominación de jueces de Circuito a algunos de los jueces Municipales de plena competencia para que la situación de inconstitucionalidad quedara subsanada.

7ª Finalmente, la sentencia, en realidad, declara la inexequibilidad de una disposición legal, que no ha sido demandada: el artículo 109 del Decreto Nº 1356 de 9 de junio de 1964. Este sí dispuso la supresión de los jueces de circuito. Pero este texto ni siquiera fue mencionado por los doctores Syro y Uprimny. Ni "implícitamente" podría considerarse acusado de inconstitucionalidad, como se ha dicho, porque a la fecha de la demanda, no se había dictado.

Bogotá, 1º de julio de 1965.

Samuel Barrientos Restrepo, Ramiro Araújo Grau, Enrique López de la Pava, Simón Montero Torres.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS FERNANDO PAREDES ARBOLEDA.

La sentencia de la Corte declara inexequible el aparte a) del efecto primero del artículo 1º de la Ley 27 de 1963, en cuanto faculta al Gobierno para "atribuir plena competencia a los Jueces Municipales" en materia civil y penal; el inciso 1º del artítulo 1º del Decreto Ley 528 de 1964, según el cual "los Jueces Municipales en lo penal conocen en primera instancia de los procesos por delitos cuya competencia no esté atribuida a otra autoridad"; el ordinal 7º del artículo 6º del mismo Decreto Ley, según el cual los Jueces Municipales en lo civil conocen en primera instancia "de los demás asuntos de que hoy conocen los Jueces Civiles del Circuito". Estima la Corte que las mencionadas normas conducen a dejar sin funciones a los Jueces del Circuito, y por lo mismo, a eliminarlos, con lo cual se vulneran los artículos 60, 155, 157, 158 y 162 de la Carta, y el artículo 12 de la reforma constitucional aprobada por el Plebiscito de 1º de diciembre de 1957.

No comparto la opinión mayoritaria de la Corte, pues, en mi concepto, las normas acusadas no vulneran, directa ni indirectamente, los preceptos de la Constitución Nacional.

En pro de la tesis de inexequibilidad sostenida en el fallo, se hacen consideraciones, sin duda, de especial importancia jurídica. Destaco de ellas las siguientes:

1º) La reforma constitucional de 1945 establece la Jerarquía de la rama jurisdiccional en esta forma: "a) Corte Suprema; b) Tribunales Superiores de Distrito; c) Jueces Superiores, de Circuito, de Menores, de Instrucción Criminal y especializados, de igual o superior categoría a los indicados; y d) Jueces Municipales".

2º) Instituida la Jerarquía de la rama jurisdiccional, se dejó al legislador la facultad de establecer y organizar la carrera judicial, de acuerdo con esta Jerarquía. Esa es la significación que tienen los preceptos del artículo 162 del ordenamiento constitucional vigente y 12 de la Reforma Plebiscitaria de 1957.

3º) El Ordenamiento Constitucional anterior a 1945 reservó a la ley la facultad de crear los Juzgados inferiores. El Constituyente de dicho año, modificó esa situación, pues estableció la Jerarquía judicial, designó los grados que la integran y facultó al legislador para reglamentar la carrera judicial. En tal forma elevó a la categoría de canon constitucional la ley vigente hasta entonces, creadora de la judicatura.

4º) La reforma de 1945 no se limitó a dejar el encargo de administrar justicia en los grados inferiores de la Jerarquía jurisdiccional a los juzgados "que establezca la ley", sino que completó el ordenamiento instituyendo determinadas categorías de jueces, como los de Circuito, que el legislador está obligado a respetar en la organización del servicio de justicia.

Concluye que el legislador no tiene facultad para eliminar las categorías específicas de Jueces a que se refieren los artículos 155, 157 y 158 de la Constitución.

A lo anterior, observo:

—II—

Dentro del régimen constitucional colombiano, no puede remitirse a duda que la materia relativa al señalamiento de las atribuciones que corresponden a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y a los Juzgados inferiores, está deferida a lo que disponga el legislador.

La anterior afirmación se apoya en las siguientes disposiciones constitucionales: Art. 152. "El territorio nacional se dividirá en Distritos Judiciales, y en cada uno de ellos habrá un Tribunal Superior, cuya composición y atribuciones determinará la ley".

En el artículo 158, que, luego de señalar las calidades y requisitos para ser Juez Municipal, de indicar la forma de elección y de fijar su período, agrega: "La ley señalará la competencia de estos funcionarios y el territorio de su jurisdicción, ordenando la agrupación de varias poblaciones cuando lo considere necesario".

Es indiscutible, igualmente, que las normas acusadas y declaradas inexequibles por el fallo se dirigen, según su contenido, a regular la competencia de varios órganos jurisdiccionales. El artículo 1º, efecto primero, aparte a) de la Ley 27 de 1963, por la cual se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República, le faculta para "atribuir plena competencia a los Jueces Municipales en materia civil, penal y laboral...". El Presidente hizo uso de esa facultad y distribuyó la competencia en materia civil y penal de los Jueces Municipales, según se dispone en el inciso primero del artículo 1º del Decreto Extraordinario 528 de 1964 y en el artículo 6º, ordinal 7º del mismo estatuto.

De lo anterior aparece claro y evidente que el legislador, al investir de facultades extraordinarias al Presidente de la República para reorganizar la Rama Jurisdiccional del Poder Público, y, dentro de esa finalidad, al autorizarlo para atribuir plena competencia a los Jueces Municipales en materia civil, penal y laboral, según reza el artículo 1º de a Ley 27 de 1963, no pudo violar la Constitución Nacional, pues, por el contrario, tal proceder resulta acorde con el ejercicio de atribución que le es propia según los artículos 152 y 158 de la Carta, y de la cual hizo delegación en la Rama Ejecutiva, al revestir, **pro tempore**, al Presidente de la República de facultades extraordinarias, conforme a lo previsto por el ordinal 12 del artículo 76 del mismo Estatuto fundamental.

Como consecuencia, y por las mismas razones, también resulta evidente que las normas del Decreto 528 de 1964, por las cuales el Presidente de la República atribuyó plena competencia a los Jueces Municipales, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 27 de 1963, se atemperan a los preceptos de la Carta Fundamental, principalmente a lo dispuesto en el último inciso del artículo 158, en cuanto allí se dispone que la ley señalará la competencia de los Jueces Municipales.

Por el aspecto que se deja analizado, surge con toda claridad y nitidez que las normas acusadas y declaradas inexequibles por el fallo, lejos de ser inconstitucionales, se ajustan a lo preceptuado por los artículos 76 ordinal 12, 152 y 158 de la Carta. Es decir, que tanto el legislador al revestir **pro tempore** de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República, según aparece de lo dispuesto en la Ley 27 de 1963, como éste al ejercerlas, dentro de los límites asignados, por medio del Decreto 528 de 1964, actuaron en armonía con normas de la Constitución, por lo que, si esto es así, no puede afirmarse ni predicarse de ellas violación de la misma Carta Fundamental.

—III—

Sostiene el fallo que solo a partir de la reforma constitucional de 1945 se instituyó la Jerarquía de la Rama Jurisdiccional, afirmación que apoya en los artículos 155, 157 y 158 de la actual Codificación constitucional.

Me aparto de ese concepto, pues la Jerarquía en Rama Jurisdiccional del Poder

Público existe, como regulación constitucional, desde el Estatuto Fundamental de 1886, que preceptuó, por medio de su artículo 60, lo siguiente: "Ejercen el Poder Judicial la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley...".

La reforma constitucional de 1945 mantuvo la misma institución jerárquica, al disponer en el artículo 47 del Acto Legislativo número 1 de ese ano, que corresponde al 58 en la actual Codificación, lo siguiente: "La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia".

En esas normas es, a mi entender, donde el Constituyente institucionalizó y determinó la Jerarquía jurisdiccional, mediante el señalamiento de los diversos organismos y categorías que administran justicia, en el siguiente orden descendente: a) Corte Suprema de Justicia; b) Tribunales Superiores de Distrito y c) los "demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley".

En apoyo de este criterio de interpretación, que permite ubicar el origen y fundamento constitucional de la Jerarquía jurisdiccional en el artículo 58 de la Carta, basta considerar que este precepto hace parte del Título V, destinado a instituir y regular el Poder Público y los Organismos por medio de los cuales se ejerce. Así, dicho Título, que es uno de los más importantes del Estatuto Fundamental, porque determina y estructura la organización jurídico-política de la Nación, principia por establecer, en el artículo 55, que son Ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional. Instituye como órganos del Poder Público el Congreso, al Gobierno y a los Jueces, con funciones separadas, pero que colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado. Determínase luego, en el mismo título, cómo se forma el Congreso (Art. 56), y qué es lo que constituye el Gobierno (Art. 57), para disponer, en seguida, lo relativo a los Jueces que integran la Rama Jurisdiccional del Poder Público, y enumerar, como tales, a la Corte Suprema, a los Tribunales Superiores de Distrito y a los demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley.

Con fundamento en esa facultad constitucional, el legislador ha creado, mantenido y suprimido Juzgados que corresponden a distintas denominaciones, tales como Juzgados Superiores, de Circuito, de Menores, de Prensa, de Tierras, de Instrucción Criminal, de Trabajo y Municipales, y, desde entonces, en cumplimiento de lo preceptuado inicialmente por el artículo 156 de la misma Carta de 1886, y luego por los artículos 58 y 63 de la actual Codificación, ha organizado esos Juzgados inferiores en distintas clasificaciones y ha determinado sus atribuciones y funciones.

La incorporación en la Constitución, por las reformas efectuadas en los años de 1945 y 1947 (artículos 155 y 157 de la actual Codificación), de la variedad de Jueces inferiores que, hasta entonces, había creado la ley, entre los cuales se comprende a los Jueces de Circuito, no contradice, desvirtúa ni suprime la facultad conferida por la misma Constitución al legislador (Art. 47 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945 que corresponde al artículo 58 de la Codificación) para crear los Juzgados que integran el orden inferior de la Jerarquía jurisdiccional. Esa incorporación constitucional, meramente enunciativa, se hizo para asegurar los fines y los efectos perseguidos en los citados artículos 155 y 157 de la Carta, o sea, determinar en el Estatuto Fundamental las calidades y condiciones requeridas para el desempeño de los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores, de Juez Superior, de Circuito, de Menores o Juez especializado, o Juez de Instrucción Criminal, de igual o superior categoría a los indicados, con el propósito de mejorar la administración de justicia, por el aspecto del factor humano que en ella interviene, que la realiza y desempeña, y para efectos de facilitar se implante la carrera judicial, que la propia Constitución ordena establecer, según lo dispuesto por el artículo 162 (62 del A. L. de 1945) y organizar, según el artículo 12 de la Reforma Plebiscitaria de 1957.

Que los artículos 155 y 157 de la Constitución no tienen por finalidad establecer la Jerarquía judicial, (ya establecida o instituida según el artículo 58), es cuestión que resulta clara y nitida, si se advierte que en dichas normas para nada se menciona a la Corte Suprema de Justicia, organismo al cual debe corresponder, sin duda alguna, el más alto grado u orden de la Jerarquía Jurisdiccional.

Para fijar el recto sentido y entendimiento que debe darse a esas normas constitucionales, precisa tener en cuenta, además de su conexión, algo que satisfaga el carácter de su formación conceptual, y de éste no puede deducirse el propósito del Constituyente, como se pretende en el fallo, de fijar o estatuir, mediante esos preceptos, la descripción e interpretación del contenido estructural de la Jerarquía jurisdiccional.

La clasificación y denominación de los Juzgados inferiores, dentro de la organización judicial que encontró ya creada el constituyente de 1945, obedece a la necesidad de disponer, como en toda organización, de una nomenclatura que facilite y permita el reparto de competencias, por razón de la cuantía de los negocios, o por la naturaleza de los mismos, o por la calidad de las partes, o por cualquiera otro de los factores que, de ordinario, se tienen en cuenta para distribuir la competencia.

Se afirma en el fallo, que los Jueces de Circuito están consagrados, por la reforma de 1945, como categoría específica constitutiva de un eslabón primario de la Jerarquía Jurisdiccional, por lo que el legislador no tiene facultad para eliminar esos jueces, ni los demás que se mencionan en los artículos 155, 157 y 158 de la Carta. Semejante criterio conduciría a aceptar que el Juez del Circuito u otro de cualquiera denominación que, en cada caso concreto, aplica y actualiza el Poder Público que corresponde a la rama Jurisdiccional, constituye el soporte de la organización jurisdiccional, y no simplemente uno de tantos sujetos de la misma, sin capacidad para paralizar la acción del todo.

Finalmente, para desvirtuar la argumentación contenida en el fallo de que los Juzgados de Circuito no pueden eliminarse de la organización jurisdiccional por el legislador, basta observar que la Constitución en ninguna parte ordena que el territorio nacional se divida en Circuitos judiciales y en cada uno de ellos haya uno o más Jueces del Circuito, como expresamente sí lo dispone respecto de los Tribunales Superiores según el precepto contenido en el artículo 152.

Fecha ut supra.

Luis Fernando Paredes Arboleda

SALA DE CASACION CIVIL

Extractos de Jurisprudencia de esta Sala, a cargo del Relator Judicial Auxiliar de entonces, Sr. Carlos Manuel Gutiérrez E.

INDEMNIZACION DE PERJUCIOS DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE COMODATO, POR FALTA DE RESTITUCION DEL OBJETO MATERIA DE LA ESTIPULACION.

Error de hecho. Fin inmediato y directo de la casación. Interés jurídico para recurrir. Se reitera la doctrina atinente al sentido y alcance del Art. 28 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, tres de febrero de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid).

Juicio ordinario de Jaime Ortiz Cortés contra Alberto Gómez Gómez.

Antecedentes

Jaime Ortiz Cortés, por medio de apoderado, en demanda contra Alberto Gómez Gómez, solicitó al juez cuarto del circuito civil de Medellín el siguiente pronunciamiento:

"I. Que el señor Jaime Ortiz Cortés entregó al señor Alberto Gómez Gómez, en las horas del medio día del 15 de febrero del presente año (1960) y en el garaje situado en el antiguo local del Teatro Bolívar de esta ciudad, gratuitamente y para que éste hiciera uso de la cosa, el automotor determinado en el hecho segundo, con cargo de restituírlo, en Medellín, a las 8 de la noche de esa misma fecha.

"II. Que el señor Alberto Gómez Gómez incumplió su obligación de emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y por ello responde hasta de la culpa levísima.

"III. Que el deterioro sufrido por la cosa, a causa y en manos del señor Alberto Gómez Gómez, es tal que ella no es susceptible de emplearse ya en su uso ordinario, de suerte que el señor Jaime Ortiz Cortés obra en derecho al abandonar su propiedad en aquél y en exigirle, en cambio, el precio anterior de ella, máxime si se considera que el demandado no ha intentado ni siquiera restituírla en su pésimo estado actual.

"IV. Que con su obstinación, el señor Alberto Gómez Gómez ha causado al señor Jaime Ortiz Cortés graves perjuicios de orden material, ya que éste no ha podido ad-

quirir otro automóvil ni usar el ya referido para la frecuente movilización que requiere la índole de sus ocupaciones como Asesor Contable y Tributario.

"V. Que, en consecuencia, el señor Alberto Gómez Gómez está en la obligación de pagar a mi mandante, previa tasación de peritos y por el valor que se determine en la sentencia o en trámite posterior, no solo el daño emergente sino también el lucro cesante y las costas del juicio.

"VI. Que en subsidio, en cuanto a daño emergente, el señor Alberto Gómez Gómez está en la obligación de pagar a mi mandante la diferencia entre el precio anterior y el precio actual de la cosa.

"VII. Que, en subsidio, las peticiones de mi mandante prosperan con base en los derechos y en las acciones contempladas por los artículos 2341 y siguientes y concordantes del Código Civil".

En apoyo de sus pretensiones el actor dijo:

Que Alberto Gómez Gómez le propuso compra de un vehículo automotor suyo, determinado así: "Marca De Soto, color café, placas de servicio particular número 06699, motor S11132762, modelo 1947, capacidad para 6 pasajeros".

Que el actor fijó como precio del automóvil la suma de $ 8.000.00; y que el demandado ofreció la suma de $ 7.500.00, "pero con opción a mejorarla si aquél le facilitaba al segundo y bajo responsabilidad del mismo, el automóvil citado, para ensayarlo en un viaje de ida y regreso entre Madellín y El Santuario (Antioquia), desde las tres de la tarde hasta las ocho de la noche del 15 de febrero".

Que en virtud de este acuerdo, en las horas del medio día del 15 de febrero, entregó el vehículo al señor Alberto Gómez Gómez y éste lo recibió, en el garaje que queda situado en el antiguo local del Teatro Bolívar en la ciudad de Medellín.

Que Gómez Gómez contrató con Víctor Ochoa Martínez, mecánico que le había prestado varios servicios personales, la conducción del vehículo en el citado viaje; y que "al regreso, en el paraje de Santa Elena, del distrito de Medellín, ocurrió un grave accidente de tránsito a causa del cual perdieron la vida una distinguida señorita y otro señor, y sufrieron lesiones la otra pasajera, mujer legítima del demandado, y los dos conductores".

Que Gómez Gómez no comunicó al demandante lo acaecido "no obstante ser de su cargo la restitución de la misma especie después de terminado el uso"; y que los restos del automóvil permanecen en los patios de la Dirección de Transportes y Tránsito.

Que Gómez Gómez estaba obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa "y responder hasta la culpa levísima"; y que no solo manifestó que no tenía por qué dar aviso al demandante, "sino que, además, se niega a la restitución de la cosa".

Que "el deterioro que en manos y por culpa del señor Alberto Gómez Gómez sufrió la cosa, es tal que ella no es susceptible de emplearse ya en su uso ordinario, de suerte que mi mandante opta por exigir el precio anterior de ella y abandonar su propiedad en aquél".

Surtido el traslado de la demanda, el opositor por medio de su apoderado le dio respuesta, en la cual niega la mayoría de los hechos; dice que no es cierto que haya ofrecido $ 7.500.00 por el vehículo; que no es cierto que el demandante le haya entregado el carro para ensayarlo, sino que dio orden al señor Víctor Ochoa para que sacara el carro y lo mostrara al demandado, y 'que podía ir con el carro hasta El Santuario y que si le gustaba podían entrar en negocio'; que el carro se lo entregó Ortiz a Ochoa para que lo guiara; que quien buscó a Ochoa fue Ortiz y no Gómez; que "es cierto que ocurrió un accidente cuando el automóvil venía bajo el cuidado y manejado y conducido por Víctor Ochoa"; que nada te-

nía que comunicarle al señor Ortiz sobre el carro "ya que éste estaba al cuidado de Víctor Ochoa a cuyo cuidado lo había puesto el señor Ortiz"; que el cuidado y diligencia en el uso de la cosa estaba a cargo del chofer Víctor Ochoa a quien Ortiz se lo había entregado; que Gómez nada tiene que ver con los daños, pues, al contrario, es él quien debería demandar por perjuicios recibidos. Propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería, de inepta demanda, de prescripción, de carencia de acción, de petición de modo indebido, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Tramitada la primera instancia, el Juez Cuarto del Circuito Civil de Medellín le puso fin mediante sentencia de fecha diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos sesenta dos, por la cual se dispuso no hacer las peticiones de la demanda, y absolver de todos los cargos formulados al demandado. Se condenó en costas a la parte actora.

Contra este pronunciamiento se interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de fecha veinticuatro (24) de septiembre del año de 1963, dispuso revocar la del inferior, y en su lugar hacer las declaraciones solicitadas bajo los ordinales 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 7º de la demanda; negó el pedimento del ordinal 4º y declaró no probadas las excepciones propuestas.

La parte opositora interpuso recurso de casación que le fue concedido.

La sentencia acusada

Para fundamento de su decisión, el Tribunal razona en la forma siguiente:

"Está demostrado suficientemente en los autos que el demandante dio en préstamo o comodato al demandado el automóvil... con el fin de que lo ensayara en un viaje al Santuario (Antioquia) para determinar si se lo compraba o no.

"El demandado confiesa dicho hecho en posiciones (Fls. 21 y 22 del C. Nº 2) y en la contestación de la demanda. En relación con la entrega del automotor para el uso antedicho, deponen los testigos Iván Rendón Vieco, Hernando Galeano, Antonio J. Ospina Osorio y Joaquín Emilio Pérez (Fls. 15v., 16, 17, 18, 25v., 26 y 27 del C. Nº 2).

"Es incuestionable que el precitado automotor aún no lo ha devuelto el demandado al demandante, a pesar de que el actor solamente se lo entregó o lo puso a disposición del demandado para que lo utilizara o ensayara el día 15 de febrero de 1960 para hacer un viaje al municipio de El Santuario.

"El vehículo sufrió daños o deterioros como se pudo constatar en la inspección ocular que practicó el juzgado a-quo (Fl. 9f. y v. del C. Nº 3) y ello ocurrió como aparece demostrado por confesión, prueba testimonial y prueba documental, precisamente el día en que el demandado estaba ensayando el vehículo con la finalidad de determinar si lo compraba al actor.

"De conformidad con lo establecido por el artículo 2203 del C. C. el comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa y responde hasta de culpa levísima y de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa.

"Según lo dispuesto por el artículo 2204 del mismo código cuando el comodato fuere en pro de ambas partes el comodatario responde de la culpa leve.

"En el caso presente se trata de reclamación de indemnización de perjuicios por razón de culpa contractual, la cual se presume por el incumplimiento de la obligación de restituir el vehículo facilitado en préstamo o comodato, y por razón de los daños y deterioros que sufrió el vehículo durante la vigencia del comodato.

"El demandado no ha demostrado que hubiera habido caso fortuito en la realización del daño o deterioro del vehículo a que

se ha hecho referencia, y que aún en el caso de que lo hubiera habido no le fuera imputable por algún aspecto a él.

"Antes bien, aparecen datos en el expediente relativos (Fls. 15 a 27 y 31 a 99 del C. Nº 2) a que el chofer Víctor Ochoa fue contratado por el demandado; que dicho chofer no tenía el pase o la patente vigente, y que durante el viaje al Santuario tanto el demandado como el referido chofer tomaron licor.

"No se trata en el caso que se analiza de responsabilidad civil extracontractual sino contractual, como antes se dijo. En este evento la culpa civil se presume por el incumplimiento del comodatario en la restitución y por los deterioros que tiene la cosa (Arts. 1604 y 2203 del C. C.).

"La circunstancia de que el chofer Víctor Ochoa hubiera sido absuelto por la justicia penal (Fls. 31 a 100 del C. Nº 2 y 46 a 50 de este cuaderno) no significa que el comodatario Alberto Gómez no hubiera incurrido en la culpa civil que se presume, ni que hubiera habido comprobación del caso fortuito en el cual no hubiera tenido el señor Gómez ni siquiera culpa levísima (Art. 2203 del C. C.).

"El demandante no ha demostrado plenamente que sea el propietario del vehículo especificado en el hecho segundo de la demanda, pero para el perfeccionamiento y la verificación del contrato de comodato no se requiere que el comodante sea el dueño de la cosa; es obvio que el comodante puede ser o no propietario de la cosa.

"....

"Las excepciones de ilegitimidad de la personería, inepta demanda, prescripción, carencia de acción, petición antes de tiempo, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, no tienen fundamento y por ende no enervan la acción incoada".

La impugnación

Primer cargo

Se acusa la sentencia recurrida con base en la causal primera de que trata el inciso 2º del artículo 520, en su ordinal 1º, "por violación indirecta de la ley sustantiva a causa de apreciación errónea de las pruebas" e indícanse como violados indirectamente los artículos 2200, 2203, 2204, 1604 y 1613 del C. C., por aplicación indebida; y el 1757 del mismo código, por falta de aplicación.

Afirma el recurrente que las pruebas mal apreciadas fueron las posiciones extra y dentro del juicio absueltas por el demandado (Fls. 18 v. a 19 y 21 a 22 del C. Nº 2) y la contestación de la demanda que aparece al Fl. 6 del C. Nº 1.

Divide su alegación a este respecto en dos apartes titulados "Demostración del error de hecho" y "Demostración de la infracción indirecta de la ley". Y en relación con el primero dice:

"En las pruebas antes determinadas no se encuentra, de ninguna manera, acreditado el contrato de comodato o préstamo de uso del automóvil en referencia. No obstante, la sentencia lo considera 'suficientemente demostrado'. Decir esto y afirmar que el demandado en las posiciones que absolvió, y su apoderado en la contestación de la demanda, confiesan la existencia de ese contrato, sin indicar los respectivos pasajes, de los cuales se desprenda la confesión de hechos o circunstancias indicativos de la celebración de un contrato, no constituye el análisis serio de la prueba que el juzgador debe llevar a efecto para llegar a conclusiones jurídicas aceptables. Se han debido transcribir los hechos que se consideran confesados por el demandado y por su apoderado, y que estructuran el préstamo de uso, tal como lo define el artículo 2200 del C. C. Solo así el Tribunal podría haber obtenido un juicio de valoración de la prueba, en forma correcta y legal, para dar por establecidas procesalmente las obligaciones a cargo del demandado.

"De aquellos medios probatorios solo se puede concluir que entre las partes en litigio no existió contrato alguno. Los hechos aceptados por el recurrente y las afirmaciones del apoderado contenidas en la contestación de la demanda, no alcanzan a configurar siquiera el contrato de venta a prueba, que define el artículo 1879 del C. C.".

Transcribe apartes de las posiciones rendidas por el demandado, hace alusión a la contestación de la demanda, y agrega en seguida:

"La simple lectura de estas tres manifestaciones del demandado y de su apoderado, nos indican que estamos en presencia de un protuberante, de un evidente error de hecho, cometido por la Sala de Decisión que firmó la sentencia recurrida, al dar por probado el contrato de comodato con esas pruebas.

"Ningún elemento de los que configuran el contrato de préstamo de uso se desprende de los hechos confesados en esas tres pruebas. Si en algo están de acuerdo las partes es en que se tenía la intención de efectuar una compraventa, previo ensayo del carro, sin que todavía existiera acuerdo en el precio de la cosa. De ninguna manera se puede inferir de ellas la intención de hacer entrega del carro al posible comprador a título gratuito, sin más ni más, y en consideración 'intuitu personae'. Se perseguía únicamente adelantar entre las partes un posible contrato de compraventa de un automóvil, para lo cual el promitente comprador le pidió al demandante que se lo vendiera ensayado".

En otro de los apartes del recurso se dice:

"El comodato no existe si no hay tradición de la cosa que se vaya a prestar (inciso 2º del artículo 2200 del C. C.). Y el demandado enfáticamente niega la entrega, pues siempre afirma que ni el demandante se lo entregó, ni él lo recibió. Que fue al chofer Víctor Ocha a quien Ortiz le confió el vehículo, previa entrega de las llaves. De su confesión, en consecuencia, tampoco dedúcese el requisito esencial de la tradición, para que el contrato se perfeccione".

En la segunda parte de su exposición afirma el recurrente que el Tribunal, al interpretar erróneamente las pruebas antes determinadas, viola indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 2200, 2203 y 2204 del C. C. y el 1613 de la misma obra, porque de tales pruebas no se deducen los elementos configurativos del contrato de comodato, tal como se define en el artículo 2200; ni tampoco se infiere que el contrato de comodato sea en pro de ambas partes, conforme al artículo 2204; y agrega:

"Para que el contrato se tenga legalmente por acreditado es necesario que conste por escrito, que haya un principio de prueba por escrito, completada por testimonios, o que el demandado o su apoderado confiesen. Solamente por estos medios podrá justificarse el acuerdo, voluntades sobre la cosa que se va a prestar a título gratuito. Por testigos únicamente podrá establecerse la tradición necesaria para el perfeccionamiento del contrato. Pero una cosa es la manera como se perfecciona el contrato, y otra muy diferente la manera como se aprueban los otros elementos que configuran el compromiso de entregar la cosa que se debe hacer (sic) a título gratuito".

Alega en seguida que no se ha configurado la opción de que trata el artículo 23 de la Ley 51 de 1918, ni tampoco la venta a prueba, al ensayo o al gusto, de que habla el artículo 1879 del C. C., para afirmar más adelante:

"Lo dicho antes nos lleva a la conclusión de que no hubo contrato de comodato, o al menos no se le acreditó en la forma 'ad probationem' establecida por los artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887. Tampoco la venta a prueba alcanzó a configurarse. Mucho menos 'el compromiso' de responder por el automóvil que los testigos (prueba inhábil para acreditarlo), afirman a una que tomó sobre sí el señor Gómez para que se hiciera el ensayo durante el malhadado viaje.

"Si la única constancia que se tiene para acreditar el comodato es la testimonial, y ésta es inadmisible por mandato legal, resultan indebidamente aplicados los artículos 2200 y 2204 del C. C., cuando la sentencia resuelve declarar la existencia de ese contrato en pro de ambas partes en los numerales 1º y 2º de la parte resolutiva, porque tampoco existe prueba documental, ni de las posiciones del demandado o de lo afirmado por su apoderado se acredita el préstamo de uso, en beneficio exclusivo de aquél, o en su favor y en el del demandante, como quedó expuesto en su lugar".

Después de otros razonamientos acerca de las declaraciones hechas bajo los numerales 2º, 3º, 5º y 6º de la parte resolutiva de la sentencia, en relación con los artículos 2203, 2204 y 1613 del C. Civil, termina la exposición del cargo con las siguientes palabras:

"El Tribunal ha debido, en cambio, aplicar el artículo 1757 del C. C. en virtud del cual incumbe probar las obligaciones al que las alega, para no hacer, por falta de pruebas adecuadas, las declaraciones pedidas por el demandante".

Se considera

El error de hecho consiste en dar por probado un hecho cuando no hay en el proceso la prueba correspondiente, o en darlo por no existente y demostrado cuando en autos está la prueba que lo acredita. Se da también este error cuando al ser analizada la prueba en sí misma y no en su valor probatorio, se la interpreta contra su misma objetividad, desvirtuando la realidad del medio.

Así dice la Corte que el error de hecho manifiesto "consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, que no haya tenido en cuenta la existencia en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe u obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no consta u obra en autos". (G.J. LXXVII. 119).

En otra sentencia la Corte expresó que "el error de hecho consiste jurídicamente en pasar por alto una prueba decisiva, como si no hubiera sido producido, o en estimarla en sentido contrario a la evidencia que ella ostenta, abstracción hecha del mérito que la ley le confiera" .(G. J. T. LXXVII, Nº 2142, Pág. 823).

Este error, motivo de casación conforme al artículo 520 del C. J., en su inciso 2º, incide sobre la existencia o ausencia del medio probatorio, por su aspecto físico, no por su significación jurídica. El fallador aprecia mal los hechos por haber considerado mal una prueba que obra en el proceso y que desvirtúa la convicción sobre ellos, o da por demostrados hechos que no aparecen de tal medio de prueba.

De acuerdo con estas ideas, ampliamente predicadas por la jurisprudencia nacional, el cargo propuesto por el recurrente no es de aceptación como medio de impugnación contra la sentencia acusada.

La censura se funda, en primer lugar, en que el Tribunal no hizo un "análisis serio de la prueba que el juzgador debe llevar a efecto para llegar a conclusiones jurídicas aceptables", pues se limitó a considerar "suficientemente demostrados" en los autos los hechos o elementos constitutivos del contrato de comodato entre demandante y demandado, con base tanto en la confesion de éste, como en la de su apoderado, en la respuesta a la demanda, y en la prueba testimonial. Y, en segundo lugar, porque afirma el recurrente que de esos elementos probatorios no se deduce, en manera alguna, la existencia de tal contrato.

De la misma exposición que hace el recurrente en su demanda de casación, como de la parte expositiva de la sentencia impugnada, consta que el Tribunal ni supuso una prueba que no militara en el juicio, ni

pasó por alto una prueba decisiva para dar solución al negocio. El fallador para llegar a la conclusión que motivó la decisión de fondo, tuvo en consideración, como lo apuntà el mismo fallo recurrido, tanto las manifestaciones hechas por el demandado en posiciones rendidas antes y dentro del juicio, como lo dicho por el apoderado en la respuesta a la demanda, y lo afirmado por los declarantes Iván Rendón Vieco, Hernando Galeano, Antonio J. Ospina Osorio y Joaquín Emilio Pérez, acervo probatorio del que el Tribunal dedujo la existencia de un contrato de comodato entre el demandante y el demandado. Por tanto, no puede afirmarse —como lo hace la impugnación— que el fallador haya incurrido en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas.

Es cierto que en la sentencia no se pone de manifiesto el análisis verificado por el Tribunal sobre cada uno de los elementos de prueba que le sirvieron para fundar su convicción, mas ello no constituye ni configura error de hecho, porque la verdad es que la sentencia tiene por base la prueba de confesión y la de testigos, y que de esta prueba dedujo la existencia de un vínculo contractual entre actor y opositor, lo mismo que la de derechos y obligaciones entre comodante y comodatario, derivados de esa convención.

Otra cosa es que las conclusiones a que llegó el Juzgador con apoyo en esas probanzas, no sean las mismas que alcanza el recurrente en su crítica probatoria, mas entre el criterio del Tribunal y la apreciación del demandante en casación es obvio que ha de estarse por el del primero, así el del segundo pueda ser muy respetable.

Después de afirmar el recurrente, en el cargo de que se trata, que "por testigos únicamente podrá establecerse la tradición necesaria para el perfeccionamiento del contrato", dice que esa clase de prueba es inhábil para acreditar el compromiso "de responder por el automóvil" que los testigos "afirman a una que tomó sobre sí el señor Gómez para que hiciera el ensayo durante el malhadado viaje".

Dejando de lado la contradicción en que a este propósito incurre el impugnante, es de notar que la crítica envuelve la acusación por error de valor probatorio porque considera inadmisible esa prueba, de conformidad con los artículos 91 a 94 de la Ley 153 de 1887, y no por error de hecho evidente que es el cargo alegado en casación a este respecto. Y como la Corte no puede cambiar los términos de la acusación, declarando un error de derecho cuando lo alegado es un error de hecho, es perfectamente obvio que no hay lugar a considerar aquí sí, por haber tenido en cuenta el Tribunal la prueba testimonial, incurrió en error de derecho y no en el error de hecho aducido.

Por otra parte, ha sido doctrina constante que la apreciación de las pruebas hechas por el Tribunal debe ser respetada en casación. Y debe serlo, porque el recurso no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni rectificar el criterio del juzgador de instancia sobre las puras cuestiones de hecho (Casaciones de 4 de abril de 1936, G. J. Tº XLIII, Nº 1911 y 1912, Pág. 799; y A. LXXVII, 118 y 119).

No habiendo sido demostrado el error de hecho evidente en la apreciación probatoria, es obvio que no se ha incurrido por parte del fallador en violación de los artículos 2200, 2203, 2204 y 1604 y 1613 del C. C., por aplicación indebida, ni del 1757 ibídem, por falta de aplicación, disposiciones a que se refiere el impugnante.

En consecuencia, no precede el cargo.

Segundo cargo

Se acusa la sentencia, en este nuevo motivo de censura, con fundamento en la causal primera de que trata el inciso 2º del numeral primero del artículo 520 del C. J., "por violación indirecta de la ley sustantiva, a consecuencia del error de derecho producido al negarle el valor legal a la sentencia absolutoria pronunciada a favor del autor del daño del automóvil, señor Víctor Ochoa M.", dictada por el Juzgado Cuarto Superior de Medellín y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma

ciudad. Como disposiciones violadas presenta el recurrente "las normas procedimentales contenidas en los artículos 28 y 29 del C. de P. P., aplicables al demandado en concordancia con el artículo 1738 del C. C. y el 473 del C. J.".

Desarrolla el cargo desde dos puntos de vista, o sea en cuanto a la demostración del error de derecho, y en cuanto a la infracción indirecta de la ley. Para apoyar la primera parte dice:

"La sentencia penal ejecutoriada, absolvió al chofer Víctor Ochoa, conductor del automóvil cuyo deterioro casi total es el origen del presente litigio. La absolución es prueba fehaciente de que el agente material del ilícito culposo, obró sin culpa. Su conducta fue justificada y exenta aun de la culpa leve. Indica que el accidente se debió, bien a un caso fortuito; ora a una fuerza extraña a la conducta del sindicado, que bien pudo consistir en una falla mecánica que impensadamente sobrevino en el sistema de los frenos del aparato, o bien a la fatalidad. En todo caso implica ausencia de culpa en el agente. De lo contrario, se le habría declarado responsable de la muerte de dos personas y de las lesiones graves causadas a otras dos".

Teniendo en cuenta la sentencia en mención plantea la consideración de que la ausencia de culpa del agente, justificada con el fallo penal absolutorio, favorece a su principal, señor Alberto Gómez Gómez, demandado en el presente juicio, pues afirma que la sentencia recurrida encuentra probado el vínculo de dependencia entre el chofer y el señor Gómez.

Transcribe los artículos 1738 del C. C., 28 y 29 del C. de P. P., y agrega: "El demandante señor Jaime Ortiz C., actúa en este juicio civil como dueño o al menos como poseedor material del automóvil que resultó casi inutilizado por el accidente de tránsito que originó la infracción penal que se adelantó contra Víctor Ochoa M. Hubiera podido intervenir dentro del proceso penal para el resarcimiento del daño causado por el delito (Art. 25 del C. de P. P.). Pero prefirió la vía civil contra don Alberto Gómez G., porque, según él, el chofer actuaba por cuenta de éste. Además, no hubiera obtenido indemnización en aquél, ya que fue declarado inocente. Y si recurre a la acción civil, por no haber intervenido en la penal, ésta no le habría prosperado tampoco, por aplicación del artículo 28 del C. de P. P., ya que él fue absuelto por ausencia de culpa. Igualmente le habría sido aplicable el artículo 29 ibídem, porque en el juicio civil no podía ponerse en duda la falta de culpa del chofer que en la sentencia penal se le dedujo".

Acusa la sentencia impugnada de olvidarse de las citadas disposiciones 28 y 29 del C. de P. P., al negarse a reconocer influencia de la sentencia penal en el juicio civil "para avaluar la conducta del demandado". Y le impugna al Tribunal que olvida el artículo 1738 del C. C. "en virtud del cual el demandado, cómo "mandante del chofer, se beneficia de la ausencia de culpa que en favor de éste implica el fallo penal absolutorio". A renglón seguido expresa que "Por esta relación contractual que el Tribunal encontró existente entre ellos, no se le puede imputar culpa en la escogencia del chofer ya que la conducta de éste se halló correcta y se le declaró irresponsable de la infracción penal, por esa causa".

Para el recurrente debe tenerse en cuenta "que la culpa que se le deduce al demandado por el Tribunal es la procedente del agente y no la culpa propia de aquél. Si ya fue juzgada, por aplicación de los artículos 28 y 29 del C. de P. P., precluye la posibilidad de analizar nuevamente en la vía civil la conducta del agente. Y esto es precisamente lo que hace el Tribunal al decir en la sentencia recurrida que el chofer tuvo culpa porque estaba alicorado y no tenía el pase vigente, y que esta culpa es imputable a su principal o mandante, señor Alberto Gómez".

En lo relativo a la segunda parte de sus planteamientos manifiesta el impugnante que "El error de derecho que consiste en haber negado el valor que los artículos 28 y 29 del C. de P. P., en concordancia con

los artículos 1738 del C. C. y 473 del C. J., reconocen a la sentencia penal ejecutoriada dentro del juicio civil indemnizatorio de los daños causados, fue el medio para que el Tribunal violara, indirectamente, la ley sustantiva, por aplicación indebida de los artículos 2204 y 1613 del C. C.; y por falta de aplicación de los artículos 2202; inciso 2º del 2203 del C. C. y 343 del C. J....".

Entra a referirse a las obligaciones del comodatario, a la luz de los artículos 2205, 2202, 2203 y 2204, para aseverar que "La obligación del comodatario es, entonces, de medio y no de resultado. Si la cosa perece o se deteriora de tal manera que no sea susceptible de emplearse en su uso ordinario, no tiene que demostrar, para eximirse de responsabilidad que el perecimiento o la destrucción tuvo lugar por caso fortuito. Le basta demostrar que estaba dentro del término contractual, usando la cosa prestada en el uso convenido o en el ordinario de los de su clase, y que no tuvo en el deterioro o perecimiento de ella, culpa levísima o leve según la especie de comodato, es decir, demostrar el aspecto positivo de su comportamiento probando el cuidado que empleó en el uso de ella".

Agrega que en el fallo se hacen consideraciones sobre la obligación de demostrar el caso fortuito por parte del demandado, y le impone, en el caso de que hubiera existido la obligación de probar que no sobrevino ni siquiera por culpa levísima; pero que como esas consideraciones no incidieron en la parte resolutiva del fallo, no necesita atacar la "violación indirecta por aplicación indebida del artículo 2203, inciso 3º y de su numeral 2º; y concluye: "Es decir, que el Tribunal no dedujo en la parte resolutiva el incumplimiento de una obligación de resultado, en la cual el deudor debe demostrar el caso fortuito para liberarse de responsabilidad, sino el de una obligación de medio".

Afirma que el error de derecho en la apreciación de la prueba condujo al fallador a infringir, indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 2204 del C. C., pues si la sentencia no hubiera pasado por alto el valor legal que, conforme a los artículos 28 y 29 del C. de P. P. tienen las sentencias penales en que se juzga la culpabilidad del sindicado, no le habría aplicado indebidamente el artículo 2204 mencionado". Habría encontrado —añade el recurrente— justificada la ausencia de culpa en los siguientes hechos que aparecen acreditados, en otras pruebas y con las copias auténticas del fallo penal: a) Que el automotor prestado tuvo un volcamiento cuando era conducido para ser ensayado en el trayecto o recorrido convenido; b) Que este insuceso sobrevino durante el período contractual pactado; c) Que el insuceso ocurrió accidental e imprevistamente; d) Que quien guiaba el automóvil cuando éste se produjo, era chofer experto y por demás mecánico automotriz; e) Que éste era conocido como tal por el demandante, y antes lo había contratado para que le reparara algunos desperfectos; f) Que aunque el chofer, según la sentencia recurrida, fue escogido por el demandado, lo hizo con la aquiescencia del demandante o por lo menos sin su protesta; y g) que la conducta del chofer, de la cual aquél era responsable, fue hallada y juzgada correcta, exenta de toda culpa, en un fallo penal que hace tránsito a cosa juzgada por este aspecto.

"Todas estas circunstancias que justifican el cuidado o diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, debieran haber llevado al Tribunal a no aplicar el artículo 2204 del C. C., así como el 1613, por encontrarse probada la ausencia de culpa, que exonera al demandado de la obligación contractual de pagar perjuicios".

Concluye diciendo que habría aplicado, en lugar de los artículos mencionados, los cánones 2202 y 2203, inciso 2º "que establecen que el comodatario no es responsable del deterioro o destrucción que provengan del uso legítimo"; y habrá decidido dar aplicación al artículo 343 del C. J., declarando probada la excepción perentoria de "pérdida sin culpa de la cosa que se debe", de conformidad con los artículos 1625 ordinal 7º y 1729 del C. C.

Se considera

En este juicio no se trata de deducir responsabilidad extracontractual, por razón del delito culposo de que fue incriminado Víctor Ochoa Martínez, como agente de Alberto Gómez Gómez, se ha demandado a éste por indemnización de perjuicios proveniente de haber incumplido un contrato de comodato porque no restituyó el objeto materia de la estipulación. No obstante, el recurrente plantea la acusación de la sentencia —como se ha visto— por infracción de los artículos 28 y 29 del C. de P. P., y a través de éstos, por violación de los artículos 1613, 2202, 2203, 2204 del C. Civil, y 473 del C. de P. Civil, todo a causa de error de derecho en la apreciación de la sentencia que puso fin al juicio penal adelantado contra Víctor Ochoa Martínez, por homicidio y lesiones, en accidente de tránsito.

Téngase presente que a Víctor Ochoa Martínez no se le juzgó penalmente por la destrucción o perecimiento del vehículo que Ortiz Cortés había dado en préstamo de uso, para ensayarlo, a Alberto Gómez Gómez, pues al mencionado Ochoa Martínez se le juzgó por un cargo distinto: homicidio y lesiones personales. De allí que la sentencia a que alude el recurrente no incida, como se pretende, en el presente juicio para negarle al juez civil competencia para examinar y decidir el problema de responsabilidad civil contractual que se ha propuesto a su decisión.

"Está fuera del ámbito de aplicación del artículo 28 del C. de P. P., —dice la Corte— todo lo que no sea infracción penal, pues solo comprende la acción civil que se funde en la infracción penal". (Sent. de Corte Plena de 6 de diciembre de 1951. Tº LXXXII, 788 y s.s.).

Mas en el supuesto de que no fuera así, tampoco en el caso contrario se habrían violado las normas legales que se enuncian por el impugnante.

De conformidad con el artículo 28 del C. de P. P., no podrá proponerse la acción civil ante la jurisdicción civil en tres casos: a) Cuando en el proceso penal se ha declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo, que estén ejecutoriados, que el hecho en que se funda la acción civil no se ha realizado; b) O cuando se ha declarado que el sindicado no lo ha cometido; y c) Cuando se declara que el incriminado obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

Sobre el entendimiento de este artículo dijo la Corte, en sentencia de 27 de agosto de 1954, ampliamente reiterada en sentencias posteriores, lo siguiente:

"Este precepto está indicando a **contrario sensu**, que es admisible la acción civil de resarcimiento, ante el juez civil cuando el fallo penal, en cualquiera de las dos especies previstas, deja establecido: que la "infracción" sí se realizó; que el procesado la cometió y que al producirla no estaba cumpliendo un deber o ejercitando una facultad legítima".

Y más adelante continúa la misma sentencia:

"La Corte analiza así el contenido de las citadas disposiciones: a) el artículo 28, que guarda estrecha relación con el transcrito (Art. 437 del C. de P. P.) liberta de responsabilidad civil en el primero de los supuestos que establece el ordinal 1º del artículo 437, porque el hecho no existe; pero no en el segundo de esos supuestos, toda vez que el hecho existe, aunque no con el carácter de delictuoso. b) La inocencia del procesado solo se entiende cuando éste no ha cometido el ilícito penal, o cuando no le es legalmente imputable; y a ella se refieren por igual el artículo 28 citado y el ordinal 2º del 437: en estos casos, como es obvio, tampoco puede haber responsabilidad civil de quien resultó indebidamente imputado como autor directo, ni, menos, respecto de quien aquél depende. c) Por último, si el hecho se ejecutó en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima Art. 28 y ordinal 3º del Art. 437 C. P. P., en armonía con el artículo 25 del Código Penal), desaparece asimismo la responsa-

bilidad civil, directa e indirecta. Pero si tal hecho ocurre en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 23 del Código Penal (citado en el artículo 437 ordinal 3º del Código de Procedimiento Penal), hay que distinguir: si la circunstancia que acompaña al hecho es la insuperable coacción ajena a la sugestión hipnótica o patológica Art. 23 numeral 1º), no puede ser responsable, penal ni civilmente, sino quien determinó a obrar, en virtud del artículo 26 del Código Penal. Pero si ocurren cualesquiera de las otras circunstancias enumeradas en el mismo artículo 23 del Código Penal, no es óbice el sobreseimiento defintivo para que prospere la acción civil indemnizatoria posteriormente propuesta ante el juez civil".

En el caso de autos, la sentencia absolutoria dictada en favor de Víctor Ochoa Martínez, por los homicidios y las lesiones de que se le sindicó, no impedía, en conformidad con lo que acaba de exponerse, que el juez civil entrara a resolver sobre la demanda de indemnización de perjuicios por culpa contractual que, contra Alberto Gómez Gómez instaurara Ortiz Cortés, aun en el supuesto de que el incriminado Ochoa Martínez hubiera obrado en calidad de agente de aquél, pues —además— ha dicho la Corte que "El Juez Civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente". (Cas. de 29 de noviembre de 1941, Tº LII, Pág. 798).

De lo dicho resulta que el Tribunal Superior no incurrió en error de derecho al no apreciar la sentencia dictada en el proceso contra Víctor Ochoa Martínez, en consonancia con el artículo 28 del C. de P. P. tal como lo pretende el recurrente; ni violó tampoco el artículo 473 del C. de P. Civil.

Y si no hubo violación del artículo 28, menos la habría en relación con el artículo 29 del mismo estatuto, por cuanto esta disposición se refiere al evento de que "el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción", caso que no es el contemplado en la sentencia que ahora se quiere hacer valer para enervar la acción civil instaurada.

Ahora bien: si a dicha sentencia se la toma, no frente a los artículos 28 y 29 del C. de P. P. y 473 del C. de P. C., sino en relación con su simple valor probatorio, como documento público o auténtico, tampoco podría imputarse error de derecho al Tribunal, por cuanto éste, dentro de su autonomía para valorar el acervo probatorio, autonomía o imperio que no puede serle cercenado por la Corte, sino en caso de una equivocación protuberante, no halló en tal documento demostración alguna que tuviera fuerza suficiente para desvirtuar la presunción de culpa contractual que gravita sobre el demandado Gómez Gómez, según el contrato de comodato.

Si el Tribunal encontró que "La circunstancia de que el chofer Víctor Ochoa hubiera sido absuelto por la justicia penal (Fls. 31 a 100) del C. Nº 2 y 46 a 50 de este cuaderno) no significa que el comodatario Alberto Gómez no hubiera incurrido en la culpa civil que se presume, ni que hubiera habido comprobación de caso fortuito en el el cual no hubiera tenido el señor Gómez ni siquiera culpa levísima (Art. 2205 del C. C.)" es una apreciación de la prueba que no hiere la evidencia y que, por ende, debe respetar la Corte como Tribunal de Casación.

De lo dicho se desprende que el cargo no está llamado a prosperar.

Tercer cargo

Se formula "para el caso de que la Corte no acoja ninguno de los anteriores y con el fin de que se unifique la doctrina, corrigiendo la que se sienta en el fallo recurrido, ya que la violación no tuvo incidencia en la parte resolutiva".

Se hace consistir la censura en la infracción directa de la ley sustantiva "por interpretación errónea del artículo 2203, inciso 3º y su numeral 2º", invocando la causal primera del inciso 1º del artículo 520 del C. J.

En desarrollo de su impugnación el recurrente afirma: "Es errónea la interpretación

que hace el Tribunal al decir que el demandado para eximirse de la presunción de culpa, debe demostrar la existencia del caso fortuito y de que él no sobrevino por su culpa aun levísima. Esa apreciación implica la infracción directa de la ley por interpretación errada del inciso 3º numeral 2º del artículo 2203 del C. C.".

Se refiere al contenido de la primera parte del artículo 2203; transcribe, en lo pertinente, el inciso 3º de esa disposición, y expresa en seguida: "Por lo tanto, en el inciso 3º se establece la regla general de que el comodatario o deudor no es responsable de caso fortuito, que es confirmación del inciso 2º de la regla general del artículo 1604. Pero establece cuatro casos en que sí lo es y que implican que el comodatario no ha empleado en la conservación de la cosa el cuidado que le es obligatorio. Esos cuatro casos, menos el 3º, son los mismos del artículo 1604".

Se refiere después, con apoyo en doctrinas de varios expositores, a las obligaciones de medio y de resultado, para afirmar que la obligación del comodatario es una obligación de medio, y concluye de este modo:

"De tal manera que siendo la del comodatario una obligación de medio: emplear en la conservación de la cosa prestada el debido cuidado (mayor, ordinario o mínimo, según la especie de este contrato), a él le basta para extinguir su responsabilidad en caso de deterioro o perecimiento, la prueba de la ausencia de culpa (levísima, leve o lata), y no la de la concurrencia del caso fortuito. Y menos la de que éste no sobrevino por culpa suya, aunque levísima, como erróneamente se dice en los considerandos transcritos, que, por lo tanto, constituyen una interpretación equivocada del inciso 3º y del numeral 2º del artículo 2203 del C. C.

"Y a esta misma conclusión se llega si aplicamos el criterio gramatical y exegético... Según él, la regla general es que el comodatario no tiene que demostrar el caso fortuito para librarse de responsabilidad en caso de perecimiento o deterioro. Solo tiene que acreditar que estaba haciendo uso legítimo y natural de lo prestado. Y si obró con culpa, el comodante debe justificar que el caso fortuito sobrevino por culpa aun levísima del comodatario".

Como parte final dice el recurrente, en referencia a esta censura que "Si la Corte no acoge ninguno de los dos primeros cargos de esta demanda, creo que es imperioso que para cumplir su misión de unificadora de la jurisprudencia nacional, se estudie la violación directa de la ley por interpretación errónea del artículo 2203, inciso 3º, que aunque no da motivo para casar, por no incidir en la parte resolutiva, al menos sirve para que no se condene en costas del recurso al recurrente".

Se considera

La casación es un recurso establecido principalmente en interés de la ley, tiene como fin inmediato y director buscar la unificación de la jurisprudencia nacional; pero, no obstante, persigue también un fin indirecto y subordinado que consiste en reparar el agravio que la sentencia de segunda instancia haya causado a la parte recurrente.

La casación busca el interés público, la defensa de la ley misma; y aun cuando el móvil del recurrente es su interés privado, éste se encuentra supeditado, subordinado a aquél.

Como recurso extraordinario conlleva limitaciones que no puede sobrepasar la Corte porque ésta no cumple funciones de instancia.

En desarrollo de estas ideas la Corte ha dicho:

"Que no siempre la existencia de una errónea aplicación de la ley en la parte motiva de la sentencia produce la ilegalidad en la parte resolutiva, ya que, por ejemplo, la decisión puede apoyarse en diversos mo-

tivos de derecho, independientes unos de otros, de tal suerte que el error jurídico respecto de alguno o algunos de ellos no sea bastante a destruir la legalidad de la sentencia, que se sostiene en otras consideraciones no equivocadas. En estos casos, en que la existencia del error denunciado no se encuentra en relación de causalidad con la ilegalidad de la decisión (error causalis), la parte vencida carece de interés en colocar bajo la censura de la Corte el error jurídico en que el sentenciador de instancia haya incurrido, porque aun cuando se reconociera la existencia del error, no por ello vendría a invalidarse el fallo, que no puede considerarse como efecto necesario de la errónea aplicación de la ley". (G. J. Tº LXXXI, 426).

Y en la misma oportunidad agregó: "En casación el objeto de la sentencia de la Corte es la existencia de una concreta voluntad de la ley que garantice el interés del recurrente en obtener la infirmación del fallo acusado. El recurrente ejercita un derecho de impugnación contra la sentencia, fundado sobre los vicios singulares de ésta que él denuncia en su demanda".

En el caso de este proceso, y con relación al cargo concreto de infracción de la ley por interpretación errónea, el mismo recurrente afirma que el error de interpretación legal que imputa al Tribunal, no incidió en la parte resolutiva de la sentencia y, por consiguiente, no trasciende al recurso de casación ni da motivo a casar el fallo. En tales circunstancias es obvio que el recurrente carece de interés jurídico para formular el reparo que propugna en su demanda; y por eso no está la Corte llamada a entrar en el estudio de fondo de la censura, porque no obstante que el recurso —como se ha dicho— está impelido hacia el interés público y en beneficio primordial de la ley, él no procede sino a virtud de acusación de quien tenga interés privado en obtener el quebrantamiento del fallo recurrido, en orden al restablecimiento del derecho que se dice vulnerado por la sentencia. Si no existe ese interés, el recurso no procede y la Corte no tiene entonces atribuciones para entrar en el fondo del problema que se le plantea. Ya ha dicho la doctrina jurisprudencial que solamente el litigante agraviado con la sentencia es quien puede interponer el recurso de casación; y como en el presente caso el mismo impugnante ha dicho que el motivo de su impugnación no incidió en la parte resolutiva de la sentencia, ni trascendió a la casación, es claro que no corresponde a la Corte verificar el examen de la censura cuyo estudio resultaría a la postre puramente académico y fuera, por tanto, de la órbita de sus funciones.

Distinto es cuando el interesado formula un reparo con miras a obtener la infirmación del fallo; en tal evento la Corte, al hacer el estudio de fondo del cargo alegado, ha de hacer, si a ello hay lugar, la correspondiente afirmación doctrinaria aun en el supuesto de que la impugnación no esté llamada a prosperar.

En consecuencia, no es el caso de entrar en el estudio a que invita el recurrente, en relación con la interpretación del inciso 3º y numeral 2º del artículo 2203 del C. C., frente al criterio de interpretación que se le atribuye al fallador de la segunda instancia.

El cargo, por las razones dichas, no prospera.

Resolución

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por Jaime Ortiz Cortés contra Alberto Gómez Gómez.

Sin costas porque no se causaron.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRUEBA TESTIMONIAL

Compete al juzgador de instancia apreciar las calidades de responsividad, exactitud, y cabalidad de las declaraciones de testigos. — Inspección ocular con intervención de peritos. — Su mérito probatorio. — Distinción entre la inspección y el dictamen. — Reivindicación. — La identidad de la cosa no requiere prueba específica. — Cuándo puede variarse en casación la calificación del dictamen pericial hecha por el juzgador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, seis de febrero de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 22 de marzo de 1962, en el juicio ordinario seguido por Próspero Santa y Blanca Inés Santa de Parra frente a Félix Tirado.

I

El litigio

Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Támesis, Próspero Santa e Inés Santa de Parra demandaron a Félix Tirado en reivindicación de sendos lotes de terreno, ubicados en el corregimiento de San Pablo del municipio de Támesis, y respectivamente determinados por los linderos que se indican en los apartes a) y b) del petitum deducido.

En la narración de los hechos se expresa:

Que el lote reivindicado por Próspero Santa es parte del que se le adjudicó bajo el ordinal 5º de la hijuela número uno, en la partición de bienes efectuada en el juicio de sucesión de Mercedes Toro de Santa; que el lote reivindicado por Blanca Inés Santa de Parra es el que a ésta se le adjudicó bajo la hijuela número nueve en la misma partición; y que los mismos lotes sobre que versan el ordinal 5º de la hijuela número uno formada a Próspero y la hijuela número nueve formada a Blanca Inés, fueron segregados del predio situado en el paraje de "El Anón", que Próspero Santa había adquirido de Juana Evangelista Montes, mediante la escritura número 205 de 6 de abril de 1946, de la Notaría del Circuito de Támesis.

En su contestación, el demandado dijo ignorar o no constarle unos hechos y aunque primeramente manifestó no ser poseedor del lote que reclama Próspero y responder en la misma forma respecto del que reclama Blanca Inés, luego, al referirse a los hechos 7º, 9º y 11º en que se le presenta como poseedor de tales inmuebles, respondió que deben probarse; propuso las excepciones de cosa juzgada e ineptitud sustantiva de la demanda y la que llamó genérica, y en conclusión se opuso a las peticiones de los actores.

La primera instancia, a la que ambas partes adujeron pruebas, remató con sentencia en que el juez del conocimiento, declaró que cada uno de los demandantes es dueño del inmueble que respectivamente reivindica, y condenó al demandado, cuyas excepciones fueron desestimadas, a la restitución de los mismos bienes, al pago de

sus frutos, liquidables a partir del 1º de enero de 1956 en adelante, con arreglo a la tasación que allí se indica, y a las costas de la instancia.

Por apelación del reo, surtiose el segundo grado, a que recayó la sentencia del Tribunal de Medellín, de 22 de marzo de 1962, mediante la cual se confirmó la del inferior, salvo en lo correspondiente al pago de frutos, punto éste que se reformó en el sentido de condenar al demandado a pagar a cada uno de los actores el valor de los frutos correspondientes, a contar del día 5 de marzo de 1959, fecha de la notificación de la demanda, siendo de cargo de cada uno de los actores cubrir al demandado el valor de las mejoras que éste haya puesto en el respectivo lote, productos y mejoras que se determinarán y regularán por los trámites del artículo 553 del Código Judicial.

Toca ahora la Corte resolver el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal, por el litigante vencido.

II

La sentencia recurrida

El Tribunal encontró demostradas las condiciones de la acción reivindicatoria, así:

La singularidad de las cosas perseguidas, por cuanto la demanda versa sobre fincas claramente especificadas por su situación y linderos, que las hacen inconfundibles con otros bienes;

La posesión de esos fundos por el demandado, en cuanto la acreditan los testimonios de Manuel Morales y Roberto Morales, a quienes les consta directa y personalmente que desde fines del año de 1955 ha venido poseyéndolos Félix Tirado, de cuya posesión hablan también los peritos José Alvarez y Carlos Cárdenas;

La identidad entre lo poseído por el demandado Tirado y los lotes que se reivindican por los actores, en relación con los títulos en que éstos basan su derecho y que se citan luego, la tuvo por establecida, entre otras pruebas, con el dictamen rendido por los peritos José Alvarez y Carlos Cárdenas, de parte del cual hace una transcripción; y

El dominio o mejor derecho de los demandantes sobre los dos lotes de terreno sub-judice, lo halló el sentenciador demostrado con copias de las hijuelas números uno y nueve asignadas a Próspero Santa y Blanca Inés Santa de Parra en el juicio de sucesión de Mercedes Toro de Santa, protocolizado en la Notaría de Támesis bajo la escritura número 415 de 28 de octubre de 1958, y de la escritura número 205 de 6 de abril de 1946, de la misma notaría, por la cual Próspero Santa compró a Juana Evangelista Montes el inmueble allí descrito, que encierra los lotes reivindicados, a que se agrega el certificado de registro donde consta que las inscripciones de dominio a favor de los actores están vigentes.

Refiriéndose al hecho de que el demandado hubiese aducido sendas copias de las escrituras número 560 de 21 de septiembre de 1954, de la Notaría de Támesis, por la cual éste compró a Manuel Salvador Granada Ramírez un lote de terreno denominado "El Anón", situado en el corregimiento de San Pablo de la jurisdicción de Támesis, y número 519 de 19 de noviembre de 1957, de la misma notaría, mediante la cual Félix Tirado dijo vender a Luis María Tirado este mismo predio, advierte el sentenciador las siguientes circunstancias que lo conducen a desestimar tales títulos, a saber:

Que, según el dictamen pericial, el lote a que se refieren las dos escrituras últimamente citadas "comprende solo una pequeña parte imprecisa de los predios en reivindicación o de que tratan las hijuelas números 1 y 9 ya citadas";

Que, "además, el demandado Tirado tiene a su favor la posesión de los lotes en litigio, pero solo desde el mes de agosto de 1955, según confesión de los actores y testimonios de Manuel y Roberto Morales", a que atrás se hizo alusión; y

Que "de las pruebas producidas desprén-dese que los demandantes tienen a su favor una cadena de títulos que arrancan del año de 1946, que consisten en escritura pública e hijuelas en sucesión. Bien sabido es que estas últimas son títulos válidos para rei-vindicar cuando su fecha es anterior a la posesión del demandado; máxime si se acompaña, como aquí ocurre, la escritura por la cual el causante adquirió el inmue-ble. A su vez, el demandado solamente tie-ne a su favor la posesión que data del año de 1955 y un título de dominio de 1954. Lo que traduce que se evidenció el mejor de-recho de los actores, porque su cadena de títulos es anterior a la posesión y al título del demandado; máxime cuando este título se refiere en su casi totalidad a un inmue-ble distinto del discutido en este proceso y que en otro pleito le fue entregado en par-te al señor Santa, como conceptúan los mencionados peritos".

De todo lo cual infiere el juzgador que los demandantes han demostrado las condicio-nes indispensables para la reivindicación.

Deniega, luego, las excepciones de cosa juzgada y de ilegitimidad de personería sus-tantiva de la parte demandada, por los si-guientes motivos, respectivamente:

La primera, que se hizo consistir en que la presente acción ya fue debatida en otro juicio ordinario promovido por Próspero Santa contra Tirado y que prosperó respec-to de uno de los lotes que entonces se reivin-dicaban, pero fracasó en cuanto al otro, por-que "aunque los lotes a que ese juicio ante-rior se refiere están ubicados en el mismo paraje, sin embargo sus linderos son en gran parte diferentes a los de los predios que aquí se reivindican, y no se hizo la identifica-ción pertinente para esclarecer que unos y otros bienes son unos mismos, o que esos bienes están encerrados dentro de los pre-dios de que trata este litigio"; y

La segunda, la desestima, por cuanto que "se dirigió la acción contra el poseedor de los inmuebles debatidos, que es el sujeto pa-sivo de la acción reivindicatoria".

III

El recurso extraordinario

Tres cargos propone el acusador contra la sentencia del Tribunal, en la órbita de la causal 1ª de casación:

Primer cargo

Lo presenta por violación indirecta de los artículos 762, 981, 952 y 946 del C. Civ., a consecuencia de error en la valoración de determinadas pruebas, así: Falta de aplica-ción de los artículos 472, 593, 601, 687, 688 y 697 del C. J., al estimar los testimonios de Manuel y Roberto Morales como demos-trativos de la posesión del demandado en los lotes que se reivindican; e indebida apli-cación de los artículos 705, 722 y 723 ibí-dem, al conceder mérito probatorio en el mismo sentido a la referencia que sobre tal posesión hicieron en su dictamen los peri-tos José Alvarez y Carlos Cárdenas.

a) Cuanto al punto de los testigos Mora-les, el impugnante confronta el interrogato-rio que se les hizo con su absolución, para hacer ver que las respuestas son copia exac-ta de la pregunta, cuyo tenor literal reza: "Dirán si conocen físicamente el inmueble relacionado en la escritura número 205 de 6 de abril de 1946 y también los lotes deta-llados en las hijuelas números uno y nueve formadas en la sucesión de la señora Mer-cedes Toro, lotes estos que fueron desmem-brados del relacionado en la escritura an-tes citada, y si les consta personal y direc-tamente que los terrenos dichos los poseyó el señor Próspero Santa, hasta fines del año de 1955, fecha en la cual los ha venido ocu-pando el señor Félix Tirado, ejercitando so-bre esos terrenos posesión y actos de domi-nio, y explotando esos inmuebles económi-camente sin el consentimiento de los due-ños legítimos de esos terrenos".

Ante lo cual, les increpa a estas decla-raciones los siguientes defectos: Que ellas son un simple calco del cuestionario; que, siendo dos los terrenos de que se trata, la pregunta y también las respuestas, han de-bido referirse en concreto a cada uno de los

dichos inmuebles, porque el artículo 687 ordena que las preguntas se formulen de modo conciso respecto de cada hecho; y que los testigos, al repetir la pregunta, no hablan de hecho alguno, sino de nociones jurídicas, como las de "actos de dominio y posesión", que son inferencias que tendrían que resultar de situaciones de facto sobre que hubieran depuesto concretamente, y ello no se conforma a los artículos 688 y 697 que exigen, para la validez del testimonio, que éste sea responsivo, exacto y completo.

En consecuencia de estos reparos, afirma que, como la posesión del demandado debe consistir en los hechos positivos descritos por el Art. 981 del C. Civ. en concordancia con el 762 ibídem, y como los testigos Morales no refieren que Tirado hubiera ejecutado sobre cada uno de los fundos que se reivindican hechos de esta especie, sus dichos no demuestran ni el animus, ni el corpus de la posesión atribuída al demandado por el Tribunal, quien, en la ponderación de tales testimonios, dejó de aplicar las normas de los artículos 472 y 593 del Código Judicial.

b) Respecto de la acogida que el sentenciador diera a la afirmación de los peritos Alvarez y Cárdenas sobre la posesión del demandado, el recurrente la ataca alegando que el dicho, sin fundamentación, de dos peritos, que por referencia hablan de posesión, sin indicar hechos posesorios que hubiera ejecutado, no es idóneo para acreditar este requisito de la acción de dominio.

Y fue, en razón de estos medios, como el juzgador, según el recurrente, llegó a quebrantar los artículos 946, 952 y 762 del C. Civ., por aplicación indebida a una situación que no estaba probada, y el 981 ibídem, por falta de aplicación.

Se considera

Ciertamente el poder demostrativo de la prueba testimonial se aquilata en función de ser las declaraciones de los testigos responsivas, exactas y completas, en lo posible, como lo previene el artículo 688 del Código Judicial, cuyos preceptos sobre las formalidades de evacuación de esta especie probatoria, ordenados están al logro de ese desiderátum. El testimonio será responsivo, cuando cada contestación se relate concienzudamente; exacto, cuando la respuesta no deje lugar a incertidumbre; y completo, cuando la deposición no omita circunstancias que serían influyentes en la apreciación de la prueba.

Bien se comprende que estas notas, exigidas por el derecho y que tocan con la sustantividad misma del testimonio, corresponden a factores de hecho cuya apreciación incumbe al sentenciador de instancia, con la autonomía que le es propia en la consideración de las cuestiones de esta índole, no rectificable en casación mientras su actividad crítica no acuse error objetivo evidente o contradicción con los imperativos de la lógica. Y esto no lo demuestra el cargo, que desde luego no ha sido formulado en la órbita del error de hecho sino en la de la valoración.

Pero, aun suponiendo que la tacha fuese fundada, no por ello habría lugar a eliminar el extremo admitido por el Tribunal, de ser el demandado el poseedor de los bienes que se reivindican, extremo éste que, independientemente de los testimonios dichos, ponen de manifiesto las siguientes observaciones, de que no hizo mención el sentenciador:

Si bien el demandado, al contestar a los hechos segundo y tercero de la demanda, en que se citan las adjudicaciones hechas a los demandantes en la sucesión de Mercedes Toro de Santa y se determinan los lotes de terreno reivindicados, negó ser el poseedor de éstos, luego al contestar a los hechos siete, nueve y once del mismo libelo, en que concretamente se le señala como poseedor actual de los mismos terrenos, se limitó a manifestar que deben probarse.

Es decir que ni los aceptó, ni los negó, por lo cual se atuvo a lo que al respecto se probara, poniéndose en discrepancia consigo mismo, siendo así que antes, frente a puntos en que no se trataba de posesión, había afirmado no ser el poseedor de los bienes.

Verdaderamente, este modo de responder, que envuelve en ambigüedad e incoherencia una contestación que, por exigencias de orden y de lealtad procesal, debía ser clara y definida en uno u otro sentido, confina al demandado al cerco de los artículos 214 y 215 del Código Judicial, de que resulta que, en lo atañedero a la posesión, el demandado que no la rechaza al contestar la demanda asume la calidad de poseedor para los efectos del proceso (cas. 23 mayo 1955, LXXX, Pág. 351).

Aun hay más: porque el demandado, al absolver las posiciones que en el juicio se le propusieron, contestando a las cuestiones segunda y quinta, en que se le preguntaba cómo es verdad que él entró a poseer los terrenos de que se trata desde el mes de agosto de 1955, respondió a la segunda: "ese se lo compré al señor Manuel S. Granada y el actual poseedor es el señor Luis Tirado, mi padre" y a la quinta: "No poseo eso porque es de Luis Tirado, únicamente lo administro como encargado de él".

Si esto era así, el demandado debió manifestarlo al contestar el libelo, en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 953 del Código Civil, según el cual "el mero tenedor de la cosa que se reivindica es obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene", norma ésta cuyo incumplimiento por parte del demandado no puede menos de acarrear la consecuencia de constituirlo en el carácter de poseedor frente al demandante, con las responsabilidades correspondientes. Si, pues, en el caso de la litis, el demandado no era, como tardíamente vino a declararlo en la absolución de las posiciones, el poseedor de los inmuebles, sino administrador por cuenta de su padre Luis Tirado, debió manifestarlo así en la contestación de la demanda, como se lo imponían los citados artículos 953 C. Civ. y 214 y 215 C. J.; mas como no lo hizo, asumió desde entonces la calidad de poseedor de los bienes reivindicados, sobre la cual se ajustó la relación jurídico-procesal del litigio.

No prospera, pues, el cargo.

Segundo cargo

Está propuesto por violación indirecta de los artículos 946, 947, 948, 950, 951 y 952 del Código Civil, a causa de errónea valoración de las pruebas en que se fundara el Tribunal para tener por establecida la identidad de los inmuebles reivindicados, con infracción media de los artículos 234, 472, 593, 601, 721, 722, 723, 724, 727 y 730 del Código Judicial. La acusación se desarrolla en argumentos que pueden compendiarse así:

Que el sentenciador encontró demostrada la identidad de los bienes, mediante el dictamen de los peritos José Alvarez y Carlos Cárdenas (F. 5 C. 2), a que expresamente se refiere, siendo de suponer que, al hablar de otras pruebas, se acogió también a la diligencia de inspección ocular (F. 3 C. 2), pruebas éstas que se surtieron en la primera instancia a solicitud de la parte actora.

a) Por lo que toca con el dictamen pericial, la censura, luego de afirmar que ambos predios tienen como base de su alinderación el mojón que existe en un "medio filito", sin que tal punto se hubiera identificado; que ambos fundos se dicen limitar con predios del demandalo Félix Tirado y respecto de ambos se habla del mojón que hay en la quebrada de nombre Barcinal "en donde hay una piedra medio regular de grande a la orilla donde forma un medio saltico, donde hay un mojón de piedra al pie de la piedra medio regular de grande"; y que los linderos del predio a que se refiere la petición primera del libelo y el hecho segundo del mismo son distintos de los descritos en el punto quinto de la hijuela número 1, invocada como título de dominio del demandante Próspero Santa R., diferencia que dice no fue aclarada en el dictamen pericial, se pronuncia así:

"El llamado dictamen pericial que obra al Fl. 5 del cuaderno Nº 2, no menciona ninguno de los linderos de los dos fundos en controversia, de los fundos objeto material de las pretensiones de los demandantes. No se indica quiénes son los colindantes, qué punto de partida se tomó para la identifica-

ción de cada uno de ellos. Si los fundos objeto de la acción-pretensión, según los linderos dados, limitan con predios del demandado, ese límite ha debido quedar nítidamente establecido, para que no hubiera lugar a dudas e incertidumbres, precisando las señales, los signos físicos que determinan la línea limítrofe entre ellos. No hablan los peritos de que hubieran localizado uno de los puntos cardinales, en donde se encontrara un mojón que sirviera de punto de partida, para la identificación de los predios. No se insertan los linderos de ninguno de ellos. No se da explicación ninguna de donde se infiere logicamente, que los predios objeto de la acción de dominio, fueron desmembrados del fundo 'El Anón', descrito en la escritura pública, que se acompañó a la demanda. Fl. 1, Cd. 1.

"El dictamen ha debido determinar cuál era el predio de Próspero Santa y cuál era el inmueble de Blanca Inés Santa de Parra, cuál era el estado de cada uno de ellos, qué cultivos tenían, con qué otros fundos limitaban, etc., es decir, explicar, fundamentar su dictamen en la forma exigida por la ley procesal. Luego, no se identificaron los dos precios reclamados en la demanda, no se precisó que sobre ellos ejerciera la posesión material el demandado.

"Así dicen los peritos: 'Aunque en la identificación de los inmuebles no se observa precisamente la zanja, sí son notorios los vestigios de ella'. En los linderos de los fundos dados en la demanda y los que figuran en las hijuelas, no se menciona ninguna 'zanja'. No se dice de qué predios es lindero esa zanja. Se infiere consecuencialmente, la ausencia de precisión, la falta de fundamentación, de explicación, del llamado experticio".

b) Por lo que hace a la inspección ocular, alega el acusador que, en la diligencia, se insertaron los linderos de los instrumentos públicos adjuntos a la demanda; se habla de que se identificaron las hijuelas números 1 y 9, cuando lo que se iba a identificar eran predios; "no se hizo ningún examen sobre los fundos en litigio, no se recorrieron para verificar sus linderos, no se reconocieron por el juez y los peritos las cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate", siendo así que, como lo enseña la doctrina a que el recurrente se remite, para que una inspección ocular tenga pleno valor probatorio es necesario que el predio de que se trate se examine y reconozca debidamente; y que si el juez no se halla en presencia del objeto, si no lo determina, no puede hablarse jurídicamente de inspección ocular, único medio que, como prueba directa, pertenece a la percepción del juzgador.

c) Con base en todo lo cual sostiene el acusador que, según "las fallas anotadas a las pruebas en que se funda la identidad de los fundos, experticio e inspección ocular, únicas existentes en los autos sobre este aspecto, se llega a la siguiente conclusión: no existe la prueba de los supuestos factico-jurídicos de donde se infiera la identidad de los fundos y que esos fundos son los mismos que posee el demandado". De donde deduce "que el Tribunal incidió en error de derecho al concederle valor probatorio al dictamen de los peritos José Alvarez y Carlos Cárdenas", considerándolo suficiente para probar la identidad de los predios; e "igualmente incidió en manifiesto error de derecho al aceptar la valoración probatoria que hizo el a-quo, de la inspección ocular". Singulariza estos errores de medio, así: falta de aplicación de los artículos 234, 472, 593, 601, 724 y 727 del C. J., e indebida aplicación de sus artículos 721, 722, 723 y 730. Y en virtud de ello presenta como infringidos por aplicación indebida los preceptos del Código Civil al principio citados.

Se considera

Bien sabido es que, en la prueba de inspección ocular con intervención de peritos, se combinan dos medios de convicción: el reconocimiento judicial de los hechos y circunstancias observados por el juez, y el dictamen de los expertos. Por lo cual es obvio que el artículo 730 del C. J. disponga que el acta de inspección hace plena prueba de lo primero, y que en cuanto a los puntos

materia del dictamen pericial, la fuerza probatoria de éste se aprecia conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre peritos.

Es, además, claro que el dicho artículo 730 no entraña la consecuencia de que lo que no conste en el acta de la inspección no pueda probarse por otros medios adecuados, entre estos el propio dictamen de los peritos de que para aquella diligencia se asesoró el juez. Todo lo contrario, pues precisamente el concurso de los técnicos tiene entonces por objeto esclarecer, precisar o ilustrar las cuestiones en relación con las cuales se verificó la inspección judicial misma.

También es cierto que, tratándose de la identificación de predios, en juicios de reivindicación, no se exige una prueba específica, por lo cual, aunque al efecto sea muy adecuada la de inspección ocular, ese resultado puede conseguirse por medio de otras pruebas, verbigracia la pericial.

Ni se discute que dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos, hace plena prueba (Art. 722 C. J.), pero que es al juzgador a quien compete apreciar libremente si el dictamen reune las condiciones de uniforme y debidamente fundado, calificación que no puede variarse en el recurso extraordinario, sino en tanto se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca evidente en los autos.

Examinadas las pruebas en relación con las cuales se ataca la apreciación del Tribunal, se encuentra lo siguiente:

En el acta de la diligencia de inspección ocular se dice: que "se procedió en primer lugar a identificar" el inmueble de que trata la escritura número 205 de 6 de abril de 1946; que en seguida "se procedió a identificar' los linderos de la hijuela número 1"; y que "luego procedió el juzgado a identificar la hijuela número 9", relacionándose en cada uno de tales puntos los linderos de los respectivos inmuebles sobre que versó tal diligencia. Ciertamente el texto de ésta es deficiente, en cuanto no expresa la forma como se hizo la identificación de los predios; pero, no constando en el acta que se hubieran dejado de reconocer los terrenos en la forma indispensable para su identificación con arreglo a los linderos que los títulos rezan, lo presumible es que esa identificación se hizo cumplidamente, pues de lo contrario el juez no habría podido afirmarlo. Y ello se confirma con el dictamen uniforme de los peritos José Alvarez y Carlos Cárdenas, de que se transcriben los siguientes pasos:

"Previa identificación que hicimos de los inmuebles relacionados tanto en la escritura número 205 de 6 de abril de 1946, pasada ante el señor Notario de este Circuito y los comprendidos en las hijuelas números uno (I) y nueve (IX), formadas en el sucesorio de la finada Mercedes Toro de Santa, pudimos constatar lo siguiente: Dentro de los linderos a que hace referencia la escritura anotada antes, o mejor dentro del lote que ese título detalla, sí están comprendidos los inmuebles a que hacen referencia las hijuelas números uno y nueve que dejamos mencionadas antes, es decir los mismos lotes que son materia del litigio y que posee actualmente Félix Tirado. Así damos respuesta al numeral a) del interrogatorio y a ese convencimiento llegamos con identificación y reconocimiento del terreno que hicimos en asocio del Juzgado. En cuanto al numeral b) del interrogatorio, ya dejamos dicho que las hijuelas números uno y nueve, es decir, los lotes que esas hijuelas relacionan como adjudicados a Próspero Santa y Blanca Inés Santa, en el sucesorio de Mercedes Toro, están dentro de los linderos detallados en la escritura que hemos mencionado en un principio, y esos dos lotes, que son los que están en litigio y como poseídos por el señor Félix Tirado, corresponden precisamente a los detallados o descritos en la demanda y en las hijuelas mencionadas. Aunque en la identificación de los inmuebles no se observa precisamente la zanja, sí son notorios los vestigios de ella, que ha sido un poco tapada por desyerbas y malezas, pero en todo caso el lindero se

pudo identificar sin duda por los inmuebles limítrofes... La identificación de los inmuebles la hicimos sobre el terreno mismo y con vista de los títulos acompañados por el actor en el juicio".

Como se ve, en el preinserto dictamen, los peritos son enfáticos en conceptuar que los "lotes que son materia del litigio y que posee actualmente Félix Tirado", con que se relacionan las hijuelas números uno y nueve formadas en la mortuoria de Mercedes Toro de Santa, están comprendidos dentro de los linderos de que trata la escritura número 205 de 6 de abril de 1946, de la Notaría de Támesis, convencimiento a que llegaron "con identificación y reconocimiento del terreno" que hicieron en asocio del juzgado, y que "esos dos lotes, que son los que están en litigio y como poseídos por el señor Félix Tirado, corresponden precisamente a los detallados o descritos en la demanda y en las hijuelas mencionadas"; y, según se vio, insisten en que "la identificación de los inmuebles la hicimos sobre el terreno mismo y con visto de los títulos acompañados por el actor en el juicio".

Si, pues, el Tribunal se fundó principalmente en el referido dictamen pericial —complementario de la inspección ocular—, para dar por establecida la identidad de los inmuebles reivindicados, no estando las conclusiones de tal concepto desprovistas de razones, antes bien ofreciendo la muy importante de haber hecho los expertos la identificación de los inmuebles sobre el terreno mismo, resulta que la calificación favorable del experticio hecha por el Tribunal, dentro de la autonomía que le es propia, no es vulnerable al ataque por error de derecho.

Es innocuo el reparo que hace el acusador sobre el pasaje del dictamen, relativo a la notoriedad de los vestigios de una "zanja", de que según el impugnante no se habla en el alindamiento de los fundos, porque, aparte de que aquella referencia podría acusar un modo de decir de los peritos con relación a la "chamba" que figura, tanto en la relación de los linderos del terreno de que trata la escritura número 205 de 6 de abril de 1946, como en la de los linderos del lote desmembrado de la finca "El Anón", a que se contrae el ordinal quinto de la hijuela número 1, formada a Próspero Santa en la sucesión de María Mercedes Toro, el dictamen no fue objetado en la oportunidad legal correspondiente, ni discutido en manera alguna en las instancias, por lo cual no puede ser ahora atacado por vez primera en casación.

No dándose, pues, los yerros de valoración probatoria alegados por el impugnante, mal pudieron por este concepto ser quebrantadas las disposiciones de derecho sustancial a que el cargo se refiere, el que así se desecha.

Tercer cargo

Como premisas de éste, sienta el acusador, en síntesis, las siguientes:

Que, según la demanda, la posesión del demandado tuvo su origen en el año de 1955;

Que los demandantes, para acreditar la calidad de dueños de los predios que reivindican, se fundan en las hijuelas de adjudicación números 1 y 9 que se les formaron en el juicio de sucesión de Mercedes Toro de Santa, registradas el 9 de mayo de 1958, cuyo expediente corre protocolizado en la Notaría de Támesis por medio de la escritura número 415 de 28 de octubre de 1958;

Que en las dichas hijuelas no se relaciona ningún título anterior, como antecedente adquisitivo, que pudiese servir de nexo causal a las adjudicaciones en aquéllas hechas;

Que el Tribunal considera que los dos lotes de terreno reivindicados formaron parte de la finca "El Anón" que Juana Evangelista Montes vendió a Próspero Santa por medio de la escritura número 205 de 6 de abril de 1946, de donde el mismo sentenciador concluye que los actores tienen a su favor una cadena de títulos que arranca del año de 1946, al paso que considera que el demandado solo tiene a su favor la posesión que data del año de 1955 y un título de dominio de 1954;

Que en los autos no existe prueba alguna de que los lotes descritos en las hijuelas números 1 y 9 formaron parte del terreno "El Anón" relacionado en la escritura número 205;

Que en la diligencia de inventario y avalúos en la mortuoria de Mercedes Toro de Santa, de que se trajo copia en cumplimiento de auto para mejor proveer, se relaciona una finca denominada "El Anón", compuesta de dos lotes de terreno, del primero de los cuales, cuyos linderos son distintos a los expresados en la escritura número 205 de 6 de abril de 1946, deduce el recurrente fueron desmembrados los lotes de que tratan las referidas hijuelas números 1 y 9;

Que en la misma diligencia de inventario y avalúos, de que no se percató el Tribunal y que éste no menciona, se invocan como títulos en virtud de los cuales se adquirió la finca "El Anón", descrita en el punto octavo del activo, varios y se termina diciendo "y otros cuyas escrituras no se citan por no tenerlas a la mano"; y

Que la finca "El Anón" se formó por la incorporación de varios lotes de terreno, cuya causa jurídica es distinta, sin que esté comprobado el nexo causal entre el respectivo título adquisitivo de dominio y las susodichas hijuelas números 1 y 9, por lo cual éstas, como títulos declarativos, operan únicamente a partir de su registro efectuado el 9 de mayo de 1958, con posterioridad a la posesión material que la demanda atribuye al demandado, como iniciada en el año de 1955.

En razón de lo cual, el recurrente imputa al sentenciador los siguientes yerros:

a) Error de hecho, al considerar probado el nexo causal entre las hijuelas números 1 y 9 y la escritura número 205 de 6 de abril de 1946; b) error de hecho, al no darse cuenta de que en la citada diligencia de inventario y avalúos en la sucesión de Mercedes Toro de Santa, la finca "El Anón" se determina por linderos distintos de los contemplados en la citada escritura número 205, al no mencionar tal diligencia como prueba y no percatarse de que en ella se invocan, como causa adquisitiva de los fundos, varios títulos que no existen en el proceso; c) error de hecho, al no ver que en las copias de las hijuelas números 1 y 9, expedidas sin mencionar la parte enunciativa del instrumento de protocolización, no se menciona el título por el cual fueron adquiridos por la sociedad conyugal de Próspero Santa y Merecedes Toro los inmuebles allí adjudicados, y no observar que la fecha de registro de tales hijuelas es posterior a la de la posesión que se atribuye al demandado; d) error de derecho, al considerar que la escritura número 205 es idónea para probar mejor derecho en los demandantes, sin existir el nexo entre este instrumento y las hijuelas; y e) error de derecho, al considerar que la inspección ocular y el experticio de que se habló en el cargo anterior, eran idóneos para verificar que los inmuebles relacionados en las hijuelas se habían desmembrado del predio sobre que versa la escritura número 205, por los motivos expuestos en el cargo segundo.

En consecuencia, la censura señala como violados por el Tribunal los siguientes preceptos: directamente, los artículos 234, 472, 593, 601, 603, 721, 722, 723, 724, 727 y 730 del Código Judicial; e indirectamente, los siguientes del Código Civil, por falta de aplicación, el 762; y por aplicación indebida, los Arts. 946, 947, 950 y 951. Finalmente indica como quebrantados por falta de aplicación, los artículos 1759 y 2674 ibidem.

Se considera

Sin dejar de anotar la irregularidad en su forma, de que adolece este capítulo de la censura, en donde se entremezclan imputaciones por errores de hecho y de derecho en la estimación que el Tribunal hiciera de las pruebas, precisa observar que el argumento capital en que se estructura la acusación no es otro que el de que el sentenciador erró al estimar que la escritura número 205 de 6 de abril de 1946, de la Notaría de Támesis, por la cual Próspero Santa, dentro de la sociedad conyugal que tuvo con Mercedes Toro, compró a Juana Evan-

gelista Montes el terreno situado en el paraje de "El Anón", de que allí se trata, es el antecedente que da contenido de dominio a las adjudicaciones que de lotes segregados de la finca del mismo nombre se hicieron a los demandantes bajo las hijuelas números 1 y 9 en la partición de bienes de la sucesión de Mercedes Toro.

Previamente conviene advertir que, al final de cada una de las copias que de las referidas hijuelas se acompañaron a la demanda, el Notario hace constar que es "fiel copia" tomada del juicio de sucesión en referencia, "protocolizada por la escritura número 415 de 28 de octubre de 1958"; que cada una incluye el encabezamiento del trabajo de partición, el texto de la respectiva hijuela, el de la sentencia aprobatoria y auto de ejecutoria, como el de la nota de registro en el libro número Primero; y que, por lo tanto, ningún demérito acarrea al valor probatorio de tales traslados, la circunstancia de que en ellos no se hubiera transcrito la parte enunciativa del instrumento de protocolización.

Los razonamientos del impugnante tendientes a demostrar su ya expuesta tesis central, no logran su propósito:

Porque, si bien en el punto octavo de la diligencia de inventario y avalúos de la sucesión de María Mercedes Toro de Santa, se relaciona la finca de "El Anón", como compuesta de dos lotes de terreno, cuyos linderos son distintos de los con que se designan los lotes adjudicados a los demandantes en las hijuelas números 1 y 9, en aquella misma diligencia aparece que esa propiedad la hubo Próspero Santa mediante varios títulos, uno de los cuales es precisamente la compra hecha a Juana Evangelista Montes por la escritura número 205 de 6 de abril de 1946, de la Notaría de Támesis. Esto significa —como lo reconoce el propio recurrente— que "la finca 'El Anón' se formó por la incorporación de varios lotes de terreno", constitutivos así de una extensión mayor, cuyos linderos globales en las dos porciones en que fue inventariada no podían entonces ser los mismos que los singulares de los lotes parciales componentes. Ahora bien: Determinar a cuál de esas varias adquisiciones correspondían los lotes adjudicados a los actores en las susodichas hijuelas números 1 y 9, era cuestión susceptible de probarse por los competentes medios, como, por ejemplo, el dictamen pericial. Y fue precisamente con la prueba de esta especie producida en el juicio como se estableció, según lo visto al estudiar el cargo segundo, que los referidos lotes de que tratan las dichas hijuelas números 1 y 9 están comprendidos dentro de los linderos del terreno objeto de la compraventa que reza la tantas veces citada escritura número 205 de 6 de abril de 1946.

Lo cual pone de manifiesto que no incurrió el juzgador en los errores de hecho que en este cargo se le atribuyen; y, no habiendo prosperado el ataque que en el capítulo anterior de la demanda de casación se hizo por error de derecho en la estimación del dictamen pericial, quiere todo ello decir que la titularidad del dominio invocada por los demandantes y que, a través de las adjudicaciones que respectivamente se les hicieron bajo las hijuelas números 1 y 9 en el juicio de sucesión de María Mercedes Toro, registradas el 9 de mayo de 1958, arranca de la compraventa contenida en la escritura número 205 de 6 de abril de 1946, de la Notaría del Circuito de Támesis, registrada el 9 de abril de 1946, es de mayor antigüedad que la posesión del demandado, iniciada en el año de 1955; y que, por lo tanto, queda en pie la conclusión a que llegó el sentenciador de que, frente al demandado, "se evidenció el mejor derecho de los actores".

No fueron, pues, infringidos por el fallador ni los preceptos sobre pruebas, ni los de derecho sustancial con que se relaciona el cargo, el que así se desecha.

Resolución

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 veintidós (22) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

No se causaron costas en el recurso.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

NULIDAD DE UNA DONACION

Efectos frente a terceros de la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada. Incongruencia. No la hay en fallo que decreta restituciones derivadas de la declaración de nulidad de un contrato. Escritura pública. Fuerza probatoria y fuerza obligatoria. Lesión enorme. No tiene cabida sino en los contratos onerosos de índole conmutativa. Donación. Omisión del requisito de la insinuación y acción que compete a quien resulte afectado por el acto inválido. Dominio. Restricciones que puede sufrir. Usufructo. Su definición y obligaciones del nudo propietario. Gravamen. Como limitación del dominio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo quince de mil novecientos sesenta y cinco.

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

Por la Escritura Nº 310, extendida en la Notaría Segunda de Tuluá el seis de julio de 1949, la señora Clara Rosa Gutiérrez le transfirió, a título de donación, a su hijo Libardo Gutiérrez el derecho de dominio y la posesión que ella tenía sobre dos casas de habitación con sus respectivos solares, ubicadas dentro del área urbana de la nombrada ciudad de Tuluá. En la cláusula segunda del contrato se expresó que "la donante estima los inmuebles que hoy transfiere en la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000.00), moneda corriente", y en la cláusula cuarta se dijo: "Se advierte que la donante, señora Clara Rosa Gutiérrez, se reserva el derecho de usufructo de las casas o inmuebles donados, durante toda su existencia".

Por la Escritura Nº 1049, otorgada en la Notaría Primera de Tuluá el 19 de agosto de 1955, el mentado Libardo Gutiérrez transfirió en dación en pago al Banco del Comercio, Sucursal de Tuluá, varios inmuebles situados en el perímetro urbano de la misma ciudad, entre ellos una de las casas y parte de la otra que el mismo Gutiérrez había adquirido por donación de su madre. En este instrumento se expresó que sobre uno de los inmuebles existía la reserva del usufructo a favor de la donante, señora Gutiérrez, y que sobre otro de esos bienes había dos gravámenes hipotecarios.

En demanda de 25 de julio de 1956, que posteriormente fue corregida, la citada Clara Rosa Gutiérrez, obrando por medio de apoderado, llamó a juicio ante el Juez Primero Civil del Circuito de Tuluá al señor Libardo Gutiérrez y al Banco del Comercio, sucursal de la misma ciudad, para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran varias declaraciones, entre ellas las siguientes:

A) Que es absolutamente nulo el contrato de donación que se consignó en la Escritura Nº 310, de 6 de julio de 1949, "en todo aquello que dentro del mencionado contrato excediere por su valor de la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), moneda legal colombiana".

B) Que se ordene la cancelación del registro de la expresada Escritura Nº 310, con la salvedad anotada en la petición anterior.

C) Que pertenece a la señora Clara Rosa Gutiérrez la nuda propiedad sobre dos de los inmuebles transferidos por Libardo Gutiérrez al Banco del Comercio en la porción del valor de esos bienes que excediere de dos mil pesos.

D) Que se ordene cancelar el registro de la Escritura Nº 1049, de 19 de agosto de 1955, en cuanto concierne a los inmuebles indicados en la petición que precede y con las limitaciones allí mismo señaladas.

E) Que se decrete la restitución a la demandante Gutiérrez de los mismos bienes con sus frutos naturales y civiles y sus anexidades, en la porción que excediere de dos mil pesos.

Con el carácter de subsidiarias formuló la demandante otras súplicas más o menos similares a las ya indicadas, agregando una en que se impetra la declaración de que, como consecuencia de la nulidad invocada, son también nulos todos los contratos que se deriven de la Escritura Nº 310, de 6 de julio de 1949, especialmente el consignado en la Escritura Nº 1049, de 19 de agosto de 1955, en todo aquello que dentro de este contrato excediere por su valor de la suma de dos mil pesos.

Los hechos de la demanda refieren en síntesis que por la Escritura Nº 310, de 1949, la señora Clara Rosa Gutiérrez le donó a su hijo Libardo Gutiérrez dos casas de habitación con sus correspondientes solares, ubicadas en el área urbana de Tuluá; que en la misma escritura la donante se reservó el usufructo sobre los inmuebles donados; que también en ese instrumento los contratantes estimaron en diez mil pesos el valor de los bienes que fueron objeto de la donación; que posteriormente la donante y el donatario vendieron parte de uno de los inmuebles y se reservaron otra parte de su solar, sobre el cual construyó una casa la señora Gutiérrez; que la donación hecha por la Escritura Nº 310 no fue insinuada, es decir, que no se pidió autorización judicial para efectuarla; que por la Escritura Nº 1049, de 19 de agosto de 1955, Libardo Gutiérrez transfirió en dación en pago al Banco del Comercio uno de los inmuebles donados y la parte que le quedaba del otro inmueble también donado; que en este último instrumento se hizo mención expresa de la reserva del usufructo en favor de la señora Gutiérrez. También relata la demanda corregida que la actora tuvo que promover una querella de policía para obtener que se pusiera término a los actos de perturbación que le causó el Banco del Comercio en la posesión de los bienes aludidos.

El demandado Libardo Gutiérrez contestó el libelo diciendo que eran ciertos todos los hechos expuestos en él y que no se oponía a las pretensiones de la demandante.

El apoderado del Banco del Comercio también dio respuesta a la demanda y en ella aceptó unos hechos, negó otros, se opuso a las pretensiones de la actora y propuso la excepción de prescripción de la acción instaurada.

El primer grado del juicio terminó con la sentencia de 25 de mayo de 1960, en la cual se resolvió:

"1) Se declara no probada la excepción perentoria de prescripción propuesta por el demandado Banco del Comercio.

"2) Declárase que el contrato de donación contenido en la Escritura pública Nº 310, de julio 6 del año de 1949, otorgada en la Notaría 2ª de Tuluá y registrada el 12 de julio del mismo año, bajo partida Nº 1698, folio Nº 300, T. 54 del Libro I de Registro, celebrado entre Clara Rosa Gutiérrez y Libardo Gutiérrez, solo es válido en cuanto a la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00), y es nulo, de nulidad absoluta, en todo aquello que excediere de dicha cantidad, por falta de insinuación judicial.

"3) En consecuencia son nulos todos aquellos contratos que se hubieren celebrado con posterioridad al 6 de julio de 1949 y que se deriven o derivaren de la Escritura pública Nº 310 de dicha fecha, otorgada en la Notaría 2ª de Tuluá, y en relación con los bienes que allí se determinan, pero únicamente en la porción que excediere de dos mil pesos ($ 2.000.00).

"4) En consecuencia se ordena a favor de la señora Clara Rosa Gutiérrez o a quien sus derechos represente, la restitución de los bienes determinados en la Escritura pública Nº 310, de julio 6 de 1949, otorgada en la Notaría 2ª de Tuluá, pero solo en cuanto excedan de dos mil pesos, moneda corriente ($ 2.000.00). La restitución se hará tres días después de la ejecutoria de esta providencia, y en caso de no ser posible, por haber nuevas enajenaciones, deberá entregarse a la demandante o a quien sus derechos represente, su respectivo valor en dinero, de acuerdo con el avalúo dado por los peritos que dictaminaron en el presente juicio.

"5) Consiguientemente es ineficaz la inscripción hecha en la Oficina de Registro de Tuluá de la Escritura pública Nº 310, de julio 6 de 1949, otorgada en la Notaría 2ª de Tuluá, y la de todos los contratos que se hubieren derivado de ella, tales como la Escritura Nº 1049, de agosto 19 de 1955, otorgada en la Notaría Primera de Tuluá, pero solo en lo que excediere a la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00).

"6) Se condena a los demandados al pago de los frutos naturales y civiles en favor de la señora Clara Rosa Gutiérrez, mediante el sistema previsto en el artículo 553 del C. J.

"7) Comuníquese a los respectivos Notarios de la ciudad lo resuelto en esta providencia para que se sirvan anotarla en la margen de la matriz de la escritura respectiva. Igualmente inscríbase este fallo en los libros correspondientes de la Oficina de Registro de Tuluá.

"8) No hay lugar a hacer la declaración de dominio solicitada sobre el bien de que trata la Escritura pública Nº 365, de 22 de junio de 1955, otorgada en la Notaría Segunda de Tuluá, y debidamente registrada en la Oficina de Registro de Tuluá, vista a folio 55 y ss. del cuaderno principal".

La sentencia impugnada

Surtida la segunda instancia del litigio por apelación que interpuso el Banco del Comercio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga profirió la sentencia de 30 de mayo de 1961, mediante la cual se reformó la de primera grado, quedando ésta así:

"1º) El contrato de donación contenido en la Escritura Nº 310, de 6 de julio de 1949, de la Notaría Segunda de Tuluá, es válido en cuanto a la suma de dos mil pesos en relación con el valor de diez mil pesos en que la donante estimó los bienes en conjunto a que se refiere ese mismo instrumento, y es nulo en el exceso de la expresada suma de dos mil pesos, por falta de insinuación.

"2º) La Escritura pública Nº 1049, de agosto 19 de 1955, otorgada en la Notaría Primera de Tuluá, en cuanto se refiere a los derechos transferidos al Banco del Comercio, Sucursal de Tuluá, por aquel instrumento sobre los bienes de que trata la Escritura Nº 310, de 6 de julio de 1949, de la Notaría Segunda de Tuluá, es ineficaz e inoponible, en cuanto exceda de dos mil pesos ($ 2.000.00) sobre el mismo conjunto de bienes, estimados en diez mil pesos ($ 10.000.00), a los derechos de dominio que la señora Clara Rosa Gutiérrez readquiere por virtud de la inscripción en la Oficina de Registro de Tuluá de la presente sentencia.

"3º) Comuníquese a los Notarios Primero y Segundo del Circuito de Tuluá la parte resolutiva de la presente providencia para que sea anotada al margen de las dos escrituras a que se contraen las anteriores declaraciones.

"4º) Inscríbase el presente fallo en los libros correspondientes de la Oficina de Registro del Circuito de Tuluá.

"5º) Confírmase la declaración octava de la sentencia apelada.

"6º) Revócanse las declaraciones tercera, cuarta y sexta de la misma sentencia.

"7º) Declárase no probada la excepción de prescripción de la acción de nulidad incoada en el juicio.

"8º) Condénase a los demandados a pagar, por partes iguales, a la demandante las costas del juicio".

La motivación de este fallo se refiere a las súplicas de la demanda que fueron acogidas en la sentencia de primer grado. Acerca de la acción de nulidad que se ejercita, observa que por la Escritura Nº 310, de julio 6 de 1949, la demandante Gutiérrez hizo una donación a su hijo Libardo Gutiérrez, que ni en ese instrumento ni en ninguna otra prueba aparece que para realizar esa donación se hubiera obtenido autorización judicial previa y que como en la misma escritura la donante estimó en diez mil pesos el valor de los bienes donados, resulta que dicha donación exigía el requisito de la insinuación que consagra el Art. 1458 del C. Civil. Dice que este requisito ha sido consagrado en protección del derecho de dominio y en razón de la naturaleza del contrato de donación y que en consecuencia su incumplimiento acarreará la nulidad absoluta de este contrato. Por este aspecto la señora Gutiérrez está legitimada para invocar la declaración de esa nulidad frente al donatario Libardo Gutiérrez y al Banco del Comercio como sucesor a título singular de dicho donatario. "En consecuencia —expresa el fallo— resultando que ni del texto de la Escritura Nº 310 cuestionada en el juicio ni por medio probatorio adecuado alguno, aparece que la donación contenida en dicho instrumento hubiese sido precedida de autorización judicial en cumplimiento del precepto del Art. 1458 del C. C., y habida cuenta de que en la misma escritura la donante estimó los bienes en conjunto en la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) con el asentimiento del donatario, debe concluirse obviamente que el punto segundo de la sentencia apelada, por el cual se declara la nulidad de aquel acto de donación en cuanto exceda de dos mil pesos ($ 2.000.00) y válido solo hasta este último valor, es clara aplicación de los Arts. 1740, 1741 y 1758 del Código Civil".

Anota la sentencia que, aunque podría objetarse que los bienes en litigio no son exactamente los mismos que fueron objeto de la donación, porque uno de ellos fue parcialmente enajenado, la declaración de nulidad no puede ser modificada porque así se la formuló en la demanda y porque al efectuar esa donación tales bienes quedaron estimados en conjunto y sin discriminación alguna en diez mil pesos. Se refiere al avalúo pericial de $ 90.000.00 y de $ 12.000.00 que en el curso del juicio se hizo de los inmuebles en disputa para expresar que ese dictamen no ofrece fundamento y explicaciones que permitan acogerlo y que por el contrario suscita serias dudas. "Pero —dice la misma sentencia— aunque no se estime el cuestionado dictamen como prueba del valor de los bienes donados en la época de este acto, tal exigencia de la acción de nulidad ejercitada sí puede considerarse satisfecha mediante la misma escritura de donación, en la que se contiene la apreciación del valor de los bienes donados en conjunto en una suma determinada, superior a dos mil pesos, estimacion hecha por las mismas personas que concurrieron al otorgamiento y que son las mismas partes del juicio. Dicho estimativo de las partes donante y donatario en la Escritura Nº 310, de 6 de julio de 1949, ofrece plena fe de verdad entre los mismos declarantes y otorgantes, que son partes ahora en este juicio, y también respecto del Banco del Comercio, codemandado a quien el donatario transfirió los inmuebles donados con aquel defecto que constaba en el mismo título inscrito de adquisición (C. C., 1759)".

A propósito de la súplica de la demanda y de la tercera declaración del fallo de primera instancia sobre nulidad de todos los actos derivados de la donación consignada en la Escritura Nº 310, afirma el fallo que la declaración mencionada no puede subsistir por estar concebida en términos generales y no concretos ni individuales, desde luego que la invalidez de la donación no se transmite a los actos jurídicos posteriores y porque otra cosa bien distinta es que estos actos carezcan de eficacia y sean inoponibles a la persona favorecida con la declaración de nulidad.

Refiriéndose a los efectos de la nulidad dice la sentencia que tampoco puede subsistir, sino que se debe reformar la declara-

ción cuarta del fallo de primer grado, porque aquí no hay prueba de que los demandados sean los poseedores de los bienes en litigio, porque la poseedora de esos bienes es la demandante en virtud del derecho de usufructo que ella se reservó y porque, "en tratándose de la declaración de nulidad de un contrato de donación, como en el caso del presente negocio, a virtud de que tal donación subsiste hasta la cantidad de dos mil pesos, es lógico que el efecto restitutorio del derecho de dominio sobre inmuebles por razón de la inscripción en el Registro, se opera mediante el registro de la sentencia en que aquella nulidad se declara, lo que determina mecánicamente que cobra nueva vigencia la inscripción que a su favor tenía el donante al tiempo del contrato declarado nulo en cuanto exceda de la cantidad de dos mil pesos, pero subsistiendo hasta esta cantidad los efectos de aquel contrato en la posesión inscrita a favor del donatario o de sus sucesores, aunque con la advertencia de la reserva del derecho de usufructo estipulado en este caso".

La sentencia comenta la declaración quinta del fallo de primer grado y afirma que la nulidad de la donación hecha a Libardo Gutiérrez no se transmite a la venta de los inmuebles que éste le hizo al Banco del Comercio por la Escritura Nº 1049, de agosto 19 de 1955; que lo que pasa es que esta venta no puede oponerse a la señora Clara Rosa Gutiérrez en cuanto exceda del valor de dos mil pesos, pero que sí es eficaz hasta esta cifra, y que así debe entenderse la citada declaración quinta.

En cuanto a la restitución de frutos que figura ordenada en la declaración sexta de la sentencia de primer grado y que es efecto de la declaración de invalidez, expresa el fallo acusado que esa restitución se halla subordinada a que el demandado vencido sea el poseedor de los bienes, pero que no procede cuando dicho demandado no ha poseído ni posee tales bienes, como sucede en este negocio. "En el caso de autos —dice el fallo— se vio en su oportunidad que los demandados no podían ser condenados a la restitución material de los bienes que fueron objeto de la donación materia de la controversia, porque en ninguna parte del libelo de demanda se dice que tales demandados tengan o hayan tenido desde alguna fecha la posesión de aquellos bienes; consiguientemente, tampoco será procedente en este juicio la aplicación del inciso segundo del Art. 1746 del C. C. en cuanto a la restitución de frutos y, por tanto, no tiene fundamento legal ni probatorio el pronunciamiento sexto de la sentencia apelada".

Tratando por último de la excepción de prescripción propuesta por el Banco demandado con base en que es simplemente relativa la nulidad de la donación, expresa la sentencia: "Tal excepción fue resuelta desfavorablemente en la declaración primera del fallo apelado en forma acertada, porque si, conforme al Art. 1741 del C. C., es causal de nulidad absoluta la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de los actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, el incumplimiento del requisito de insinuación judicial que ordena el Art. 1458 del mismo Código en el nacimiento de los actos de donación, determinará en éstos nulidad absoluta, y esta clase de nulidad absoluta solo puede sanearse por prescripción extraordinaria, esto es, por el transcurso de veinte años (Ley 50 de 1936)".

La impugnación

El apoderado del Banco del Comercio recurrió en casación y con fundamento en las causales primera y segunda formula contra la sentencia del Tribunal los siguientes cuatro cargos que la Corte procede a examinar, advirtiendo que la parte opositora replicó la demanda respectiva y que, para atender al orden lógico, se hace necesario estudiar primero el motivo que se apoya en la causal segunda.

Primer cargo

"Acuso la sentencia —dice el recurrente— por la causal segunda, o sea, la de inconformidad de la parte resolutiva del fallo con las prestaciones oportunamente deducidas por las partes, como dice el artículo 520 del C. J.".

En sustentación de este cargo transcribe el recurso unas de las súplicas formuladas en la demanda inicial de esta litis, se refiere de manera especial a los pedimentos sobre nulidad de la dación en pago que Libardo Gutiérrez le hizo al Banco del Comercio por la Escritura Nº 1049 de 1955 y sobre cancelación del registro de este instrumento y recuerda las consideraciones que hace el fallo acusado para denegar estas peticiones y para sostener que la referida dación en pago no es oponible a la demandante Gutiérrez en cuanto el valor de los bienes exceda de dos mil pesos. Luego dice el mismo recurso:

"El criterio del Tribunal cuando revocó la declaración del Juez de primera instancia se acomodó a derecho, pues es apenas elemental que la declaración de nulidad no procede.

"Pero, avanzando por camino que no le trazó el demandante y llegando a conclusiones que nadie le había solicitado, resolvió motu proprio declarar que el contrato de dación en pago celebrado entre Libardo Gutiérrez y el Banco del Comercio, Sucursal de Tuluá, es inoponible en cuanto exceda de dos mil pesos a los derechos de dominio que Clara Rosa Gutiérrez readquiere por virtud de esta sentencia.

"A esta declaración del fallo, que es francamente extra petita, llegó el sentenciador dizque a mérito de la interpretación que hizo hacer de la demanda, pero semejante procedimiento no es aceptable en derecho, porque no puede el sentenciador so pretexto de la facultad de interpretación del libelo cambiar o alterar fundamentalmente la acción o acciones deducidas expresamente por el actor.

"Interpretar la acción ejercitada no es, no puede ser, crear una acción que no se ejercita en el libelo".

En respaldo de estos conceptos el recurso cita varias doctrinas de la Corte sobre la facultad de los jueces para interpretar la demanda y añade finalmente sobre este cargo:

"Al interpretar la demanda en la forma en que lo hizo el Tribunal, contrariando expresamente el texto de la misma y la intención del demandante manifestada a través de ese claro texto, incurrió el sentenciador en evidente error de hecho y violentó el artículo 471 del C. J. que claramente ordena que la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

"A mérito de esta errada interpretación a más de negar, como lo hizo, el demandante, la declaración de nulidad solicitada a petición totalmente inconducente, puesto que se refería a contrato solemne legalmente celebrado, resolvió por sí y ante sí pronunciarse sobre extremos que no fueron materia de la demanda, conjugándose así la causal de inconsonancia y la de violación del artículo 471 del C. J.".

La Corte considera

Entre las súplicas formuladas en la demanda inicial de este juicio figura una en que se pide la declaración de que, como secuela de la nulidad de la donación hecha por Clara Rosa Gutiérrez a Libardo Gutiérrez, "son igualmente nulos todos aquellos contratos que se deriven de la Escritura Nº 310, de julio 6 de 1949, ... en cuanto a los bienes de que habla dicho instrumento y especialmente la Escritura Nº 1049, de agosto 19 de 1955, de la Notaría Primera de Tuluá, otorgada por Libardo Gutiérrez al Banco del Comercio, Sucursal de Tuluá, pero en todo aquello que dentro del mencionado contrato excediere por su valor de la suma de dos mil pesos, moneda legal".

El fallo de primera instancia acogió esta súplica y declaró también ineficaces las inscripciones en el Registro público de las Escrituras Nros. 310 y 1049, citadas, en cuanto el valor de los bienes donados excediere de dos mil pesos. La sentencia impugnada consideró inadmisible la pretensión sobre nulidad de todos los contratos que se derivaron de la Escritura Nº 310, incluso la dación en pago hecha por Libardo Gutiérrez al Banco del Comercio, e improcedentes las declaraciones hechas en la decisión de pri-

mer grado. Dicha sentencia expresó a este respecto que la nulidad es una sanción que solo afecta al acto o contrato que no reúne los requisitos de fondo o de forma que exige la ley, que tal sanción no puede ser aplicada en forma genérica, que la invalidez de la donación no se transmite a la dación en pago que se hizo al Banco, que de consiguiente esta dación no es inválida y que lo que en realidad sucede en este caso es que dicha dación en pago no puede ser opuesta a la demandante Gutiérrez para impedirle recuperar los derechos que inválidamente transfirió por la donación. Consecuente con estas ideas la misma sentencia hizo el pronunciamiento señalado con el ordinal segundo de su parte resolutiva sobre que la dación en pago consignada en la Escritura Nº 1049, "es ineficaz e inoponible, en cuanto exceda de dos mil pesos ($ 2.000.00) sobre el mismo conjunto de bienes, estimados en diez mil pesos ($ 10.000), a los derechos de dominio que la señora Clara Rosa Gutiérrez readquiere por virtud de la inscripción en la Oficina de Registro de Tuluá de la presente sentencia".

El recurso alega que no hay consonancia entre lo pedido por la actora y lo resuelto por el fallo, porque éste denegó la declaración de nulidad de la dación en pago, que fue lo suplicado, y se pronunció en cambio sobre un extremo que no se planteó en la demanda, como es el de inoponibilidad de esa misma dación en cuanto excede de dos mil pesos. Esta incongruencia obedece a una interpretación equivocada y caprichosa de dicha demanda.

Conforme a los Arts. 1746 y 1748 del C. Civil, la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, produce efecto no solo entre las partes, sino también respecto de terceros, sin perjuicio de las excepciones legales. La declaración judicial de nulidad confiere a las partes derecho para ser restituídas al statu quo ante, y en relación con terceros otorga también derecho al beneficiario de la misma declaración para obtener que éstos le restituyan los bienes poseídos por ellos y que hayan sido transferidos por el contrato que se anula. Este efecto contra terceros poseedores significa que no son, en principio, oponibles a ese beneficiario de la declaración de invalidez las convenciones por las cuales dichos terceros adquirieron los bienes sujetos a restitución. La causa de ello radica en que esos terceros no han podido adquirir sobre tales bienes más derechos que los transmisibles que tenían sus tradentes, según el principio consagrado por el Art. 752 del C. Civil.

La sentencia decretó la nulidad de la donación hecha por Clara Rosa Gutiérrez a Libardo Gutiérrez y denegó el pedimento sobre invalidez de la dación en pago que éste último le hizo al Banco del Comercio, pero declaró que esta dación es inoponible a la demandante, es decir, que tal acto no puede impedirle a ésta recuperar el dominio de los bienes donados en el exceso que quedó afectado de nulidad. Bien a las claras se ve que esta declaración de inoponibilidad no hizo sino reconocer uno de los efectos de la nulidad de la donación respecto del Banco demandado y que al pronunciarla no incurrió el fallo en inconsonancia alguna, desde luego que tanto vale decir que la dación en pago es inoponible a la actora como expresar que la declaración de nulidad hecha en favor de ésta produce efecto en relación con la misma entidad bancaria. Además, la misma demandante solicitó la restitución de los bienes y esta súplica lleva implícito el concepto de inoponibilidad que la sentencia resolvió declarar en forma expresa. Y todavía más: la Corte ha sostenido en repetidas ocasiones que no incurre en el vicio de incongruencia el fallo que decreta las restituciones derivadas de la declaración de nulidad de un contrato, aunque no hayan sido explícitamente invocadas, porque ellas son complemento obligado de esa declaración y deben en consecuencia ser ordenadas aun de oficio (LIX 2025, 784 y 906). Todo lo cual permite concluir que la inoponibilidad parcial de la dación en pago es en este caso uno de los efectos de la declaración de invalidez de la donación y que al reconocerlo así no incurrió el fallo en la inconsonancia que el recurso le atribuye.

Segundo cargo

Se hace consistir en la violación indirecta, por aplicación indebida, de los Arts. 1458, 1740 y 1741 del C. Civil, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias quebrantadas se señalan los Arts. 1759 del C. Civil, 705 y 721 del C. Judicial.

La infracción de los preceptos sustanciales anotados se produjo, según el recurso, por los siguientes errores de hecho y de derecho:

a) La sentencia expresa que la donante y el donatario estimaron en $ 10.000.00 el valor de los bienes donados, pero sucede que, según el texto de la Escritura Nº 310, de julio 6 de 1949, no fueron ambas partes, sino la donante sola quien estimó esos bienes en dicha cantidad de dinero. Al no ver esta circunstancia incurrió el fallo en un manifiesto error de hecho en la apreciación del instrumento mencionado. "Esa estimación de otra parte —dice el recurso— sería simplemente enunciativa, no esencial, ni dispositiva en el acto de donación y no altera en manera alguna el acto mismo, ni refiere a obligaciones queridas por las partes, ni toca con lo esencial del acto de donación; esa estimación fue hecha de manera unilateral por la donante, como claramente lo indica el instrumento".

b) La donante estimó en diez mil pesos el valor de los bienes a que se refiere la Escritura Nº 310, pero ocurre que ella no donó tales bienes, sino su nuda propiedad únicamente, por haberse reservado el usufructo, y que en consecuencia aquella estimación de valor no corresponde a lo que en realidad fue materia de la donación, esto es, la nuda propiedad. Al considerar la sentencia que esa estimación de valor se refería a lo donado, incurrió en un error evidente de hecho al no ver que lo donado fue la nuda propiedad y no el dominio pleno de los bienes dichos y que tal estimación corresponde a este dominio pleno y no a la nuda propiedad.

"El Tribunal —expresa el recurso— no se percató de que esa estimación dice referencia al parecer de la donante en relación con los inmuebles que hoy transfiere (dominio pleno) y no con la nuda propiedad de dichos inmuebles, único efecto en verdad donado, por virtud de la reserva de la cláusula cuarta ya citada.

"No paró mientes el Tribunal en que lo estimado por la donante no fue la nuda propiedad donada, sino el dominio pleno, que era lo transferido según la cláusula inmediatamente anterior, y que como la donante agrega en el propio acto de donación que se reserva de por vida el usufructo de tales bienes, la estimación no recae sobre el objeto donado, o sea la nuda propiedad".

Añade el recurso que la reserva del usufructo disminuye el monto de la estimación hecha por la donante y torna ineficaz esa estimación para tenerla como prueba del valor de la nuda propiedad realmente donada.

c) La sentencia incurrió en otro error de hecho al tener por demostrado que la nuda propiedad donada por la señora Gutiérrez a su hijo valía más de dos mil pesos para poder decretar la nulidad invocada, pues no existe prueba alguna que acredite ese hecho. Sobre este particular agrega el recurso:

"Ninguna probanza conducente a demostrar el valor de lo donado se allegó al juicio; cuando el Tribunal afirma que existe tal prueba se pone en manifiesta contradicción con la verdad de hecho que acusa el elenco probatorio.

"Ni la Escritura 310 de 1949, ni el dictamen infundado y carente de valor allegado al proceso, refieren al precio o valor de la nuda propiedad a la época de la donación".

d) Repite el impugnante que la sentencia incurrió en un manifiesto error de hecho al no ver que la estimación en diez mil pesos que hizo la donante, se refiere al dominio pleno de los bienes y no a la nuda propiedad, que fue lo realmente donado, y que no puede por tanto tomarse tal estimación como valor de lo que en efecto se donó para decretar la nulidad de la donación.

Un error idéntico cometió la sentencia al no ver que el dictamen de los peritos se refirió también a los bienes en su dominio pleno y no a la nuda propiedad, error que era suficiente para no tener en cuenta ese justiprecio pericial.

Los errores anotados condujeron a la sentencia a aplicar, sin ser el caso, los Arts. 1458, 1740 y 1741 del C. Civil, por considerar, contra toda evidencia, que aparecía demostrado que el valor de la cosa donada era superior a dos mil pesos y al estimar así conducente la aplicación de tales preceptos. De esta manera se quebrantaron las mismas normas por aplicación indebida.

e) Por otro aspecto la sentencia cometió un error de derecho al estimar la prueba resultante del contenido de la Escritura Nº 310, de julio 6 de 1949. "Consiste el error anotado —afirma el recurso— en que el sentenciador da a dicho instrumento mayor valor probatorio del que la ley sustancial le asigna, pues le reconoce poder bastante para demostrar el valor de lo donado en razón de la estimación en él hecha por la donante, no de lo donado, que fue la nuda propiedad, sino de la propiedad plena, cuyo dominio ella desmembraba para donar solamente uno de su elementos, la nuda propiedad".

Olvidó el fallo que el Art. 1759 del C. Civil dispone que el instrumento público hace fe del hecho de su otorgamiento y de su fecha, pero no de la verdad de lo declarado en él, pues en está parte solo hace fe contra los declarantes, en este caso contra la actora Gutiérrez, quien no puede pretender la prosperidad de una acción que solo se apoya en su propio dicho. También olvidó la sentencia que la estimación del valor de lo donado hecha por la donante no constituye obligación ni descargo que pueda vincular a los posteriores adquirentes de los bienes.

Este error, según el recurso, llevó a la sentencia a darle al citado Art. 1759 una extensión que no tiene y una aplicación al caso del pleito que resulta exótica e injurídica y por esa vía a declarar la nulidad de la donación, con quebranto del Art. 1458 ibídem, por aplicación indebida.

No siendo admisible la estimación de valor hecha por la donante como prueba del precio de lo donado y habiendo descartado la sentencia el avalúo pericial de los bienes que en este juicio se practicó, resulta que no existe aquí prueba de ese valor de la nuda propiedad donada y que esta ausencia de tal prueba no puede volverse contra los demandados y en beneficio de la actora, quien era la obligada a suministrar esa probanza.

Anota el recurso que, según jurisprudencia constante de la Corte, cuando la base de la demanda y de la aplicación de un precepto legal, depende de la apreciación numérica o del avalúo de la cosa que se discute, la prueba del dictamen pericial es la adecuada y eficaz para llegar a saber si la acción puede o no prosperar y si es o no aplicable la disposición invocada. "Cuando el Tribunal en el caso de autos —afirma el recurso— se desentendió de estos ordenamientos legales y de la interpretación correcta de los mismos y de la jurisprudencia constante de la Corte al respecto, violó el artículo 705 del C. J., porque dejó de aplicarlo al caso del pleito, siendo debida su aplicación, como también el 721 de la propia obra, porque indudablemente en el caso de autos se requería un avalúo o regulación en cifra numérica del precio de lo donado y a pesar de la ausencia de esa prueba pericial el Tribunal declaró la nulidad de la donación, violando también por este concepto el artículo 1458 del C. C. y el 1740 y 1741 del C. C.".

Aun admitiendo que, como lo expresa el fallo, fueran la donante y el donatario quienes de consuno hicieron la estimación del objeto donado, "tal estimación —dice el recurso— no sería prueba apta para fundar la demanda de nulidad ni la declaración del Tribunal al respecto, pues el valor de un bien no se prueba con la fijación que de él hagan los contratantes en el instrumento respectivo; darle valor de prueba a tal estimación es injurídico y entraña una interpretación de la ley que ofende la razón, porque dejaría al arbitrio de los contratantes la burla de los preceptos legales que dan valor al acto hasta determinada suma, su-

jetándolos a una apreciación o estimación hecha por ellos que bien podía ser inferior a la que establece o estatuye la ley".

En el caso de nulidad de una donación que excede de dos mil pesos ocurre algo similar a lo que pasa en materia de lesión enorme y por tanto le son aplicables a ese caso las doctrinas de la Corte que exigen en punto de lesión que se determine por medio de avalúo pericial el valor de los bienes al tiempo del contrato. En la presente ocurrencia no se produjo ese justiprecio, porque el dictamen practicado se desechó por la sentencia, y en defecto de tal prueba no podía tomarse como valor de lo donado la estimación hecha por la donante y el donatario. Al acoger esta estimación incurrió la sentencia en un error de derecho y violó con ello el Art. 1759 del C. Civil, por aplicación indebida, desde luego que esta norma no autoriza en este caso para tomar como valor de los bienes donados el señalado por las partes en la escritura respectiva.

La Corte considera

1. **Prescribe el Art. 1622 del C. Civil que "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad".**

Entre las reglas de hermenéutica que la ley dispone aplicar figura ésta de considerar y entender en su conjunto las cláusulas de un contrato, analizando e interpretando unas por otras, de modo que todas ellas guarden armonía entre sí, que se ajusten a la naturaleza y a la finalidad de la convención y que concurran a satisfacer la común intención de las partes. El contrato es un concierto de voluntades que por lo regular constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que éstas acaso no sospecharon (XLII-1899, 343).

La sentencia expresa que en la donación hecha por Clara Rosa Gutiérrez a su hijo Libardo Gutiérrez las partes estimaron en diez mil pesos el valor de los bienes donados, y el recurso sostiene que dicho fallo incurrió en un error de hecho al no ver que solo fue la donante quien hizo esa estimación en forma unilateral y no ambas partes de común acuerdo. El donatario intervino en la celebración de la liberalidad, aceptó lo expuesto por la donante y no puede entenderse en estas circunstancias que la estimación del valor de los bienes fuera obra exclusiva de la donante; también lo fue del donatario, es decir, que entrambos contratantes fijaron ese valor.

Al considerarlo así ningún error de hecho puede atribuirse a la sentencia, la cual entendió en su conjunto y como acto de ambas partes las estipulaciones del contrato de donación, dando de este modo aplicación correcta a la regla consagrada por el citado Art. 1622 del C. Civil.

2. Según el recurso, la estimación en diez mil pesos se refiere al dominio pleno de los bienes y no a la nuda propiedad, que fue lo realmente donado; por tanto la sentencia incurrió en un error de hecho al dar por demostrado que esa apreciación de valor corresponde a lo que fue materia de la donación, esto es, a la nuda propiedad.

La señora Gutiérrez y su hijo celebraron la donación en referencia y apreciaron en diez mil pesos el valor de los bienes. La circunstancia de que la donante se hubiera reservado el usufructo de éstos, no es causa para entender que aquella estimación se refirió al dominio pleno y no a la nuda propiedad y que en consecuencia se la debe reducir para determinar el valor de lo donado. Ese contrato constituye un todo armónico y así debe ser considerado para fijar el alcance de sus estipulaciones. La cláusula en que se apreció el valor de los bienes no puede ser entendida con relación al dominio pleno o a la mera propiedad de tales bienes, sino respecto de la donación mirada en sí misma, como un solo acto jurídico, de modo que esa estimación corresponde al valor de este acto y no a uno u otro de los ele-

mentos integrantes del dominio. Una inteligencia diferente de dicha cláusula entrañaría una desarticulación del contrato que conduciría a sembrar incertidumbre donde donde bien claro aparece que la intención común de las partes fue la de señalarle a la donación un valor de diez mil pesos, sin consideración particular a uno de los referidos elementos.

De lo cual se infiere que ningún error de hecho puede imputarse a la sentencia por haber admitido que la estimación en diez mil pesos constituía el valor de lo donado, según el acuerdo de las propias partes contratantes.

3. Se acusa también la sentencia de haber incurrido en otro error de hecho al tener por demostrado, sin ningún respaldo probatorio, según el recurso, que la nuda propiedad donada valía más de dos mil pesos.

La donante y el donatario estimaron en diez mil pesos el valor de lo donado; la sentencia acogió esta manifestación y dio por establecido con ella que la donación valía más de dos mil pesos. Existiendo la prueba de la escritura pública en que se consignó esa estimación de valor, no se descubre que el fallo hubiera incurrido en el error de hecho que por este aspecto se le atribuye.

4. El recurso le censura a la sentencia el haber cometido un error de derecho al aceptar que la estimación en diez mil pesos del valor de lo donado hecha por la donante y el donatario, era prueba adecuada y eficaz para demostrar ese valor y para considerar que la donación valía más de dos mil pesos y que estaba viciada de nulidad por falta de insinuación.

En este juicio se practicó un avalúo pericial de los bienes donados, pero la sentencia desechó esa prueba por juzgarla carente de la fundamentación debida. En defecto de justiprecio pericial, el fallo consideró en verdad que la estimación en diez mil pesos hecha por las partes donante y donataria, constituía plena prueba de que la donación valía más de dos mil pesos.

El Art. 1759 del C. Civil les atribuye a los instrumentos públicos una doble fuerza probatoria y obligatoria. Con relación a la primera el instrumento público hace pena fe adversus omnes en cuanto a su fecha, a su otorgamiento, a la presencia e identidad de los otorgantes y a las declaraciones que en él consignan éstos. Sobre la veracidad de estas manifestaciones no hace fe sino entre quienes las formulan. Respecto de su fuerza obligatoria, ella se produce entre los mismos otorgantes y se extiende a sus sucesores a título universal o singular. En el caso presente, la donante y el donatario estimaron en diez mil pesos el valor de los bienes donados. Esta declaración hace plena fe entre dichas partes, a quienes les impuso además la obligación de presentarse a insinuar la donación para que ésta cobrara eficacia jurídica. El Banco del Comercio, al adquirir de Libardo Gutiérrez parte de los bienes que a éste le fueron transferidos en donación, vino a ser un causahabiente a título singular de dicho donatario y en esa calidad de sucesor quedó sujeto a la fuerza probatoria y también obligatoria de lo declarado en la escritura en que se consignó esa donación. De este modo, las consecuencias jurídicas que, en relación con las partes, se derivaron de aquella estimación valorativa de los bienes donados, se extendieron y afectaron a la citada entidad bancaria en su condición de sucesora del donatario. Al entenderlo así, la sentencia aplicó con acierto el citado Art. 1759 del C. Civil y no cometió ningún error de derecho, como lo supone el recurso.

Obvio es que, como lo ha dicho la Corte varias veces, entre ellas, en casaciones de julio 10 de 1948 (LXIV-2062, 495) y de febrero 17 de 1959 (XC-2207, 47), la presunción de verdad material e intelectual que la ley atribuye a los instrumentos públicos puede ser infirmada por medios probatorios adecuados. Esta doctrina no es aplicable en este caso, porque ningún esfuerzo se realizó por acreditar que hubiera sido inexacta o simulada la estimación del valor de los bienes que hicieron las partes donante y donataria.

Cargo tercero

Versa sobre la violación directa, por aplicación indebida, de los Arts. 1458, 1740 y 1741 del C. Civil.

Sobre este motivo expresa el recurso que la sentencia cometió un error jurídico al acoger la acción de la demandante con olvido de que el contrato que dio origen a la demanda es un contrato a título gratuito y típicamente aleatorio y que las convenciones de esta clase escapan a la acción rescisoria por lesión enorme. En efecto, la demandante no hizo insinuar la donación y ahora se presenta a alegar que sufrió un error en el precio y que en consecuencia el contrato celebrado por ella adolece de un vicio que lo invalida en el exceso de dos mil pesos. Lo cual significa que la actora invoca la lesión como vicio del consentimiento en grado suficiente a anular su propio contrato y en orden a obtener la restitución de bienes que legalmente salieron de su patrimonio. Pero es el caso de que la lesión no puede ser invocada respecto de los contratos a título gratuito o de carácter aleatorio, como sucede en la compraventa cuando el vendedor se reserva el usufructo.

Repite el recurso que en los contratos a título gratuito no puede haber lesión y concluye así la exposición de este cargo:

"O ella (la donante) obró de buena fe y celebró la donación, ajustándose a la ley, porque lo donado —nuda propiedad— valía entonces menos de dos mil pesos, y la insinuación no era necesaria.

"O no insinuó a ciencia y paciencia de que lo donado valía más de dos mil pesos, según su concepto, y entonces obró de mala fe.

"Si está en el primer caso, carece de la acción de nulidad, como ya se dijo.

"Si está en el segundo, también carece de ella, porque nadie puede invocar en su provecho su propia culpa.

"Por desatender estos principios el Tribunal violó también el artículo 1458 y los Arts. 1740 y 1741 del C. C.".

Se considera

La actora no invoca lesión alguna como fundamento de la pretensión demandada. La causa de esta pretensión radica en la falta del requisito de la insinuación respecto del contrato de donación que celebró con su hijo. Siendo este contrato esencialmente gratuito, mal puede hablarse de lesión en las prestaciones recíprocas de las partes como base de una acción rescisoria que no se propuso y que es distinta de la que se instauró y viene ejercitándose.

Según los Arts. 1497 y 1498 del C. Civil, los contratos se dividen en gratuitos y onerosos y estos últimos a su vez se subdividen en conmutativos y aleatorios. La lesión enorme no tiene cabida sino en contratos onerosos de índole conmutativa, porque en ellos es requisito indefectible la equivalencia de las prestaciones de las partes. Esa lesión no se produce en las convenciones onerosas de carácter aleatorio o que envuelven álea, porque en ellas la contingencia incierta de ganancia o pérdida elimina la posibilidad de dicha lesión. De modo que este fenómeno solo puede presentarse en los contratos onerosos de naturaleza conmutativa, y de ahí que, por su propia esencia, resulte incompatible con los negocios a título gratuito.

Sin duda que al prescindir del requisito de la insinuación, las partes que celebraron la donación incurrieron en un olvido del derecho, pero esto por sí solo no arguye mala fe ni priva por lo tanto a la donante del ejercicio de la acción de nulidad absoluta que se deriva de la inobservancia de ese requisito. El Art. 1742 del C. Civil despojaba de aquella acción a quien había ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; pero este precepto fue subrogado por el Art. 2º de la Ley 50 de 1936, que confiere la mis-

ma acción a todo el que tiene interés en alegarla, es decir, a quien resulte afectado por el acto inválido.

Todo lo cual significa que la sentencia no aplicó indebidamente, sino de manera acertada los Arts. 1458, 1740 y 1741 del C. Civil al declarar la nulidad invocada con las consecuencias que le son inherentes.

Cuarto cargo

Se hace consistir en el quebranto directo de los Arts. 1458 y 1462 del C. Civil, el primero por aplicación indebida y el segundo por falta de aplicación.

El recurso desarrolla este cargo diciendo que, aun en el supuesto de que la estimación del valor de los bienes hecha por la donante fuese plena prueba de ese valor, la sentencia incurrió en un error jurídico al no deducir lo que vale el usufructo que la donante se reservó. En efecto, la señora Gutiérrez estimó en diez mil pesos el valor de los bienes, esto es, su dominio y posesión, pero en cláusula posterior se reservó el usufructo de esos bienes, de manera que lo donado fue únicamente la nuda propiedad de los inmuebles. De otra parte, el usufructo constituye un gravamen, como lo designa el Art. 793 del C. Civil y en el sentido que a esta expresión le da el Diccionario de la Academia Española. "Si lo transferido —dice el recurso— según los textuales términos de la escritura fueron los inmuebles en dominio y posesión y a ellos se refirió la estimación, pero a tal donación se le impuso el gravamen del usufructo, entonces de conformidad con el texto claro del artículo 1462, para saber el valor de la donación habría que restar a la estimación de diez mil pesos hecha por la donante la suma valor de la carga o gravamen, que el usufructo representa, para saber si la insinuación era o no de rigor.

"Y si tal cosa no se ha hecho, desatendiendo lo que tal precepto manda, es indudable esta conclusión doble; la de que no se ha establecido el valor de la donación y la de que al proceder de manera distinta, se quebrantó por el sentenciador la norma que ordena hacerlo. Arts. 1458 y 1462 del C. C.".

Concluye el recurso afirmando que, por no haber sustraído de la estimación de valor de los bienes lo que representa la carga del usufructo, la sentencia quebrantó el Art. 1462 del C. Civil, por falta de aplicación, así como el 1458 ibídem, por aplicación indebida.

La Corte considera

El dominio es en principio un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, que confiere a su titular las tres facultades de usar, de gozar y de disponer de la cosa o bien sobre que recae. Dicho derecho es, sin embargo, susceptible de sufrir limitaciones en la duración, extensión o ejercicio de los atributos que lo integran. Tales restricciones pueden ser legales o voluntarias, en el sentido de ser impuestas por la ley o por un acto jurídico del propio titular del dominio. Entre esas limitaciones figura la constitución de un usufructo, o sea del derecho de usar y gozar de la cosa, con independencia de la facultad de disponer del mismo bien sobre que se ejerce dicho usufructo. Cuando el dominio se halla separado del uso y goce, se lo llama mera o nuda propiedad (C. C., 669).

El usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de usar y gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia y de restituirla a su dueño; supone necesariamente la coexistencia de dos derechos, el del nudo propietario y el del usufructuario, y tiene una duración limitada (C. C., 823 y 824).

El Art. 793 del C. Civil llama gravamen al usufructo, al uso y la habitación, y los Arts. 794 y 879 ibídem califican también de gravámenes a la propiedad fiduciaria y a la servidumbre, no obstante que otros preceptos hablan de que son limitaciones del dominio. Lo cual deja ver que en este punto la expresión gravamen no está empleada en el sentido de obligación, prestación o carga impuesta al nudo propietario, sino en el significado de limitación del dominio. El usu-

fructo, no obstante aparecer calificado de gravamen, no impone al nudo propietario ninguna carga, obligación o prestación de índole pecuniaria en beneficio del usufructuario, salvo acuerdo expreso de las partes. El nudo propietario no tiene más que dos obligaciones, una negativa y otra positiva: consiste la primera en no perturbar al usufructuario en el ejercicio de sus derechos, y la segunda en realizar las obras o refacciones mayores que sean necesarias para la conservación y la utilización permanente de la cosa fructuaria (C. C., 838 y 856).

El Art. 1462 del C. Civil prescribe que "las donaciones en que se impone al donatario un gravamen pecuniario, o que puede apreciarse en una suma determinada de dinero, no están sujetas a insinuación sino con descuento del gravamen". Consiste este gravamen en una obligación, prestación o carga pecuniaria o apreciable en dinero que por la donación se impone al donatario.

Este precepto nada tiene que ver con la donación de que trata esta litis ni es aplicable a esa donación por varias razones, así: primera, porque el usufructo que la donante se reservó no es un gravamen impuesto personalmente al donatario, es decir, no constituye una obligación, prestación o carga pecuniaria o apreciable en dinero que pesara sobre dicho donatario; segunda, porque el donatario no contrajo a favor de la donante ninguna obligación especial que pueda calificarse de gravamen pecuniario y que debiera descontarse del valor de la donación. No habiéndose impuesto al donatario Libardo Gutiérrez ninguna prestación o gravamen de carácter pecuniario, nada había que descontar del valor de la donación para determinar si ésta se hallaba o no sujeta al requisito de la insinuación. El Art. 1462 del C. Civil no es, pues, aplicable a la donación en referencia y de consiguiente en ningún quebranto de tal precepto incurrió el fallo por no haberlo aplicado.

Las consideraciones que preceden llevan a la conclusión de que los cargos no aparecen fundados.

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de treinta de mayo de mil novecientos sesenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este juicio de la señora Clara Rosa Gutiérrez contra el señor Libardo Gutiérrez y el Banco del Comercio, Sucursal de Tuluá.

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

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SANEAMIENTO POR EVICCION

La sentencia penal condenatoria por delito de robo, produce efectos erga omnes en cuanto a la propiedad del bien sustraído. Legitimación en causa para el saneamiento. Restitución del precio de la cosa evicta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada).

Roberto Ayuso demandó en el Juzgado Civil del Circuito de Girardot a la sucesión de Angel Flórez, representada por su cónyuge, Diometilde C. v. de Flórez, y por sus herederos, Luis Arturo Zambrano o Flórez, Bárbara Flórez, Miguel Angel Flórez y Rosalba Flórez, para que en juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que es nulo de nulidad absoluta, por tener objeto ilícito, el contrato de compraventa celebrado entre el señor Miguel Angel Flórez, como vendedor, y el señor Roberto Ayuso, como comprador, referente al automóvil marca Chrysler, distinguido su motor con el número C38-181028, con placa número 7247 de Bogotá, modelo de 1948.

"Segunda. Que como consecuencia de dicha nulidad, la sucesión del señor Angel Flórez, representada por las personas arriba nombradas, está en la obligación de pagarle o reintegrarle a Roberto Ayuso, la cantidad de cinco mil pesos moneda corriente con sus intereses legales a contar del mes de abril de 1951 hasta el día en que se haga el pago, como también la de devolverle un automóvil usado, marca Plymouth o su valor, dinero y automóvil que fueron dados como precio del automóvil Chrysler arriba determinado.

"Como acción subsidiaria, pido:

"Que se decrete la nulidad absoluta del contrato antes relacionado y se condene a la referida sucesión al pago de los perjuicios, como consecuencia de ella, perjuicios que estimo en la cantidad de diez mil pesos ó la que pericialmente se estime en el curso del juicio.

"En subsidio de lo anterior, pido:

"Que la sucesión de Angel Flórez está en la obligación de pagarle o reintegrarle a Roberto Ayuso, la cantidad de cinco mil pesos moneda corriente, con sus intereses legales a contar del mes de abril de 1951 hasta cuando se verifique el pago, como también la de devolverle o restituírle un automóvil usado marca Plymouth, dinero y carro que Roberto Ayuso dio como precio a Angel Flórez, por el automóvil marca Chrysler, arriba especificado".

Los hechos generadores de las anteriores súplicas se pueden resumir así:

Gabriel Mogollón Cordero le hurtó a Eduardo Gaviria en la noche del 24 de junio de 1950 un automóvil marca Chrysler de motor número C38-181028 y placa 7247 de Bogotá, modelo 1948 para cinco pasajeros.

Mogollón Cordero vendió dicho carro en Girardot a Jaime Gómez con adulteración de los números del motor y la placa.

Gómez inscribió el automóvil en la Oficina de Circulación y Tránsito de

Girardot como de su propiedad, y se lo vendió a Angel Flórez, quien, lo registró en la misma oficina de Circulación, y, a su vez, lo dio en venta a Roberto Ayuso, en cuyo poder fue encontrado y decomisado por el funcionario que adelantó la investigación del delito denunciado por Eduardo Gaviria.

Mogollón Cordero, fue condenado como autor del delito de hurto, a la pena principal de trece meses diez días de prisión, y a pagar los perjuicios causados con el ilícito.

Angel Flórez recibió de Ayuso en precio del vehículo la suma de cinco mil pesos en cheque a cargo del Banco del Comercio de Girardot cobrado oportunamente, y un automóvil Plymouth modelo de 1937, estimado de común acuerdo en dos mil pesos.

Ayuso no tenía conocimiento de que el automóvil fuera hurtado, y reclamó a Flórez que le devolviera los cinco mil pesos y el vehículo que le había dado como precio, sin conseguirlo.

La sucesión de Flórez está representada por Diometilde C. v. de Flórez cónyuge sobreviviente, y por sus herederos Luis Alberto Zambrano o Flórez, Bárbara, Miguel Angel y Rosalba Flórez.

En el proceso penal seguido contra Mogollón Cordero, obran varias pruebas del pago del precio por Ayuso a Flórez, entre otras, la confesión de éste.

Cita varios títulos del C. Civil como disposiciones aplicables al caso, y dice fundar la demanda en que la venta celebrada entre Flórez y Ayuso tuvo objeto ilícito por tratarse de un automóvil hurtado o robado, y en que "el señor Flórez no puede o no podía enriquecerse sin una causa legítima".

Solamente dieron contestación a la demanda los herederos Miguel Angel, Bárbara y Rosalba Flórez por medio del curador ad-litem designado por ellos, quien se opuso a las pretensiones del actor, y pidió que los hechos fueran probados. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, acción errada y la genérica.

El Juzgado cerró la primera instancia con sentencia de diez y ocho de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, por la cual no accedió a ninguna de las peticiones de la demanda, que confirmó el Tribunal en la proferida el veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta.

Motivación del fallo de segundo grado

Transcribe el pasaje del alegato del apelante en que pretende sostener que si la venta de cosa ajena vale, no puede extenderse tal principio a la que ha sido objeto de un delito, aunque los posteriores adquirientes procedan de buena fe. Y replica el Tribunal: "Sucede sin embargo, contra lo sostenido por el recurrente, que entre los eventos que taxativamente hacen ilícito el objeto sobre el cual se contrata, no está el de que este haya sido materia de un delito, como lo comprueba la simple lectura de los artículos 1519 a 1923 del Código Civil que los consagra (sic) como excepción al principio que para la venta contiene el 1866, cuando dice: "Pueden venderse todas las cosas corporales cuya enajenación no está prohibida por la ley". Y la venta de cosa ajena, así haya podido ser materia de un delito anterior, no cuenta entre las que son objeto de dicha prohibición.

"No se quiere decir con esto, que la procedencia delictuosa en el derecho de quien pretende enajenarlo, carezca de todo influjo en la validez o eficacia del contrato. O que la licitud de objeto que esa viciosa procedencia, por sí sola, no alcanza a destruir, deje en desamparo los derechos de quien, de buena fe, creyó adquirirlos del verdadero dueño, y sin que el daño consiguiente pueda ser justa y equitativamente indemnizado. Es que la **ocultación maliciosa del delito** en que se supone colocado el vendedor de la cosa robada, antes que determinar **ilicitud en el objeto**, conforma el medio fraudulento o doloso de que se vale para inducir la voluntad del adquirente a aceptar un acto en que, sin tal ocultación, no habría consentido, haciéndolo, entonces sí, invalidable por dicha causa. Y cuando tal ocultación no se produce porque, inclusive y como es el caso, el propio tradente ignora el

anterior vicio de origen que le afecta, el comprador desposeído cuenta con otros medios que, como el de saneamiento por evicción, garantizan la plenitud de su derecho".

"Por lo cual, y no encontrándose fundadas en derecho las acciones que como fundamental y consecuenciales propone la demanda, ellas deben ser desechadas, manteniéndose el fallo de primera instancia que sí lo dispuso".

La parte actora impugnó el fallo del Tribunal interponiendo el recurso extraordinario de casación que entra a decidir la Corte.

Alega las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J. "por ser la sentencia violatoria de leyes sustantivas en todos los conceptos de infracción directa, aplicación indebida y errónea aplicación, como también por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Se considera solamente el cargo que por error de hecho en la apreciación de la demanda, expone el Capítulo II del libelo de casación, el cual está llamado a prosperar.

Lo enuncia en estos términos: "Violación de los artículos 15, 1904 y 1909 del C. C. y como consecuencia indirectamente por error de hecho en la apreciación de la prueba, los artículos 1757 del C. C., 473, 474, 593 y 632 del C. J.".

Lo sustenta con los siguientes razonamientos que se resumen así: Como acción se pide que la parte demandada restituya el precio que Flórez recibió de Ayuso por la compra del carro. Con la sola solicitud del precio el actor prácticamente renunció al resto de la indemnización que por causa de la evicción pudiera reclamar en otro juicio. Pudiendo ser expresa o tácita esta renuncia, el Tribunal violó el artículo 15 nombrado, "por no haberlo aplicado al caso del pleito. Es cierto que en la demanda no se pidió que por haber sufrido evicción el comprador, se condenara al vendedor a la restitución del precio. Pero se ha pedido la devolución del precio que en el fondo es lo mismo, interpretando la demanda como debe interpretarse".

El sentenciador no tuvo en cuenta que si la estipulación que exime al vendedor del saneamiento por evicción, no lo libera del pago del precio, con mayor razón este debe restituirse cuando no existe tal estipulación. "Y es legal reclamarlo en cualquier forma que sea, sin necesidad de sentencia especial de evicción, pues no puede haberla. Basta que se reclame el precio en vista de que el vendedor no pudo amparar al comprador en el dominio o posesión de la cosa, o que el comprador fue desposeído de ella.

"La evicción no puede alegarse o proponerse. En cualquiera de los dos casos el vendedor está obligado a restituir el precio ya que la acción del comprador se funda en una verdadera conditio indebiti, siempre que la cosa se haya perdido no por culpa del comprador".

"El sentenciador violó también el artículo 1904 del C. C. que ordena la restitución del precio, por no haberlo aplicado al caso del pleito, siendo así que por virtud de la sentencia del Juzgado 5º Superior, el vendedor quedó imposibilitado física y legalmente para amparar al comprador en la posesión del vehículo sin que pueda alegarse que tal sentencia no es de aquéllas a que se refiere el artículo 1894 porque lo cierto es que en ella se contiene una relación completa de los hechos que dieron lugar a la pérdida del vehículo de una manera definitiva, sin poderlo reclamar en otro juicio, ya que fue materia del cuerpo del delito de hurto, demostrándose en la investigación penal que el autor del ilícito fue Gabriel Mogollón Cordero, así como la propiedad indiscutible de Eduardo Gaviria. Además en esa investigación estuvo presente el señor Angel Flórez quien aceptó que el vehículo había sido robado y que era de propiedad del señor Gaviria.

"La referida sentencia es prueba por excelencia de la evicción que sufrió el compra-

dor, puesto que por medio de ella se aceptó que el legítimo dueño era el señor Gaviria. Por tanto no hay lugar a duda de que esa sentencia es una de las que habla el artículo 1894. Pero aún en el supuesto de que esto no fuera así, hay que equiparar a la acción judicial el caso en que el comprador a fin de evitar un pleito, abandona voluntariamente la cosa, por ser evidente el derecho del verdadero propietario que la reclama.

El sentenciador violó también por no aplicación el artículo 1894 del Código Civil, porque si el vendedor no se eximió de sanear la evicción, debe restituir el precio, "ya que las cosas deben quedar como si el contrato no hubiera existido".

"Al no ordenar el Tribunal la devolución del precio, violó directamente, por no aplicarlo, el inciso 1º de dicho artículo 1909, incurriendo en error de hecho en la apreciación de la demanda, de la sentencia del Juzgado 5º Superior de Bogotá y demás pruebas que obran en autos, y como consecuencia de esa violación, indirectamente por error de derecho en la demanda y pruebas, los artículos 1757 del C. C. y 473, 474 y 632 del C. J.".

La Corte considera

A pesar de las deficiencias manifiestas en el libelo de casación, no deja de ser bastante clara la censura consistente en que el Tribunal, poniendo a salvo para el comprador la acción de saneamiento por evicción, no la considera, y falla el pleito como si no estuviera ejercida en la segunda súplica subsidiaria de la demanda, inicial, donde la intención del actor está limitada a que se le restituya el precio que pagó por el automóvil de que fue judicialmente desposeído, por tratarse de cosa robada, sin que hubiera necesidad de que esa súplica subsidiaria expresara especialmente responsabilidad por evicción, puesto que no hay palabras ni actuaciones sacramentales. De donde deduce el recurrente error en la interpretación de la demanda y quebranto indirecto por no aplicación de los artículos del Código Civil 1904 sobre lo que comprende el saneamiento por evicción, 1893, que impone al vendedor la obligación de sanear, y 1894 que predica la evicción de la cosa comprada cuando el comprador es privado de ella por sentencia judicial.

Dice la aludida súplica subsidiaria:

"Que la sucesión de Angel Flórez está en la obligación de pagarle o reintegrarle a Roberto Ayuso la cantidad de $ 5.000.00 m|cte. con sus intereses legales a contar del mes de abril de 1951 hasta cuando se verifique el pago, como también la de devolverle o restituirle un automóvil usado marca Plymouth, dinero y carro que Roberto Ayuso dio como precio a Angel Flórez, por el automóvil marca Chrysler, especificado".

De otra parte, debe advertirse que el Tribunal se ocupó exclusivamente del planteamiento principal de que la venta sub-júdice adolecía de nulidad por referirse a un bien robado, y apenas enunciativamente consideró que, por la circunstancia de haber sido robado el carro bien podía afectarse el contrato de dolo en razón de la ocultación maliciosa de la procedencia del carro, evento descartable aquí, para concluir: "El comprador desposeído cuenta con otros medios que, como el de saneamiento por evicción, garantizan la plenitud del derecho.

"Por lo cual, y no encontrándose fundadas en derecho, las acciones que como fundamental y consecuenciales propone la demanda, ellas deben ser rechazadas...".

Si se observa que la acción contenida en el párrafo transcrito de la demanda se propuso, como subsidiaria, no como consecuencial, según la estima el fallador, y que éste remite al demandante a otros medios "como el saneamiento por evicción", es manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal al no ver esta súplica, en que se propone el saneamiento por evicción, o como consecuencia de haber sido privado el actor de la posesión del automóvil por el funcionario que siguió la investigación del delito de robo, y de la sentencia que condenó a Mogollón Cordero como responsable de dicho delito, en el vehículo cuya procedencia demostró Eduardo Gaviria.

Acerca de los errores que un fallo puede cometer en la apreciación de la demanda ha dicho la Corte: "En esta interpretación puede incurrir en error evidente en la apreciación de los hechos o de las peticiones, o que se equivoque en cuanto a la naturaleza jurídica de las acciones. En el primer caso, habría una violación indirecta de ley sustantiva por error de hecho, porque se advierte en la demanda algo que no existe, o no se encuentra lo que sí dice, y, como consecuencia se ha hecho una aplicación indebida de la ley sustancial, o han dejado de aplicarse las disposiciones pertinentes. En el supuesto del yerro jurídico en la estimación de la naturaleza jurídica de la acción, la violación de la ley sustantiva sería directa en cuanto a las normas que la regulan". (G.J.T. 92 Pág. 937).

Siendo manifiesto, de conformidad con los propios términos de la sentencia, que el Tribunal no vio la acción de saneamiento propuesta en la segunda súplica subsidiaria, es incuestionable que éste cometió el evidente error de hecho que tal omisión o inadvertencia entrañan.

El artículo 1894 del Código Civil considera que hay evicción cuando el comprador ha sido privado de todo o parte de la cosa, objeto de la venta, por sentencia judicial.

La doctrina ha entendido hasta hoy que la sentencia a que se refiere este precepto es la proferida en juicio seguido por el tercero que pretende un derecho real sobre la cosa contra el comprador, o cuando ejercita las acciones de que tratan los artículos 955 y 957, ibidem. De los supuestos del artículo 1900, ibidem, no existente en el código chileno, como no registra el actual Código judicial en las ejecuciones o concurso de acreedores las tercerías que daban lugar a juicio ordinario, la evicción se daría en el juicio reivindicatorio que siguiera el comprador privado de la posesión sin su culpa, contra el nuevo poseedor.

No obstante pueden presentarse eventos distintos del contemplado en el artículo 1894, como es el que ha originado este proceso, en el cual, privado el comprador de buena fe del bien que resultó robado, según lo establece la sentencia ejecutoriada, por la cual se condena al autor del ilícito a sufrir la correspondiente pena de prisión, dicho comprador está legitimado para el saneamiento por ese fallo, que, al declarar cuál es el querer de la ley en el caso concreto, tiene una voluntad absoluta equivalente a la ley misma, por lo cual se considera que la sentencia penal produce efectos erga omnes.

Sería injurídico que el vendedor de la cosa que resultó robada pretendiera sostener que la declaración del fallo penal por el cual se condena al autor del robo de ese bien que luego vino por título justo a poder de su comprador de buena fe, no tuviera el alcance de demostrarle que dicho bien fue sustraído del patrimonio de un tercero, es decir, que el fallo penal no tuviera efectos contra él en este sentido.

Trátase entonces de una sentencia, que en cuanto a la propiedad del bien, objeto del delito de robo en este caso, declara contra todos que es de propiedad de la persona de cuyo patrimonio fue sustraído.

Y como el comprador Ayuso fue desposeído del automóvil dentro de la actuación procesal, y le fue entregado a su dueño, hay que concluir que se ha realizado la privación exigida por el artículo 1894 del C. Civil por sentencia penal ejecutoriada, que produce efectos no solo contra el ladrón sino contra los terceros que por medios legítimos lo hubieron luego.

Privado Ayuso del vehículo en la forma indicada, ya no tiene medio alguno para reclamarlo del verdadero dueño, porque sería intentar una acción inútil.

No le queda, por consiguiente, sino pedirle a su vendedor que le sanée la evicción que ha sufrido por una causa anterior a la venta celebrada con éste, como es el dominio del despojado del carro.

El saneamiento comprende ante todo el precio de la venta de cuya prestación no se

puede liberar el vendedor de cosa evicta mi aún en el caso de haberse eximido del saneamiento por evicción, según lo preceptúa el artículo 1909 del C. Civil.

Además el artículo 1904, ibidem, entre las prestaciones a cargo del vendedor, en caso de evicción, coloca en primer término "la restitución del precio, aunque la cosa al tiempo de la evicción valga menos".

En razón de haber sido privado Roberto Ayuso del automóvil marca Chrysler, motor C-38-181028, con placa 7247 de Bogotá, modelo 1948 que le compró a Angel Flórez sin poderlo reclamar del dueño, los herederos del vendedor están obligados a restituir el precio que su causante recibió por razón de la venta, como lo disponen los artículos 1904 y 1909 citados, los cuales violó el fallador indirectamente, a consecuencia del error de hecho en la apreciación de la demanda.

Prospera el cargo.

La sentencia recurrida debe casarse para dictar la de instancia.

El contrato de venta lo establece la confesión extrajudicial que encierra la declaración que rindió en el proceso penal Angel Flórez el 24 de julio de 1951, en la cual luego de exponer que él le compró el automóvil en cuestión a Jaime Gómez, dice: "Hace unos quince días cambié el carro con un señor Roberto Ayuso; lo cambié por una carro viejo y me encimó cinco mil pesos... Aclaro que el negocio con Ayuso está hecho, yo recibí los cinco mil pesos y el carro, y él recibió mi carro, pero el traspaso no se ha legalizado ante la Circulación por haber orden de este juzgado o noticia de que es robado o no se puede aceptar traspaso en esa oficina". (Fols. 24 C. 2).

Esta manifestación de Flórez tiene el carácter de confesión extrajudicial, porque fue hecha ante el funcionario investigador para explicar cómo hubo el vehículo y a quién se lo transfirió, circunstancia que revela a las claras el ánimo que tuvo Flórez de confesar, en un acto no destinado a servir de prueba (Art. 604 C. J.). Como esta confesión no deja la menor duda de la venta que Flórez le hizo a Ayuso, ella tiene pleno mérito probatorio al tenor del artículo 608 del C. Judicial.

Obran las declaraciones de Carlos Elías Velásquez, Mariano Moreno Montaña y Alirio Moreno Noriega acerca de que el automóvil usado que Ayuso le dio a Flórez como parte del precio de la venta del Chrysler era de marca Plymouth modelo 1937.

Hay constancia en la diligencia de reconocimiento del carro robado efectuada el 4 de junio de 1951, de que para esta fecha ya estaba decomisado y a disposición del Juzgado 5º de Instrucción Criminal. Corrobora este hecho el auto de diez y siete de julio siguiente, por el cual el mismo despacho ordena entregar el automóvil a la Compañía Colombiana de Seguros, sustituta de Eduardo Gaviria en el dominio del vehículo por haberle pagado a éste el seguro por robo.

No habiendo constancia sino de que al presentar Ayuso el carro, "el funcionario de instrucción dispuso retenerlo para efectos de la investigación", sin que obre la fecha de este decomiso, para el pago de intereses de los cinco mil pesos se tendrá en cuenta la fecha de la diligencia de reconocimiento a que acaba de hacerse referencia.

El Juzgado negó la súplica principal y la primera subsidiaria por no hallar la nulidad del contrato impetrada en ella, y la segunda subsidiaria, porque no se hace en ella uso de la acción de saneamiento por evicción.

Como consecuencia de lo expuesto, la decisión del Juzgado debe revocarse.

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 Bogotá con fecha veintiocho de

marzo de mil novecientos sesenta en el juicio ordinario seguido por Roberto Ayuso contra la sucesión de Angel Flórez, representada por los herederos Luis Arturo Zambrano o Flórez, Bárbara Flórez, Miguel Angel Flórez y Rosalba Flórez, y, en su lugar,

Resuelve

1º Revócase la sentencia de primera instancia que lleva fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve.

2º Niéganse las peticiones principal y la primera subsidiaria.

3º Condénase a los herederos Luis Arturo Zambrano o Flórez, Bárbara Flórez, Miguel Angel Flórez y Rosalba Flórez a restituirle una vez ejecutoriada esta sentencia a Roberto Ayuso, mayor de edad, vecino de Girardot, con cédula de extranjería número 85 de la misma ciudad: 1º La cantidad de cinco mil pesos moneda legal y los intereses legales de esa suma a partir del cuatro de junio de 1951 hasta el día del pago. 2º El automóvil marca Plymouth modelo 1937 en el estado en que Flórez lo recibió de Ayuso como parte del precio o el valor que tenía en julio de 1951, fijado por el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

3º Sin costas en el juicio y en el recurso.

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

Arturo C. Posada, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

Factores constitutivos de la causal de relaciones sexuales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., abril veintiséis de mil novecientos sesenta y cinco.

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

Ante el Juez Primero Civil del Circuito de Cúcuta la señora Mariana Ortega Cáceres, obrando en representación de su menor hijo natural Jaime Ortega, demandó a los señores María Mora viuda de Peñaranda, Leonor, Gustavo Adolfo, Yarima, Justo Iván y Beatriz Peñaranda Ayala, en su condición de herederos del difunto Roque Julio Peñaranda Mora, para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que el nombrado Jaime Ortega es hijo natural y heredero del causante Peñaranda Mora.

Los hechos sustanciales de la demanda expresan que la señora Mariana Ortega y el señor Roque Peñaranda Mora procrearon un hijo que nació el 30 de julio de 1940 en la población de Santiago y que fue bautizado el 27 de agosto del año siguiente con el nombre de Jaime; que la señora Ortega era soltera por la época de la concepción y del nacimiento del dicho hijo; que el citado Roque Peñaranda Mora fue el padre natural del señor Jaime Ortega por haber sido éste concebido en las condiciones y circunstancias que señala el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936; que a lo anterior se agrega que "el menor Jaime Ortega tiene respecto de su padre natural, Roque Peñaranda Mora, la posesión notoria del estado de hijo natural, ya que dicho señor trató al menor Jaime como a su hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y sus deudos y amigos y el vecindario en general lo han reputado como hijo de tal padre a virtud de aquel tratamiento, y presentarlo como tal"; que el señor Peñaranda Mora falleció el nueve de octubre de 1958, dejado considerables bienes de fortuna, y que su juicio mortuorio se viene adelantando y en él fueron reconocidos los demandados como herederos.

Los demandados contestaron el libelo, negando la mayoría de los hechos mencionados y oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante.

El primer grado del juicio concluyó con sentencia absolutoria de los demandados y con condena en costas a cargo del actor.

La sentencia impugnada

Surtida la segunda instancia por apelación de la misma parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona profirió la sentencia de diez de junio de 1961, por la cual se confirmó el fallo de primer grado y se denegó la condena en costas.

La motivación del fallo anota que la filiación natural demandada se apoya en las causales de relaciones sexuales, estables y notorias, y de posesión notoria del estado civil de hijo natural, y aborda en seguida el examen de esas causales.

Sobre la causal de relaciones sexuales expresa que, conforme al ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tales relaciones deben reunir varios factores, así: ser notorias, ser estables y haberse iniciado cien-

to ochenta días antes del nacimiento del hijo o que éste haya nacido dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que esas relaciones cesaron. Apunta que es imprescindible la presencia simultánea de estos elementos para que pueda darse por evidente la paternidad natural, y formula luego varias reflexiones sobre el rigor que ha de usarse en el análisis de las pruebas relativas a esos factores y sobre el grado de convicción que las mismas pruebas deben producir en el ánimo del sentenciador. Dice también que, "tratándose de hechos que en su conjunto determinan una situación jurídica, no es lo más razonable separar los testimonios para someterlos al más implacable análisis con el fin de observar si se conforman a los moldes convencionales. Es el conjunto lo esencial; dada la imposibilidad en la coincidencia de la apreciación de los sentidos en varias personas, el acuerdo en los detalles no se puede exigir sin olvidar que la finalidad de la prueba es llevar al ánimo del juzgador el convencimiento pleno de que la cuestión planteada es verdadera o falsa".

Después de esta introducción el fallo transcribe los testimonios rendidos por Carmen Rojas, María Amaya, Guillermo Trujillo y Gonzalo Ramírez, y comenta: "Como se lee en estos testimonios, ratificados debidamente, no aparece de manera convincente ninguna de las exigencias legales para admitir las relaciones sexuales, notorias y estables, ni mucho menos que resulte precisado el día del comienzo de esas relaciones o el de su terminación.

"En cuestión de tanta importancia, los testimonios deben abundar en datos que determinen con toda precisión las circunstancias de lugar, tiempo y modo para infundir certidumbre al juzgador".

Observa que los declarantes citados antes, que son los principales, así como Trina Mojica, José Trinidad Muñoz, Miguel Mendoza, María del Rosario Chaustre, Juana Ibarra, Adelina Sandoval y otros, se limitan a decir que Roque Peñaranda y Mariana Ortega llevaron vida marital, que algunos de ellos afirman que tal cosa sucedió desde 1939 hasta 1942 y que otros no mencionan fecha alguna. Dice que era necesario saber cuándo comenzaron dichas relaciones para determinar si Jaime Ortega fue concebido durante ellas y que "eso de mencionar el año de 1939 como comienzo de esas relaciones resulta afirmación muy vaga", pues bien pudieron iniciarse a principios, a mediados o a fines de tal año. Añade que se requería además probar la notoriedad y la estabilidad de las mismas relaciones y que estos factores no se pueden deducir de los testimonios allegados ni al juzgador le es dable presumirlos. En seguida expresa la sentencia:

"La fijación del comienzo de esas relaciones no puede dar lugar a duda alguna. La tesis de que la ley no se refiere al día, sino a la época, ante el claro contenido de la norma transcrita, queda **reductio ad absurdum**, pues se habla de día y no de mes o año o época; del comienzo de las relaciones sexuales y no de la existencia de éstas en un período, salvo que sean tan públicas y permanentes que nadie lo pueda dudar, hechos que no se aprecian en el caso de autos, entre otras consideraciones, por cuanto Mariana Ortega Cáceres tuvo hijos de padre o padres desconocidos antes y después de Jaime Ortega, según su propia confesión en posiciones y los testimonios de Melquíades Rolón y Felicitas v. de Cárdenas. Según las partidas de nacimiento de esos otros hijos, uno de ellos nació en abril 20 de 1938 y otro en octubre 13 de 1942, en tanto que el actor nació en julio de 1940. En tal situación era indispensable fijar lo más aproximadamente posible la fecha del comienzo de esas relaciones, a fin de que quedara desvanecida toda duda por medio de prueba de tal naturaleza. Pero no solamente los testigos aducidos no dan indicaciones precisas sobre la notoriedad y estabilidad de esas relaciones, sino que, habiéndole nacido a Mariana Ortega C. otro hijo de padre desconocido el 13 de octubre de 1942, la afirmación de haber hecho vida marital con Roque Peñaranda M. de 1939 a 1942, sin limitación, cae en fragmentos, pues sentimientos elementales de ética le hubieran impedido al pretendido padre compartir la amante con el padre del otro hijo. Además, en sus posiciones, la

madre dice que solo llevó con Roque Peñaranda M. vida marital mientras ella permaneció en la finca Santa Rosa, en lo cual es corroborada por Ovidio Hernández, quien dice que, al nacer el actor, Roque Peñaranda M. tenía otra amante llamada Rosa Ayala y ya no llevaba vida marital con la madre del actor. Vicente Gómez agrega que Mariana Ortega pasó del mayordomo a Roque Peñaranda M. Y es muy sospechoso que éste no hubiera firmado la partida de nacimiento del actor, como lo hizo con los cinco hijos de Rosa Ayala. Fuera de esas afirmaciones, varios testigos refieren que Roque Peñaranda M. no vivía permanentemente en la finca Santa Rosa, pues su padre tenía muchas fincas en diferentes lugares, siendo el principal domicilio de aquél Cúcuta".

La sentencia concluye este análisis diciendo que la prueba testimonial anotada no acredita la causal de relaciones sexuales, estables y notorias.

Acerca de la causal de posesión notoria del estado de hijo natural, el fallo recuerda los elementos que integran esta causal, cita las principales afirmaciones que a este respecto hacen los testimonios allegados y termina expresando que las pruebas tampoco demuestran esta segunda causal.

La impugnación

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en el primero de los motivos que señala el artículo 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado los dos siguientes cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo. Versa sobre la infracción directa del ordinal 4º del artículo 4º y de los artículos 1º, 4º y 20 de la Ley 45 de 1936, el primero por interpretación errónea y los otros por defecto de aplicación.

En respaldo de este cargo afirma el recurso que la sentencia llegó a conclusión absolutoria no solo por error en la apreciación de las pruebas, sino también por desviada interpretación del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45, citada. Transcribe este precepto y dice que varias veces, al hacer referencia a las pruebas, el fallo expresa que éstas no arrojan certeza sobre la estabilidad, la notoriedad y la oportunidad de las relaciones sexuales entre Mariana Ortega y Roque Peñaranda, que exige determinar los días en que esas relaciones se iniciaron y concluyeron, de modo que no le sirve la sola mención del año de 1939 como comienzo de las mismas relaciones, y que tiene de la estabilidad y notoriedad un concepto tal que requiere relaciones tan permanentes y públicas que nadie podría dudar de ellas. "Encuéntrase entonces —expresa el recurso— la intimidad del criterio que orientó la decisión del caso: para el Tribunal el ordinal 4º del artículo 4º, citado, no contempla sino dos hipótesis precisas y nítidamente dibujadas, aquélla en que los testigos declaran sobre el año, el mes, el día, la hora, el sitio en que se inició el tráfico sexual entre el posible padre y la madre del hijo natural que solicita la declaración, siendo bien entendido que esa fecha debe coincidir con la del tiempo mínimo posible para la concepción, y la de una relación ostentosa, más que pública publicada, restregada en los ojos de toda la comarca y esparcida ampliamente en el tiempo. Para el juzgador estas son las dos únicas maneras de aplicar el precepto en comentario, fuera de las cuales no hay salvación.

"De allí surgen marcados errores de hermenéutica. No se tienen ideas claras sobre los tres calificativos de la relación sexual que requiere la ley: no se entiende rectamente lo que es estabilidad, ni lo que significa notoriedad, ni a qué se refiere la oportunidad. Se toma la norma como algo sin vida, yerto y fijo, alejada de la realidad social y, más todavía, de la idiosincrasia colombiana para la cual se dictó. Se la entiende como si ella esquematizara un caso único, ideal, ejemplo de libro o de cátedra, patrón exclusivo e ineludible, y no estuviera dirigida a regular multitud de situaciones diferentes, con rasgos particulares, de la vi-

da cotidiana, que encuentran en ella cabida y solución lógica y equitativa".

Continúa el recurso afirmando que no es insólita esta inteligencia descaminada de la norma transcrita y que muchas veces, para no cerrarle francamente el camino al hijo natural, se le desconocen y rechazan sus derechos con una interpretación de ese precepto que equivale a su derogatoria y que es tanto más grave y peligrosa cuanto se ampara en la pretendida autonomía del fallador de mérito. Alude a las vicisitudes que ha sufrido la doctrina relacionada con la aplicación de la Ley 45 de 1936 y trae a colación lo expuesto por la Corte en casación de 28 de febrero de 1961 (XCIV - 2235, 567) como doctrina que aclara y orienta el alcance de aquel estatuto en materia de la causal de relaciones sexuales; reproduce los pasos pertinentes de esa casación y dice que si la sentencia impugnada no halló establecida esa causal, fue por considerar un solo tipo de relaciones sexuales, olvidándose de la realidad normativa y vital al exigir la determinación de la fecha precisa en que ellas se inician, y por tener de la estabilidad y notoriedad una idea fija, rígida y estática, contraria a las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia. Por causa de esta concepción unitaria de las relaciones sexuales, el fallo les exigió a los testimonios, datos y circunstancias que la ley no prescribe, tales como la determinación de la fecha o día en que tuvieron comienzo las relaciones entre Roque Peñaranda y Mariana Ortega, circunstancia que ni estos mismos protagonistas podrían señalar. Este planteamiento riñe con las diversas situaciones que se ofrecen en la realidad, desde luego que la vida no se somete a un cartabón único, que las relaciones sexuales no siguen siempre una misma pauta y que es misión del juzgador ajustar la norma a los hechos.

Vuelve el recurso sobre el punto de que la sentencia les exigió a los testimonios la fijación del día o fecha en que se iniciaron las relaciones sexuales de que hablan; censura de nuevo esta apreciación; afirma que ni aún científicamente se puede determinar el momento en que se produce la concepción de un hijo, y dice que la ley señala un período de cuatro meses, sin exigir que las relaciones sexuales hayan durado todo ese lapso, sino que se da por satisfecha con que se hubiesen iniciado seis meses antes del alumbramiento, y que en el presente caso, si Jaime Ortega nació el 30 de julio de 1940, era suficiente con probar que las relaciones entre Peñaranda y la Ortega comenzaron en 1939, como la misma sentencia lo admite. Concluye luego la exposición de este cargo así:

"No expresa el Tribunal qué piensa sobre estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales que prevé la ley para la declaración de paternidad natural, pero del enfoque y de la solución general del caso se desprende una inteligencia equivocada de sentido y ámbito del artículo. Más obvio y más censurable la desviación interpretativa del sentenciador en torno a 'oportunidad' del tráfico carnal. Y este conjunto de yerros muestra muy a las claras que la decisión recurrida violó por interpretación errada el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y los artículos 1º, 4º y 20 de la misma Ley y 1321 a 1323 del C. C., por defecto de aplicación".

Segundo cargo. Se hace consistir en el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 1º, 4º y 20 de la Ley 45 de 1936, 1321 a 1323 del C. Civil, a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

En desarrollo de este motivo expresa el recurso que la sentencia transcribió los testimonios de Guillermo Trujillo, Carmen Rojás, María Amaya y Gonzalo Ramírez, pero que no los analizó ni tuvo en cuenta su contenido, sino que sustituyó éste por una apreciación subjetiva. Reproduce las afirmaciones principales de estos declarantes y comenta que todos ellos exponen lo que les consta, que señalan el año de 1939 como fecha de iniciación de las relaciones sexuales entre Roque Peñaranda y Mariana Ortega y que eso lo saben los testigos Trujillo y Amaya porque en ese mismo año tuvieron un hijo, el deponente Ramírez porque estuvo entonces varias veces en la finca

Santa Rosa y la señora Rojas porque presenció varios detalles de esas relaciones. De tales testimonios "se desprende con toda evidencia —dice el recurso— que la comarca entera tuvo que ver con el amancebamiento del hijo del dueño de la hacienda y la criada de la casa, tanto por la importancia del personaje para los concertados, como porque al descubrir los hechos don Roque fue a sacar a Mariana de la casa y vino la huída a San Lorenzo y luego a la población de Santiago para el parto. Notoriedad, estabilidad, oportunidad en el trato, que el Tribunal no encontró con la lectura ni con la transcripción".

El recurso anota algunas de las aseveraciones de los testigos Trina Mojica, José Trinidad Muñoz, Miguel Mendoza, María del Rosario Chaustre, Juana Ibarra y Adelina Sandoval, citados también por la sentencia, y expresa: "Todos estos testigos fueron largamente contrainterrogados y de ellos solos y junto con los anteriores, se establecen la notoriedad de las relaciones, la continuidad y estabilidad con que se desarrollaron, el nexo entre ellas y el alumbramiento del peticionario. Pero el Tribunal los ignora y lo único que dice a este propósito es que se limitan a afirmar que Roque y Mariana llevaron vida marital. Para algunos entre 1939 y 1942 y otros no mencionan ninguna fecha".

También cita el recurso algunos dichos de los declarantes Benito Rodríguez, Felícitas v. de Cárdenas y Ovidio Hernández y dice: "Estos testigos no citados agregan convicción a los precedentes, concuerdan con ellos, suministran datos que por sí solos acreditan la relación causante de la filiación solicitada y, sumados a los restantes, forjan un haz convictivo pleno. Pero el Tribunal los veta sin mentarlos, porque no afirman nada sobre oportunidad y evidencia de las relaciones.

"Del cotejo entre los dichos testimonios y las afirmaciones del fallador resalta, aquí sí con la sola lectura, la sinrazón del concepto que él se formó, la contraevidencia de su decisión, el error relevante de hecho en que incurrió".

Según el mismo recurso, decir que no hay precisión de fechas cuando aparece establecido que las relaciones sexuales se iniciaron en 1939 y perduraron hasta 1942 y cuando los testigos refieren hechos y detalles que señalan el desarrollo de esas relaciones, constituye un error protuberante que la sentencia disculpa exigiendo una precisión más rigurosa por razón de que Mariana Ortega había tenido un hijo el 20 de abril de 1938 y tuvo otro el 13 de octubre de 1942. Estos hechos fueron explicados por los testigos y por la propia señora Ortega y no desvirtúan la existencia de las relaciones de ésta con Roque Peñaranda entre 1939 y 1942. Así lo corroboran la declaración de Vicente Gómez, testigo de la parte demandada que tampoco fue tenido en cuenta, cometiéndose de este modo otro error de hecho que se agrega a los anteriores.

El recurso termina así la exposición de este segundo cargo:

"Indiscutible que en el año de 1939 se inició el trato carnal, estable y público, entre Roque Peñaranda y Mariana Ortega. Que no se sabeñ el día y la hora en que comenzó, asevera el Tribunal. Pues bien, en el supuesto de que las relaciones principiaran apenas el 31 de diciembre, último día del año, de aquí a la fecha del parto, julio 30 de 1940, se cuentan siete meses, tiempo suficiente para la concepción dentro de las relaciones, mayor de los 180 días exigidos por la ley. Todo lo cual hace patente la inconsistencia del dicho del fallador.

"Fruto de todos estos yerros manifiestos en la apreciación de las pruebas fue la violación, por defecto o falta de aplicación, de los artículos 1º, 4º y 20 de la Ley 45 de 1936 y de los artículos 1321 a 1323 del C. C., en cuanto no se aplicaron a una situación que coincide con sus supuestos: unas relaciones que fuerzan la declaración judicial de paternidad natural, una sucesión que tiene por heredero al hijo natural, un hijo natural que se halla privado de herencia que otros detentan con exclusión suya, diciéndose herederos.

"De modo que hay dos violaciones medio y una violación fin; ésta consistió en la fal-

ta de aplicación de las reglas que protegen al hijo natural en sus pretensiones de declaración judicial de la paternidad, en sus derechos hereditarios, y, como heredero, en la búsqueda de los bienes poseídos por otros; aquéllas en: a) Una equivocada inteligencia de lo que quiere decir el artículo 4º (4º) de la Ley 45 de 1936, e inclusive una violación directa suya, y b) Un error manifiesto de hecho en el estudio de las pruebas, con infracción del artículo 597 del C .J.".

Consideraciones de la Corte

I) La Ley 45 de 1936 autoriza, no la investigación de la paternidad natural, sino la declaración judicial de esta paternidad con fundamento en la demostración de uno cualquiera de los hechos señalados en el artículo 4º de la misma Ley. Estos casos de declaración de paternidad natural revisten carácter taxativo, pues el Art. 29 de la propia Ley 45 dispone que "no es admisible la comprobación de la paternidad natural por otros medios que los señalados en esta ley".

Uno de esos casos consiste, según el ordinal 4º del citado Art. 4º, en que "entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron". La Corte ha tenido ocasiones múltiples de referirse a esta causal y ha señalado en concreto sus diversas características. Sin necesidad de recordar en detalle todos esos precedentes, pueden ellos condensarse diciendo que esta causal requiere la presencia simultánea de estos factores:

a) Existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre del hijo.

b) Que esas relaciones hayan sido notorias.

c) Que las mismas relaciones hayan sido estables.

d) Que tales relaciones se hayan realizado durante el tiempo en que hubo de producirse la concepción del hijo.

Como es obvio y se cae de su peso, el primero y cardinal de los factores constitutivos de esta causal es la existencia de relaciones sexuales, entre la mujer que figura como madre del hijo y el varón señalado como padre presunto. Ninguna explicación requiere este elemento, desde luego que toda persona es fruto de la relación o cópula sexual entre un hombre y una mujer. Importa sí advertir que la invocación de esta misma causal, impone la necesidad de probar también quién es la madre del hijo que, por sí mismo o por mediación de otra persona, demanda la declaración judicial de paternidad natural con relación a determinado hombre. La causal exige que el demandante acredite quién es su madre y que ésta tuvo relaciones sexuales es con el varón a quien señala como su padre natural.

Otra de las características de esta causal consiste en la notoriedad de las relaciones sexuales. Se entiende por tal el conocimiento que los amigos y vecinos de los amantes y aun personas extrañas a éstos tienen de las relaciones de los mismos. Es este un factor relativo, porque no requiere que todos los habitantes de un poblado ni aún del barrio que habitan los amantes conozcan esas relaciones, sino solo aquéllos que, por su amistad, vecindad o trato con éstos, se pueden dar cuenta de ellas, espontáneamente, esto es, sin pesquisas más o menos laboriosas. Ni exige tampoco que tales relaciones sean objeto de ostentación o de publicidad por parte de quienes las tienen. Suficiente es que ellas ofrezcan manifestaciones asequibles a los amigos, vecinos y conocidos de los amantes. La notoriedad es un hecho contrario a lo secreto, reservado y oculto, de modo que cuando la ley habla de relaciones sexuales notorias deja entender que se refiere a relaciones ostensibles o que trascienden al conocimiento del público y que excluye el trato sexual que se realiza en forma clandestina o a hurto de las gentes.

El factor de la estabilidad consiste en que las relaciones sexuales hayan sido frecuen-

tes, sucesivas y regulares, es decir, que hayan tenido una duración y regularidad que permitan calificarlas de estables y no simplemente de pasajeras, ocasionales o efímeras. Las uniones sexuales, fugaces o esporádicas, no estructuran esta causal ni autorizan la declaración judicial de paternidad natural por la misma causal.

Fuera de las anteriores dos características de estabilidad y notoriedad, las relaciones sexuales deben ofrecer otra modalidad que consiste en su vinculación a un determinado tiempo. En efecto, entre esas relaciones y el nacimiento del hijo debe existir un vínculo de causa a efecto que permita deducir que dicho hijo es fruto de las mismas relaciones sexuales. Para establecer este lazo de causalidad se requiere demostrar que el trato sexual entre la madre y el presunto padre se produjo durante el tiempo en que la ley presume que debió efectuarse la concepción del hijo, de acuerdo con la regla consagrada por el Art. 92 del C. Civil. A este período se refiere precisamente el ordinal 4º del Art. 4º de la Ley 45 al prescribir el requisito de que "el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron". La causal que se examina exige, pues, que las relaciones sexuales se hayan desarrollado durante el tiempo de la concepción del hijo; no que comprenda todo ese lapso, que es de ciento veinte días, pero sí parte de él por lo menos. Este es el requisito que en el presente negocio ha sido calificado de "oportunidad" y que la doctrina de la Corte ha señalado en repetidas ocasiones (LXXV-2129, 44. LXXX-2154, 476), agregando que las relaciones sexuales acaecidas antes o después de esa época de concepción, pueden servir para fortalecer el grado de certeza de las ocurridas durante dicho período, pero que por sí solas no son medio propio para establecer el referido vínculo de causalidad ni para configurar esta causal de declaración judicial de paternidad natural.

Como se ve, no es cualquier clase de relaciones sexuales la que prevé la ley como motivo de esa declaración de paternidad natural. Esas relaciones constituyen un tipo específico, por cuanto revisten características formales y temporales que las distinguen de otras uniones extramatrimoniales, como las secretas, las transitorias y las que se producen fuera del período de la concepción del hijo. Claro es que, por sus aspectos de notoriedad y estabilidad, ese tipo de relaciones puede revestir grados o matices que se extienden desde uniones duraderas y de la mayor evidencia hasta otras que, sin llegar a ser ocultas o fugaces, son menos aparentes y apenas sí se manifiestan en público por hechos que solo alcanzan a conocer los amigos, relacionados o vecinos de los amantes.

Las relaciones sexuales son hechos o una serie de hechos; sus caracteres de notorias y estables son también hechos que las configuran, y la circunstancia de realizarse en determinado tiempo es otro hecho; de modo que esas relaciones, caracterizadas por estos atributos, son hechos que suceden en la vida real y susceptibles por tanto de conocimiento y comprobación. Cuando su prueba consiste en testimonios, los declarantes no han de contraerse a afirmar en abstracto la existencia de dichas relaciones, sino que deben exponer hechos concretos y conducentes a convencer al juzgador de la realidad del trato sexual. Y además, como esas relaciones deben ofrecer una modalidad temporal, se requiere que los testigos señalen también, no la fecha o el día preciso, pero sí el tiempo más o menos aproximado en que ellas se iniciaron o concluyeron, a fin de poder deducir en el ámbito de la convicción judicial si el nacimiento del hijo tuvo por causa tales relaciones.

II. En el caso presente el fallo transcribe el ordinal 4º del Art. 4º de la Ley 45, citado; recuerda los requisitos que deben tener las relaciones sexuales y la exigencia de que se hayan iniciado ciento ochenta días antes del nacimiento del hijo, y formula varias observaciones sobre el rigor con que han de apreciarse las pruebas y la forma de ponderar los testimonios, considerándolos en su conjunto y no por separado cada uno de ellos.

Como el propio recurso lo anota, la sentencia no expresa lo que entiende por estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales; se limita a recordar estas características de la causal en mención, pero no dice en qué consisten ellas; de modo que por este aspecto no es posible advertir que el fallo acusado hubiera incurrido en una interpretación inadecuada del precepto mencionado antes.

Tampoco habla la sentencia en forma clara y directa del tiempo en que deben ocurrir las relaciones sexuales; solo al considerar las pruebas allegadas deja entender que se requiere demostrar que esas relaciones se iniciaron ciento ochenta días antes del nacimiento del hijo. Este concepto no es contrario a lo dispuesto por la ley, que habla del nacimiento del hijo después de ciento ochenta días contados desde el comienzo del trato sexual, lo que equivale a decir que esas relaciones han debido existir durante el período de la concepción, esto es, por lo menos ciento ochenta días antes del dicho nacimiento. Por donde se ve que el fallo no expresó nada que desvirtúe la inteligencia de la norma citada y que por lo mismo no la quebrantó en forma directa por interpretación errada.

III: No encontró la sentencia plenamente demostradas las características de notorias y estables de las relaciones sexuales atribuídas a Roque Peñaranda y Mariana Ortega, y sobre el llamado factor de la oportunidad expresó que los declarantes no precisaron el día o fecha de la iniciación de esas relaciones para poder determinar si el demandante Jaime Ortega nació después de los ciento ochenta días posteriores a ese comienzo. Añade que solo algunos testigos hablan de que tales relaciones tuvieron lugar desde 1939 a 1942 y observa que esta afirmación es demasiado vaga y no disipa la duda que siembran otros hechos aseverados por algunos declarantes y aún por la propia Mariana Ortega. En efecto, mientras varios testigos aluden a relaciones ocurridas entre 1939 y 1942, la Ortega misma afirma que ella no tuvo tales relaciones con Peñaranda sino mientras permaneció en la hacienda Santa Rosa. Además, la mayoría de los deponentes solo se refiere a relaciones sucedidas cuando ya Mariana Ortega se encontraba próxima a dar a luz, es decir, cuando había transcurrido el tiempo en que se presume haberse efectuado la concepción. En estas circunstancias, anota la sentencia, era indispensable que los declarantes hubieran fijado con la mayor aproximación posible la fecha del comienzo de dichas relaciones, a fin de despejar toda duda sobre si ellas se realizaron o no durante ese período de la concepción.

El recurso le imputa a la sentencia la comisión de un error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas por no haber tenido en cuenta varias circunstancias que, según el mismo recurso, aparecen comprobadas, tales como la permanencia de Mariana Ortega en la finca Santa Rosa, su traslado a la hacienda San Lorenzo y luego su salida a la población de Santiago, su estada en casa de Carmen Rojas y de Sergio Rincón y otras. Ocurre, sin embargo, que, examinados con el mayor esmero todos los testimonios aducidos en prueba de las relaciones sexuales que se atribuyen a Mariana Ortega y Roque Peñaranda, solo se saca en claro que la Ortega llegó a prestar servicios domésticos en la hacienda Santa Rosa, de propiedad del padre del señor Peñaranda; que más tarde, hallándose en estado de gravidez, el nombrado Roque Peñaranda la llevó a la casa de San Lorenzo, de la misma finca, y luego la sacó a la población de Santiago, donde le consiguió una casa y ella dio a luz al demandante Jaime Ortega el 30 de julio de 1940.

Unos pocos declarantes afirman que la Ortega y Peñaranda tuvieron relaciones sexuales desde 1939 hasta 1942, pero no expresan ni un solo hecho indicador de esas relaciones que hubiera sucedido en los ciento veinte días anteriores al treinta de enero de 1940, tiempo en que debió efectuarse la concepción del actor. Los hechos que narran los testigos y que se refieren a esas relaciones, tuvieron lugar todos en las proximidades del alumbramiento de la señora Ortega, esto es, cuando ésta se encontraba ya encinta y había transcurrido la época de la concepción. Aquella afirmación abstracta

sobre la existencia de las dichas relaciones sexuales en 1939, sin la exposición de hechos que las revelaran, no es prueba apta para producir el convencimiento del juzgador sobre la realidad de ese trato sexual durante dicho tiempo. Y los hechos referentes a las mismas relaciones, acaecidos con posterioridad al período de concepción, tampoco son hábiles para acreditar tales relaciones durante ese lapso, ni para establecer el vínculo de causalidad entre éstas y el nacimiento del demandante ni sustentar con certeza una declaración judicial de paternidad natural, según se tiene expuesto. No apareciendo ninguna prueba demostrativa de hechos reveladores de la existencia de las relaciones sexuales durante la época de la concepción, resulta imposible descubrir que la sentencia hubiera incurrido en un error manifiesto de hecho por no ver ni apreciar pruebas que no figuran en el proceso.

Estas reflexiones permiten concluir que los cargos no aparecen fundados.

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez de junio de mil novecientos sesenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en este juicio ordinario sobre filiacion natural del señor Jaime Ortega contra los herederos del señor Roque Julio Peñaranda Mora.

Sin costas porque no se causaron.

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

Arturo C. Posada, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José Hernández Arbeláez, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESTITUCION DE UN DERECHO AFECTO A UNA CASA GRAVADO CON RESERVA DE USUFRUCTO

Causal 2ª de casación alegada en caso de demanda plus petitio. — Alcance de la fijación del precio en contrato de donación. — Condiciones del cargo por error de hecho. — La donación es una cuestión de derecho y no de hecho. — Reivindicación. — Prueba de la identidad de la cosa. — Prescripción de la acción reivindicatoria. — Quien la invoca, alega también la del derecho real de dominio y reconoce la identidad de la cosa sub-judice. — Técnica de la demanda de casación. — Violación directa de la ley. — Interpretación del Art. 26 de la Ley 63 de 1936.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada).

Amelia Linares Olarte de León demandó a María del Carmen Linares Olarte en el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª Que pertenece a la demandante "el derecho de nuda propiedad sobre la mitad" de la casa situada dentro del área de la población de Fusagasugá, en la calle séptima, marcada en su puerta de entrada con el número 4 39, antes 4-48, con el suelo en que está edificada y sus patios y solares adyacentes, alindada como se indica en esta súplica.

2ª "Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la demandada señorita María del Carmen Linares Olarte a restituir a la demandante Amelia Linares Olarte de León la nuda propiedad de que es dueña sobre la mitad del inmueble descrito en el punto anterior".

3ª Que se ordene inscribir la sentencia condenatoria en el registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Fusagasugá, y se condene a la demandada en las costas del juicio en caso de oponerse a la acción"

Funda la acción en los siguientes hechos:

1º Mediante la escritura pública 1357 otorgada el 17 de septiembre de 1937 en la Notaría del Circuito de Fusagasugá, Pedro Linares y Zoila Olarte de Linares transfirieron a Amelia Linares Olarte de León y Enriqueta Linares de Peña, por partes iguales, a título de donación irrevocable, "el derecho de dominio que los donantes tenían sobre el inmueble atrás relacionado (súplica primera) reservándose éstos el derecho de usufructo mientras vivieran".

2º No obstante esta donación que sustrajo el bien del patrimonio de los donantes, le fue adjudicado a Zoila Olarte viuda de Linares, a título de gananciales, en el juicio de sucesión de Pedro Linares.

3º Zoila Olarte de Linares, con base en la indebida adjudicacion de la casa, se la vendió en su totalidad a la demandada, María del Carmen Linares, según consta en el

instrumento público 470 pasado en la Notaría de Fusagasugá el 25 de abril de 1958.

4º La presunta compradora María del Carmen Linares Olarte posee la casa en mención, por consiguiente posee la parte que le corresponde a la demandante en virtud de la donación que se le hizo.

5º La actora no ha enajenado la nuda propiedad que se trata de reivindicar, que es lo poseído por la demandada.

6º La demandada es poseedora de mala fe, por cuanto debía saber que la casa, objeto de la compraventa acordada con Zoila Olarte de Linares, había salido del patrimonio de sus dueños por acto público, y se prestó a despojar a la actora del derecho que había adquirido por la escritura 1357.

La demandada por intermedio de su apoderado judicial contestó el traslado oponiéndose a las súplicas del libelo.

Los hechos los replicó así:

El primero es cierto en cuanto se otorgó la escritura de donación, pero sus efectos estaban pendientes de la licencia judicial que no se pidió. Por acuerdo de la familia, la nuda propiedad volvió al patrimonio de Zoila Olarte v. de Linares, según se demuestran con su hijuela de que da cuenta la escritura 1370 de 31 de diciembre de 1938.

El segundo es cierto porque la casa se le adiudicó a la viuda de Linares por acuerdo con toda la familia.

Niega los hechos 3º, 4º y 6º y propone la excepción de prescripción de la acción que se intenta y las demás que se configuren en el debate.

El Juzgado del conocimiento, en sentencia de octubre 10 de 1959, resolvió:

1º Declarar que pertenece a Amelia Linares Olarte de León la nuda propiedad sobre la cuarta parte del inmueble alindada en la demanda en virtud de la donación irrevocable que le hicieron Pedro Linares y Zoila Olarte de Linares.

2º Condenar a la demandada María del Carmen Linares Olarte a restituirle a Amelia Linares Olarte de León la cuarta parte de la nuda propiedad de dicho inmueble.

3º "Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"4º Decretar la cancelación del registro de la demanda...

"5º Ordenar la inscripción del registro de esta sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este circuito de Fusagasugá.

"6º Condenar en costas a la parte demandada en este juicio. Tásense".

La apelación de este fallo en que acudieron ambas partes, la decidió el Tribunal Superior de Bogotá en providencia de fecha 30 de enero de 1962, por la cual reforma la del Juzgado, "que por tanto quedará así:

1º "Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la demandada...

2º "Declárase que pertenece a la señora Amelia Linares por haber adquirido a título de donación irrevocable que a esta hicieron Pedro Linares y Zoila Olarte de Linares, el derecho de nuda propiedad sobre la mitad del siguiente bien". (Aquí se relaciona la casa 4-39 antes 4-48 de la calle séptima por los linderos que expone la primera petición de la demanda).

3º Condénase a la demandada María del Carmen Linares Olarte... "para que a la muerte de la usufructuaria sobreviviente de este mismo bien señora Zoila Olarte v. de Linares, restituya a su demandante la mitad del bien sobre el cual recae el derecho reivindicado"

En los numerales cuarto, quinto y sexto ordena la cancelación del registro de la demanda, la inscripción de la sentencia, y condena a la demandada en las costas del juicio en ambas instancias.

Motivación de la sentencia de segunda instancia

El Tribunal estudia, en primer término, la excepción de prescripción de la acción reivindicatoria alegada por la demandada, la cual en los términos del artículo 2512 del Código Civil requiere como única condición que no se haya ejercido durante el término señalado por la ley.

Los artículos 2536 y 2º de la Ley 50 de 1936 fijan este término en veinte años contados desde cuando la obligación se ha hecho exigible. Por virtud de lo pactado en la escritura 1357 de 17 de septiembre de 1937, registrada el 30 de octubre del mismo año, la demandante adquirió la nuda propiedad en la mitad de la casa sub-lite, y Pedro Linares y Zoila Olarte de Linares se reservaron el usufructo hasta el día de la muerte de ambos. En estas condiciones estos conservaron la tenencia, no la posesión del bien que les diera base para usucapirlo.

Si la demandada adquirió el dominio de la casa en abril de 1958, en razón de la venta que por escritura 470 de esa fecha le hizo Zoila Olarte de Linares, desconociendo el derecho de nuda propiedad transferido con anterioridad a la actora y a Enriqueta Linares Olarte de Peña; y si la demanda de reivindicación de la nuda propiedad fue presentada el 27 de agosto, y notificada el 24 de septiembre de ese año, entre los dos extremos no se da el lapso de tiempo exigido por la ley al respecto, y la prescripción quedó interrumpida.

Si la demandada invoca la prescripción con fundamento en la adjudicación que a su tradente se le hizo del inmueble en diciembre de 1938 en la sucesión de Pedro Linares, tampoco habrían transcurrido hasta el 24 de septiembre de 1958 fecha de la notificación de la demanda, los veinte años requeridos para la prescripción.

Emprende el Tribunal luego el estudio de la excepción de nulidad de la donación recogida en la escritura 1357, por no haber sido previamente insinuada.

Este instrumento relata que los esposos Linares y Olarte de Linares transfirieron como donación entre vivos a sus hijas legítimas Amelia y Enriqueta Linares por partes iguales la nuda propiedad de la casa "atrás especificada y alindada; y que, además, se estipuló: que como el inmueble donado vale cuatro mil pesos ($ 4.000.00)" 'suma en la cual estiman el presente acto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1458 del Código Civil... los demandantes o en su defecto las donatarias, para que ella sea válida, obtendrán la insinuación o autorización del señor Juez del Circuito en el ramo civil...' ".

El contrato de donación fue extendido por escritura pública debidamente registrada, en la cual consta que fue aceptada por los que intervinieron en él.

En cuanto a la insinuación que exige el artículo 1458, ibídem, la del caso sub-judice por razón de los sujetos que intervinieron en él y la divisibilidad del objeto, "debe aceptarse que se trata de dos donaciones contenidas en el mismo acto escriturario".

Si bien nuestra ley no contempla sino la donación con el único beneficiario, no la prohibe cuando el mismo acto se extiende en favor de dos o más beneficiarios y sobre un solo bien. "Cuando ocurra esta hipótesis, a fin de no vulnerar los derechos de cada donatario, debe entenderse que se trata de varias donaciones y que la validez o invalidez de cada una de ellas solo puede considerarse separadamente".

En confirmación de este aserto, estima el sentenciador que en el supuesto de una donación conjunta en favor de varios beneficiarios, la ingratitud de uno de ellos, la indignidad de un descendiente del donante, o la incapacidad para adquirir por este medio, solo puede afectar al que se encuentre en tal situación, no a los demás.

Siguiendo este orden de ideas, acepta que la escritura 1357, al donar irrevocablemente la nuda propiedad de la casa 4-48 de la calle séptima de Fusagasugá a Amelia y Enriqueta Linares por partes iguales, transfirió a

cada una la mitad pro indiviso de dicho bien, la cual con el registro del instrumento ingresó al respectivo patrimonio. Es decir, que no obstante la unidad del acto se trata de dos donaciones.

Y como el bien donado fue estimado en $ 4.000.00, el valor de cada donación es de $ 2.000.00. Por consiguiente, no superando esta cuantía, "la insinuación era legalmente innecesaria para la validez del acto".

"Mas, en el supuesto de que el anterior análisis fuere injurídico y que, por el contrario, la nulidad por omisión de dicha formalidad se hubiere configurado para el contrato que se estudia, habría necesariamente que aceptar, en acato a lo estatuído por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que el transcurso de tiempo ha saneado el vicio y que por consiguiente no puede ya invocarse".

Porque entre el 17 de septiembre de 1937, fecha del contrato de donación, y el 7 de octubre de 1958 en que se invocó la nulidad como excepción, habían corrido veinte años, tiempo necesario para el saneamiento de la nulidad por la prescripción.

En el capítulo denominado "La acción y sus pruebas", expone el Tribunal:

La nuda propiedad, como derecho real que es, tiene el atributo de persecución que se hace efectivo en la práctica por medio de la acción reivindicatoria, que es la que aquí se ejerce según los hechos, las súplicas y los fundamentos de derecho expresados en la demanda.

La actora persigue la nuda propiedad en la casa número 4-48 de la calle 7ª de Fusagasugá, por haberla adquirido en razón de la donación irrevocable que se le hizo mediante la escritura 1357 de septiembre de 1937, y que, según lo expuesto atrás, debe darse por plenamente demostrado.

La demandada pretende que después de muerto el codonante Pedro Linares hubo un acuerdo entre la viuda de Linares y los herederos, en virtud del cual convinieron prescindir de las donaciones y seguir adelante la mortuoria de aquél. Por consecuencia de este convenio, la donación contenida en la escritura 1357 quedó sin valor. Sobre el particular se citan los testimonios rendidos en juicio por Zoila Olarte viuda de Linares, Luis y Pedro Linares, madre y hermanos de las litigantes, quienes concordemente deponen sobre el convenio.

A esta prueba le observa el sentenciador que es ineficaz para infirmar el contenido de la escritura 1357 de acuerdo con el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, y, por otro lado, idónea según el artículo 672 del C. Judicial, debido al parentesco existente entre los testigos y las querellantes.

De este orden de ideas, el título de la actora goza de prevalencia sobre la escritura 470 de 25 de abril de 1958 mediante la cual la donante Zoila Olarte viuda de Linares le vendió a la demandada el dominio pleno de la casa en que estaba radicado el derecho de nuda propiedad, cuya reivindicación persigue la demandante.

Así encuentra el sentenciador que la titularidad del derecho reclamado, primer elemento de la acción reivindicatoria, está legalmente demostrado en el proceso.

La posesión por parte de la demandada del bien reclamado y la identidad del mismo con el especificado en las escrituras 1357 y 470, las encuentra demostradas con la confesión de María del Carmen Linares al absolver las posiciones que se le pidieron en el juicio.

Añade que si esta confesión no acreditare la posesión, habría que afirmar que la demandada, "por no haber desconocido el hecho, tiene que responder a su demandante de la cosa demandada atendidas las voces del artículo 214 del C. J.".

Inconforme la parte demandada con la sentencia de segunda instancia, la impugnó con el recurso de casación que entra a resolver la Corte, y el cual fue replicado oportunamente por el apoderado de la opositora.

La demanda contiene los siguientes cargos:

Uno de incongruencia; seis deducidos de errores en la apreciación de pruebas, y dos provenientes de falta de aplicación de normas sustantivas.

Primer cargo

Estima el acusador que hay una manifiesta incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto por el Tribunal en el fallo.

En demostración de su aserto, transcribe primero la súplica segunda de la demanda referente a que, como consecuencia de la declaración de que la mitad de la nuda propiedad de la casa en litigio pertenece a Amelia Linares Olarte de León, se condene a María del Carmen Linares Olarte a restituir a la demandante "la nuda propiedad de que es dueña sobre la mitad del inmueble descrito en el punto anterior", y luego el ordinal tercero de la sentencia en el cual se condena a la demandada "para que a la muerte de la usufructuaria de este mismo bien, señora Zoila Olarte viuda de Linares, restituya a la demandante la mitad del bien sobre que recae el derecho reivindicado".

Comenta el censor que no es la mitad de la nuda propiedad del bien en cuestión lo pedido por la actora, y que lo que se le ordena restituir a la demandante es la mitad del dominio pleno de dicho bien, y no de presente sino a la muerte de la usufructuaria.

En esta forma para el recurrente se ha decidido extra petita, porque en la intención de la demandada no estuvo remitirse a la muerte de la pretensa usufructuaria, para que entonces se opere la restitución, ni mucho menos lo pedido fue la restitución de "una cuota del bien en la integridad del usus fructus y abusus" a que, según el sentenciador, podrá tener derecho la actora a la muerte de Zoila Linares.

La Corte considera

La falta de consonancia entre las pretensiones de la demanda y la parte resolutiva de la sentencia implica un error que va contra lo preceptuado por el artículo 471 del C. Judicial, que le ordena al sentenciador proferir sentencias "claras, precisas y en concordancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

Uno de los eventos en que la doctrina ha concretado la causal de incongruencia es el llamado extra petita, propuesto por el censor, que ocurre cuando la sentencia decide sobre cuestiones no comprendidas en la demanda, y el cual sitúa el impugnante en que la actora suplicó la restitución de la nuda propiedad en la mitad de la casa descrita, no la mitad del dominio pleno que lo ordena entregar la sentencia, no de presente sino a la muerte de la usufructuaria.

Habiéndose pedido en la demanda que, como consecuencia de la declaración de pertenecerle a Amelia Linares de León la mitad de la nuda propiedad de la casa a que se refiere el litigio, se condenara a la demandada María del Carmen Linares Olarte a restituir dicho bien, no se puede decir que no se haya planteado en el debate judicial la reivindicación o entrega del derecho real perseguido. Lo que ocurre es que el reconocimiento hecho por la misma actora, y plenamente establecido, de que sobre la casa, en cuya mitad es ella nuda propietaria, obra un derecho de usufructo hasta la muerte de Zoila Olarte v. de Linares, no permite la entrega material inmediata del inmueble a la actora sino hasta la extinción del usufructo determinada en el presente caso por la muerte de la usufructuaria. Hubo entonces en la demanda una plus petitio, consistente en impetrar la restitución de un derecho antes de vencerse el término que tiene la usufructuaria para entregar en razón de la terminación de su derecho.

Ante la plus petitio, el sentenciador, obrando dentro de lo preceptuado por el artículo 210 del C. Judicial, concedió lo que halló probado con las escrituras número 1357, que contiene la donación a Amelia Linares de la nuda propiedad en la mitad de la casa y la reserva del usufructo por los esposos Pedro Linares y Zoila Olarte de Li-

nares, y número 470, por la cual esta le vendió el pleno dominio en la totalidad del mismo bien a Carmen Linares, quien, respecto de la mitad perteneciente a Amelia solo pudo adquirir el derecho de usufructo, que era lo único que tenía su tradente.

La condenación a restituir la mitad pro indiviso de la casa a la muerte de la usufructuaria Olarte v. de Linares, no agrava la situación de la demandada, porque en nada le impide que siga gozando del usufructo sobre dicha mitad hasta cuando llegue el evento de la restitución.

Dedúcese que no se configura la tacha de haber fallado el Tribunal sobre puntos ajenos al debate ni de haberse excedido el fallador en las pretensiones de la demandante.

II

Las censuras por errores de hecho y de derecho de que trata el "Parágrafo Primero" de la demanda guardan relación con las siguientes afirmaciones de la sentencia:

El contrato de donación no solamente es válido **sub initio** por no requerir insinuación, sino que ha sido saneado por el tiempo o por la prescripción.

La estimación total del bien donado en cuatro mil pesos ($ 4.000.00) y la designación de dos donatarios, indican que cada donación es apenas de dos mil pesos ($ 2.000.00), y que, por lo tanto, la insinuación no era necesaria.

La prueba de la posesión del bien y de la identidad de éste con el especificado en los títulos la halla el Tribunal en la confesión que hizo la demandada en las posiciones que absolvió en el juicio.

Los testimonios de la viuda de Linares y de sus hijos, Pedro y Luis Linares, acerca de que por acuerdo unánime de aquélla y de todos los herederos de Pedro Linares se dejó sin valor la donación **sub-lite**, son ineficaces e inadmisibles al tenor de los artículos 669 del C. Judicial y 91 de la Ley 153 de 1887.

Los cargos son, en síntesis, los siguientes:

A. Ciertamente la escritura 1357 de 1937, por la cual los esposos Linares Olarte dijeron donar la nuda propiedad de la casa de autos a Amelia y Enriqueta Linares, contiene la estipulación de cuatro mil pesos ($4.000.00) como valor de la casa en que está radicado el derecho donado.

Pero el sentenciador cometió un error de derecho en cuanto da por establecido con la estimación de las partes el valor del bien donado en cuatro mil pesos ($ 4.000.00), porque repugna que los interesados señalen tal valor, y porque el artículo 26 de la Ley 63 de 1936 exige la prueba pericial.

B. La escritura en cita señala como donatarias a Amelia y Enriqueta, pero en el acto no intervinieron éstas, ni la donación "'fue aceptada simultáneamente por todos los sujetos', según palabras del Tribunal'."

La sentencia incurre en un error de hecho en la apreciación de la escritura 1357 porque afirma que intervinieron en ella tanto Enriqueta como Amelia, y que la donación fue aceptada simultáneamente en términos de haberse radicado el derecho en los respectivos patrimonios.

C. Es también un error manifiesto sostener que fueron dos las donaciones, en fuerza de que de lo expuesto desaparecen los dos soportes del fallo: el valor de la donación y la intervención de las donatarias; y en razón de la imposibilidad de "desdoblar la intervención de doña Amelia Linares en el acto tampoco es posible descifrar hasta qué punto coincidió su voluntad con la expresada por los donantes, quienes desde luego no fijaron las cuotas, para poder sostener cuántas donaciones hubo o pudo haber".

Nuestra ley no contempla la donación sino como un solo acto, cualquiera que sea

el número de donatarios. Así lo consideraron los otorgantes por las expresiones empleadas: "la presente donación... el presente acto".

D. De los anteriores errores surge obviamente el de estimar el fallo como título suficiente para reivindicar la donación subjudice, porque si, como lo dice la sentencia, sin la aceptación del donatario o donatarios la donación no nace a la vida del derecho, mal podía surgir la que se considera, dado que no hubo aceptación por haberse contrariado el texto prohibitivo del artículo 1468, puesto que la sola manifestación al respecto de Amelia Linares no alcanza a configurar la aceptación requerida.

Concluye el recurrente sosteniendo que el sentenciador violó a consecuencia de los errores anotados los artículos 1443, 1469, 1457, 1208, 1207, 1473, 1468, 1471, 1758, 1759, 946, 950 y siguientes del Código Civil.

La Corte considera

Habiendo fijado el contrato de donación en cuatro mil pesos el precio o valor del derecho donado, o sea, la nuda propiedad de la casa, debe acogerse tal precio mientras los interesados en sostener que era mayor no hayan demostrado su pretensión, lo cual no ha ocurrido así:

El artículo 26 de la Ley 63 de 1936 dispone que en las diligencias judiciales sobre insinuación de una donación se debe practicar un avalúo de los bienes materia de la donación en la forma en que se hace en los juicios de sucesión y liquidarse el impuesto como en tales juicios.

Esta norma citada por el recurrente, se refiere al avalúo que debe hacerse dentro de los juicios de insinuación, cuando esta es indispensable para la validez de una donación, pero no al evento de que el monto del derecho donado no lo requiera por no pasar de dos mil pesos ($ 2.000.00) que es lo sostenido por la sentencia. El justiprecio hecho con intervención del Síndico Recaudador respectivo, mira a la liquidación del impuesto correspondiente, pero no a que dicho avalúo sea el determinante en el juicio ordinario sobre validez de la donación.

De otra parte el artículo 26 que se comenta, aunque para los efectos de la liquidación del impuesto de donaciones ordena que el bien debe avaluarse como en los juicios mortuorios, no es un precepto de valoración probatoria, cuya violación directa es el primer paso para la configuración del error de derecho en la apreciación de una prueba. Y como el impugnante no cita ninguna norma de esta naturaleza violada por el sentenciador, la tacha no puede prosperar, dado que cuando la sentencia se acusa por un error de derecho, la demanda de casación debe señalar el precepto o preceptos de mérito probatorio directamente infringidos, y las normas sustantivas indirectamente transgredidas.

La escritura 1357, que recoge la donación, al respecto dice: "Presente la señorita Amelia Linares Olarte... manifestó que en su propio nombre y en el de su hermana señora Enriqueta Linares Olarte de Peña, para lo cual está facultada verbalmente por ella, que acepta esta escritura y la donación que por medio de ella se les hace por partes iguales por sus padres legítimos señores Pedro Linares y Zoila Olarte de Linares". Dados los términos claros de la cláusula transcrita, Enriqueta Linares compareció por medio de Amelia Linares con la facultad verbal que dice el instrumento le confirió para aceptar en su nombre la donación de la mitad de la nuda propiedad de la casa. El artículo 1468 del Código Civil autoriza aceptar una donación en nombre de otra persona con poder especial suyo.

No puede admitirse que el sentenciador, al ver en la escritura que Enriqueta Linares aceptó la donación por medio de Amelia, haya cometido el error alegado, porque no ha acogido un hecho prescindiendo de un elemento que diga lo contrario sino que se limitó a reconocer lo que reza la escritura de donación.

De otra parte, como indiscutiblemente la escritura 1357 contiene dos donaciones: la de Enriqueta y la de Amelia, de la primera

no puede ocuparse el sentenciador dado que no es objeto del litigio; y a la segunda no cabe la observación de que Amelia no haya comparecido ni aceptado en nombre propio la donación pactada para ella. Y aunque el sentenciador hizo la afirmación de que la donación "fue aceptada por todos los sujetos que intervinieron en el acto como se lee en la última parte de dicho documento", quizá excediéndose en lo referente a Enriqueta, por cuanto este punto no era materia del juicio, no hay en el aserto error de hecho, porque eso es lo que se lee en los términos de la escritura.

Si el sentenciador hubiera incurrido en error manifiesto de hecho, éste sería por haber admitido la comparecencia de Enriqueta con poder o autorización verbal otorgada a Amelia para que aceptara la donación, pero el recurrente no ha formulado la tacha por este aspecto, sino porque la sentencia aceptó lo que reza textualmente la escritura.

Si la censura se refiere a que el Tribunal hubiera admitido que Amelia aceptó la donación en favor de Enriqueta sin que obre la autorización al respecto, el error provendría de haber visto una prueba en el particular que no existe, pero en tal caso el impugnante, cumpliendo lo dispuesto por el ordinal 1º, inciso segundo del artículo 520 del C. Judicial ha debido señalar dicho medio no existente en el proceso para poder demostrar la censura.

De otra parte, ni la demandante ni la demandada plantearon a lo largo del juicio que Amelia haya aceptado la donación de Enriqueta sin poder para ello, pues la primera reivindica la mitad de la casa donada a ella, y la segunda se ha limitado a alegar que la donación estaba sometida al requisito de la insinuación; que un acuerdo de familia la invalidó, y que la acción reivindicatoria prescribió. Por tanto, plantear el hecho de que Amelia no tenía autorización verbal de Enriqueta para aceptar la donación, constituye medio nuevo que no es de recibo dentro del recurso extraordinario de casación. Finalmente, considerando el negocio por esta fase, en el supuesto de que no se hubiera demostrado la autorización con que fuera aceptada la donación de Enriqueta, la donación afectada de la supuesta inexistencia o nulidad sería la de Enriqueta, que no se halla sub-lite, no la de Amelia que sí concurrió al acto y manifestó su aceptación.

El error alegado en el punto C en cuanto está basado en que a virtud de los dos cargos anteriores desaparecen los dos soportes en que está la aseveración del fallo relativa a que fueron dos las donaciones y a la intervención de las dos donatarias carece de consistencia, por cuanto no prosperaron las dos censuras precedentes.

Por el supuesto de que no se puede desdoblar la intervención de Amelia Linares en el acto, para descifrar hasta qué punto coincidió su voluntad con la de los donantes, quienes no fijaron cuotas, de lo donado para poder afirmar cuántas donaciones hubo o pudo haber, se observa:

La tacha por error de hecho no se somete a la técnica del recurso, que impone señalar la prueba actuante en el proceso que dejó de apreciar el Tribunal, o la que vio sin que obrara en él. Claramente dispone el artículo 520, segundo aparte del ordinal 1º, del C. Judicial, que el recurrente que alega violación indirecta de ley sustantiva debe demostrar que el sentenciador ha incurrido en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Y esto no puede conseguirse si no se cita el medio erróneamente apreciado ni tampoco su incidencia en la violación indirecta de ley sustancial, si ésta no se cita dentro del mismo cargo.

Aceptando con un criterio de amplitud que el error alegado consistió en que los donantes no fijaron las cuotas de lo donado para poder deducir cuántas donaciones hubo, basta leer en la escritura 1357 los apartes que dicen: "Pedro Linares y Zoila Olarte de Linares... transfieren a título de donación gratuita e irrevocable a sus hijas Amelia Linares Olarte y Enriqueta Linares Olarte de Peña el pleno dominio y propiedad sobre una casa situada en Fusagasu-

gá... Presente la señorita Amelia Linares Olarte... manifestó que en su propio nombre y en el de su hermana Enriqueta Linares Olarte de Peña, para lo cual está facultada verbalmente por ella, que acepta esta escritura y la donación que por medio de ella se les hace por partes iguales por sus padres legítimos...".

Si el instrumento en que se estipula la donación no contuviera sino la primera parte copiada, es decir, la que en los donantes manifiestan que transfieren a sus hijas Amelia y Enriqueta la casa, sería suficiente para concluir, que no expresándose la cuota de cada adquirente, debía entenderse que cada donataria recibe la mitad del bien donado. Así lo preceptúan los artículos 1473 del Código Civil, que extiende a las donaciones entre vivos las reglas concernientes a las asignaciones testamentarias, y 1156, ibidem, que en el último inciso dispone: "Si fueren muchos los herederos instituidos sin designación de cuota se dividirán entre sí por partes iguales la herencia, o la parte de ella que les toque".

Pero, diciéndose claramente en la misma escritura que Amelia acepta para sí y para su hermana Enriqueta la donación que se les hace por partes iguales, es un hecho manifiesto que sí se fijaron cuotas de lo donado para poder afirmar que el inmueble en su nuda propiedad se transfirió por mitad a las dos donatarias y que la voluntad de los donantes fue ésta. Lo que significa que el error de hecho no se configura por ninguno de los dos aspectos en que se plantea.

La observación de que la ley no contempla la donación sino como un solo acto, cualquiera que sea el número de donatarios designados, es una cuestión de derecho y no de hecho, que, por lo mismo, no cabe plantear dentro del capítulo por errores de hecho.

No teniendo consistencia las tachas anteriores, tampoco puede prosperar la que propone en el punto D como una culminación o consecuencia de ellas, y especialmente de la que entraña haber visto que Amelia Linares aceptó la donación a nombre de Enriqueta con autorización verbal de ésta, planteamiento que, como está dicho, constituye un medio nuevo.

E. En este literal se impugna la sentencia por manifiesto error de hecho en la apreciación de las posiciones absueltas por la demandada, en cuanto el Tribunal dice que la demandada confesó que el bien poseído por ella es el mismo especificado y descrito en las escrituras 1357 y 470 de 17 de septiembre de 1937 y 25 de abril de 1958, respectivamente.

Se refiere el impugnante especialmente a las preguntas primera y segunda del pliego de posiciones contestadas afirmativamente, de las cuales advierte que solo se refieren a la venta, entrega y posesión de la casa de que trata la escritura 470, no a la descrita en la escritura 1357, que no se le puso de presente, y observa que entre el alindamiento, especificaciones y numeración que dan uno y otro instrumento hay diferencias.

Así no se puede concluir, como lo hace el fallo, que la demandada reconoció o confesó en la absolución de posiciones que el bien poseído por ella es el mismo descrito y especificado en las dos escrituras citadas, 1357 y 470, porque tal afirmación implica el evidente error de hecho que llevó al Tribunal a violar consecuencialmente los artículos 1769 del C. C. 604 y 606 del C. J. y los artículos 946, 950 y 961 del C. Civil, porque accedió a la reivindicación sin estar demostrada "la identidad entre lo poseído por el demandado y lo amparado por el título del actor".

Anota además el recurrente que la demandada negó los hechos 4º y 5º del libelo que se refieren a la posesión del bien reclamado y al extremo de que "lo poseído por la demandada es lo mismo que mi poderdante se propone reivindicar".

F. La censura expuesta en este aparte, toca con la motivación del fallo en la cual consideró ineficaz con base en el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 y 669 del C. Judi-

cial, la prueba constituida por el testimonio de Zoila v. de Linares, Pedro y Luis Linares, relativa a que por acuerdo de la familia Linares se adelantó la mortuoria de Pedro Linares Olarte prescindiendo del contenido de las escrituras de donación.

Observa el acusador, en primer término, que si dichos testigos lo que han expresado es que los interesados en la sucesión de Linares Olarte tuvieron en cuenta la ineficacia de las escrituras de donación por no haberse insinuado, y si en estos documentos se estipulaba la insinuación para la validez de las donaciones, la cual no se obtuvo, no se puede hablar de modificación de lo escrito con el dicho de los testigos sino de su corroboración.

De otra parte el artículo 669 numeral 1º contempla la concurrencia de alguno de los parientes allí mencionados con alguna de las partes "y deja a salvo las causas de edad y parentesco sin duda porque, tocando ellas como cuestiones de la intimidad de las familias, estimó el legislador que serían precisamente los propios familiares los mejor calificados para dar testimonio".

Puesto que el vínculo de familia se da con ambas partes en el mismo grado, el caso está fuera del radio de aplicación de la norma citada. "Y como se trata de una norma restrictiva, no es susceptible de aplicación extensiva".

Lo depuesto por los testigos versa sobre un acuerdo de familia, por tanto, la situación planteada tiene analogía con las causas de edad y parentesco "y ubi eadem ratio ibidem jus' según el viejo aforismo".

En la sucesión de Pedro Linares Olarte se les formó hijuela a la cónyuge sobreviviente, Zoila v. de Linares y a Amelia. Tales documentos no dejan duda de la intervención de las adjudicaciones en la mortuoria, con títulos provenientes de ellos mismos con los cuales se cumple el requisito de la verisimilitud para dar cabida a la prueba testimonial de acuerdo con el artículo 93 de la citada Ley 153 de 1887.

"Rechazar como se ha rechazado esa prueba comporta un claro error de derecho a consecuencia del cual ha violado" el Tribunal los artículos 697 del C. J., 91 y 93 de la Ley 153 de 1887. Y por último los artículos 946, 950 y 961 del C. Civil.

La Corte considera

La identidad, elemento estructural de la acción reivindicatoria, estriba en que el inmueble que reclama el demandante y se individualiza en los títulos presentados por él, sea el mismo que posee el demandado y al cual se refiere el título o los títulos aducidos por éste. Tal identidad puede demostrarse ya por prueba testimonial, ya por inspección ocular, con testigos actuarios o con peritos, ya por medio de la confesión del demandado o bien porque alegue la posesión o prescripción del derecho.

El Tribunal aceptó que María del Carmen Linares confesó en la absolución de posiciones que desde abril de 1958 venía poseyendo la casa número 4-48 de la calle 7ª de Fusagasugá y que el bien por ella poseído es el mismo descrito en las escrituras 1357 de 1937 y 470 de 1948, es decir, que con esta confesión resulta demostrada la posesión del inmueble sobre el cual recae la nuda propiedad, objeto del litigio. Y adelante expone que la "identidad de la cosa sobre la cual recae el derecho demandado y la poseída por la demandada está acreditada con su propia confesión...".

Si se edvierte que en la primera pregunta del cuadro de posiciones absueltas por la demandada se le interrrogó sobre la venta de la casa situada en la población de Fusagasugá distinguida con el número 4-48 de la calle séptima; y que en la segunda se le preguntó sobre si venía poseyendo dicho inmueble con ánimo de señora y dueña desde hacía quince meses, es evidente que las dos contestaciones afirmativas por sí solas no establecen la identidad de la casa cuya nuda propiedad en la mitad se reivindica, con la que la demandante donataria Amelia Linares hubo en donación con su hermana Enriqueta.

Pero debe anotarse que la primera súplica de la demanda le señala alindación a la casa; que en el primero de los hechos que forman la causa petendi, aceptado por la demandada, se dice que esta casa fue la donada a la actora y a Enriqueta Linares por medio de la escritura 1357 de 1937; que en el segundo hecho, admitido también por María del Carmen Linares, se expresa que esa finca fue la adjudicada a la cónyuge Zoila v. de Linares en la sucesión de Pedro Linares; que en las posiciones absueltas por la demandada aceptó haber recibido y tener en posesión la casa que Zoila Olarte v. de Linares le vendió por medio de la escritura 470 de 1959; y que en ésta manifiesta que la casa materia del contrato es la que le fue adjudicada a la vendedora en la sucesión de su cónyuge. Todo lo cual establece una completa identidad entre el inmueble donado a la actora y su hermana, el adjudicado a Zoila v. de Linares, y el vendido por ésta a la demandada. De otra parte coincide fundamentalmente la alindación dada en los instrumentos aludidos. Por consiguiente, no ha habido error de hecho manifiesto en la apreciación de la confesión de la demandada que se contiene en la contestación del libelo y en las posiciones absueltas. Razón por la cual el recurrente, contra la técnica del recurso, se limita a enunciar el supuesto error, pero no hizo la demostración que exige el artículo 520, inciso 2º del C. Judicial.

Finalmente, en la contestación de la demanda se alegó la prescripción de la acción. La Corte tiene aceptado en reiterada doctrina que quien invoca la posesión o prescripción de un bien, acepta que se trata del mismo cuya entrega se le pide, esto es, que el demandado se encarga de reconocer la identidad del bien reclamado. Ahora bien, alegar la prescripción de la acción de dominio, por tratarse de este derecho real por excelencia, es lo mismo que invocar la usucapión del mismo derecho, pues el artículo 2538 dispone terminantemente: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho", es decir, que con la demostración de la posesión regular o irregular de diez y veinte años, tratándose de derechos reales, se consuma la extinción de la acción, mejor, que la prescripción extintiva de dominio es una consecuencia de la usucapión del mismo. Lo cual se basa en que naciendo la acción real del respectivo derecho real, y no desapareciendo éste del patrimonio de una persona, cuando la cosa sobre la cual radica la tiene un tercer poseedor, sino cuando éste la ha usucapido, la acción no se extingue sino por haber consumado la prescripción adquisitiva. Por lo mismo, quien invoca la prescripción de la acción reivindicatoria, alega la prescripción del derecho real de dominio, y reconoce la identidad de la cosa sub-judice, es decir, que es la misma cuya restitución pretende el reivindicador.

La censura es infundada.

El cargo por error de derecho proveniente de que el Tribunal rechazó los testimonios de Zoila v. de Linares, Pedro Linares y Luis Linares, en razón de su parentesco con las partes en el juicio de acuerdo con el artículo 669 del C. Judicial depende fundamentalmente de establecer si en realidad eran o no admisibles tales testimonios.

El artículo 669 citado consagra siete grupos de personas incapaces de declarar, entre las cuales figuran en primer término: "El cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano de una de las partes, salvo en causas de edad o parentesco". Establece una incapacidad total en estas personas para deponer en todo juicio, excepto en los referentes a estado y edad, porque son ordinariamente las más informadas de tales hechos.

Y el Art. 672 ibidem, en corroboración del impedimento proveniente de los vínculos de parentesco, preceptúa que los testigos inhábiles por parcialidad proveniente de alguno de los parentescos indicados en el numeral 1º del Art. 669 no puede ser presentado en juicio por ninguna de las partes. Términos tan perentorios han llevado a la Corte a interpretar estas normas en el sentido de que la autorización de presentar testigos inhábiles por parcialidad la parte contraria a aquella en cuyo favor supone la ley que tienen interés en declarar, solo se refiere a los incapacitados para declarar comprendidos en

los ordinales 2º a 7º del artículo 669. Lo que significa que la prohibición respecto del cónyuge, ascendiente, descendientes y hermanos de una de las partes es tan absoluta en causas que no sean de edad y parentesco, que no pueden ser presentados por ninguna de las partes, y el Juez que esté informado de las circunstancias que constituyen la inhabilidad, debe negar la recepción de esos testimonios.

"...La inclusión del inciso 1º del artículo 669 del C. J. en el artículo 672 ibidem, establece una norma prohibitiva genérica sin excepción de ninguna naturaleza, mediante la cual es imposible legalmente presentar por ninguna de las partes contendientes al cónyuge, hermano, ascendiente o descendiente como testigos.

"Bastaría si tal hubiera sido el propósito del legislador, la regla sobre testigos inhábiles por parcialidad, consignada en el segundo aparte del mencionado artículo 672 sin necesidad de la excepción establecida en el primero en relación con la inhabilidad de los testigos por cierta relación de parentesco". (G.J.T. 54 Págs. 110 y 11).

Siendo terminante la prohibición de la ley sobre que cualquiera de las partes presente testigos unidos por vínculos del parentesco de que tratan el ordinal 1º del artículo 669 y la primera parte del 672 del C. Judicial, en el caso de que por inadvertencia o deficiente información del Juez sobre esta circunstancia, se decretare la recepción de la declaración de esas personas, en la sentencia no puede dárseles acogida porque se violarían tales normas que son de orden público. Sin que pueda observarse, como lo hace el recurrente, que tal prohibición no abarca el supuesto de que el litigio se adelante entre partes unidas por el mismo vínculo de parentesco, porque basta el que la inhabilidad exista con una de ellas para que la norma tenga efectividad, situación imposible de desaparecer cuando el parentesco es con ambas partes.

Conclúyese que el sentenciador al no aceptar los testimonios de Zoila v. de Linares, Pedro y Luis Linares en razón de estar cobijados por la inhabilidad estatuida en el artículo 669 del C. Judicial no solo no cometió error de derecho sino que le dio cabal aplicación a dicho precepto y al 772 ibidem.

Por la misma razón, no tiene ningún objeto considerar si este medio testimonial podrá aceptarse por existir un principio de prueba por escrito.

En el que titula "Parágrafo segundo", el impugnante alude a que si bien la demanda en relación con el hecho primero del libelo aceptó el otorgamiento de la escritura de donación, agregó que no era cierto respecto de los efectos que debía producir, porque la donación estaba pendiente para su validez de una condición, que era la insinuación, la cual no se obtuvo; que en el alegato de conclusión se insistió en el particular, y que la escritura 1357 contiene la estipulación de que la donación "para que ella sea válida" debía insinuarse, y es un hecho que no se insinuó.

La insinuación como pronunciamiento del Juez a instancia de cualquiera de las partes, es una condición, o sea, un hecho futuro e incierto, susceptible de estipularse como tal. Nada se opone a ello, y fue lo exigido por las partes. La expresión "para que sea válida", indica la intención de condicionar los efectos del acto a este evento.

Por los términos en que se expresó, no se puede pensar en una condición de derecho, como habría sido el haber estipulado simplemente que la donación sería insinuada, ni tampoco para enfocarla por el aspecto de la nulidad, para sostener que ha quedado subsanada por la prescripción.

Trae la clasificación de la condición en determinada, que debe cumplirse dentro del tiempo estipulado, e indeterminada, que por no tener término señalado al efecto ha de cumplirse en un lapso que no puede pasar de treinta años.

En conformidad con este aserto, cita el artículo 1447 del Código Civil que somete las donaciones bajo condición suspensiva a la de existir el donatario al tiempo de cum-

plir la donación, excepto en los eventos contemplados en los ordinales 3º y 4º del artículo 1019 ibidem.

En el caso aquí contemplado no se le fijó término a la insinuación, por lo cual debía haberse obtenido dentro de los veinte años siguientes al 17 de septiembre de 1917. Como venció sin haberse conseguido la licencia judicial, faltó la condición y, por consiguiente, no produjo efectos el acto de donación.

El Tribunal "pasó por alto todas estas realidades procesales" enfocó la cuestión por otro aspecto y concluyó de modo diferente.

Dejó de aplicar siendo pertinentes, los artículos 1530, 1129, 1127, 1473, 1602, 1447, 1439 del C. Civil. Y aplicó indebidamente los artículos 1458, 1741 ibidem, y 2º de la Ley 50 de 1936.

La Corte considera

El artículo 531 del C. Judicial impone al recurrente en casación, como formalidad del recurso, que la demanda exprese la causal que se aduzca para la infirmación del fallo, y que cuando son varios los motivos del recurso, se expongan en capítulos separados los fundamentos relativos a cada causal. Esta exigencia es indispensable por tratarse de un recurso esencialmente formalista, y porque siendo varias las causales y diversos los elementos que la integran, la Corte no puede, ocuparse sino exclusivamente de las que se invoquen. Por amplitud la Corte podría adentrarse en la consideración de una causal no invocada expresamente, cuando de las razones expuestas en la demanda resulta aquélla como una conclusión necesaria y simple.

El recurrente en el Párrafo segundo no indica ninguna causal. Por la parte final de la exposición parece que se tratara de una violación directa de normas sustantivas por indebida aplicación de unas y falta de aplicación de otras, en razón de que el sentenciador no vio que la insinuación de la misma fue pactada como una condición.

La violación directa de normas sustanciales es una pura cuestión de derecho, que radica en que, habiendo el fallador encontrado demostrado un hecho, aplicó preceptos sustantivos que no lo gobernaban, y dejó, por consiguiente, de dar vigencia a los pertinentes, o les dio a los que tuvo en cuenta una interpretación equivocada. En este evento, la cuestión de hecho debe tomarse como la halló el Tribunal, y examinarse si en verdad los preceptos que regulan ese hecho son los que tuvo en cuenta el sentenciador de instancia y si en caso negativo son aplicables los que cita el recurrente.

El fallo acusado no se ocupó del pacto sobre insinuación contenido en la escritura de donación a que alude la tacha, con lo cual habría incurrido en un error de hecho consistente en no haber visto esta prueba aducida al proceso. Punto de hecho tampoco advertido en la sentencia sería el de haber transcurrido veinte años a partir de la fecha de donación sin haberse cumplido la pactada condición, para poder llegar como consecuencia de los errores de hecho, a la violación indirecta de normas sustantivas.

Dedúcese que la causal de violación de normas sustantivas por aplicación indebida de ellas y falta de aplicación de otras no tiene asidero, porque los hechos en que la basa el recurrente no fueron siquiera advertidos por el Tribunal.

El cargo es inoperante.

La última censura formulada en el 'Parágrafo tercero' de la demanda toca con el aparte de la sentencia en que, luego de haber concluido que la prescripción de la acción no se cumplió, añade el Tribunal: "Si la demanda invoca la prescripción adquisitiva del derecho con base en la adjudicación que a su tradente se le hiciera en diciembre de 1938 en la sucesión de Pedro Linares, del inmueble referenciado, tampoco se contarían desde esa fecha y hasta la notificación de la presente demanda —24 de septiembre de 1958— los veinte años exigidos por la ley para que se estructurara la prescripción".

Observa el impugnante que el Tribunal quizo referirse a la prescripción adquisitiva extraordinaria de veinte años guiado "por su propio e inexacto concepto de que la señora Zoila venía siendo simple tenedora del inmueble al enajenarlo".

Pero la propiedad también puede adquirirse por la prescripcion ordinaria que es de diez años, los cuales transcurrieron con exceso entre las dos fechas que menciona el fallo.

La casa en la plenitud del dominio aparece adjudicada a Zoila v. de Linares en la hijuela de que da cuenta el instrumento 1370 de diciembre de 1938, que aparece en el cuaderno de pruebas de la demandada. "Y en los mismos términos la transfirió a María del Carmen por la escritura 470 de 1958".

La hijuela, registrada en el mismo mes de diciembre de 1938 se formó sobre la base del consentimiento de los interesados en la mortuoria acerca de la ineficacia de la escritura de dominio a la demandante.

No puede decirse que la viuda de Linares se formó el título por sí desde el momento en que el reparto de los bienes sucesorales se aprobó sin reparo alguno, siendo parte la demandante.

Tampoco se puede reputar a la viuda de Linares simple tenedora del inmueble, porque para esto habría sido menester que la donación, en la cual iba anexa la reserva del usufructo, hubiera producido efectos con la obtención de la insinuación a que estaba condicionada su eficacia.

Para el recurrente la titulación de la demandada no ofrece tacha alguna que impida estimarla dueña del inmueble; lo posee materialmente; la escritura de adquisición fue debidamente registrada; su tradente también tenía título registrado, y el "del causante o de la sociedad conyugal Linares Olarte no había perdido su vigencia en razón del pretendido acto de donación" por todo lo que deja expuesto.

Concluye observando que si Zoila v. de Linares poseyó con justo título y buena fe, y si, por consiguiente la demandada ha seguido poseyendo el inmueble en lapso superior a diez años, se encuentran cumplidas las exigencias de las disposiciones de los artículos 2527, 2538 y 2529 del Código Civil, para concluir que la segunda tiene adquirida por prescripción adquisitiva ordinaria la casa de que se trata, y que por no reconocerlo así el Tribunal violó por falta de aplicación los preceptos citados lo mismo que los artículos 765, 768 y 769, 762, 2º 777 de la misma obra y 775 y 777 por aplicación indebida.

Anota, finalmente, que el apoderado de la demandada en la audiencia, refiriéndose a la adjudicación de la casa a Zoila viuda de Linares, sostuvo que esta la había adquirido "por prescripción adquisitiva de dominio".

La Corte considera

A esta censura cabe la misma observación hecha a la anterior respecto de la falta de técnica en su presentación: No invoca el motivo ò causal por la cual acusa la sentencia. De los razonamientos con que pretende exponer y demostrar la acusación tampoco se puede deducir necesariamente a cuál causal de casación ha pretendido acogerse. Hay un alegato de instancia con anotaciones para que el fallador de instancia las considerara dentro del poder amplio que tiene de examinar todos los aspectos del problema **sub-judice. Pero los yerros cometidos por el fallador de segunda instancia para examinar las violaciones de la ley imputadas a la sentencia, deben ser presentados con entera sujeción a lo prescrito por los artículos 520 del C. Judicial que señala las causales por las cuales puede impugnarse con el recurso extraordinario de casación, y 531, que indica la forma en que debe presentarse la demanda correspondiente.**

Las transgresiones por falta de aplicación de las normas citadas por el recurrente, las deduce de las siguientes pruebas: de la hijuela de adjudicación de la casa de Zoila viuda de Linares de que da cuenta la es-

critura 1370 de 1938; del convenio de todos los interesados en la sucesión de Pedro Linares para que la donación a la demandante no tuviera eficacia; de que la reserva del usufructo por parte de los esposos Linares Olarte no produjo efectos por falta de la insinuación a que estaba sometida la donación; y de que el título del causante Linares o de la sociedad conyugal Linares Olarte estaba vigente, porque el pretendido acto de donación no tuvo efectividad.

Si en razón de las pruebas anteriores, el título de compra de María del Carmen Linares es "perfecto y suficiente en orden a estimarla verdadera dueña", y el Tribunal no lo consideró así, en el aparte, objeto de la tacha, porque simplemente consideró que desde la fecha de la notificación de la demanda no habían transcurrido los veinte años de prescripción de la acción, se debería a que en la apreciación de dichas pruebas hubiera podido incurrir en errores de hecho o de derecho, que el recurrente debía señalar y demostrar.

Como así no lo hizo, se corrobora la inoperancia del cargo.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta de enero de mi novecientos sesenta y dos proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Amelia Linares Olarte de León contra María del Carmen Linares Olarte.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

Arturo C. Posada, Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION REAL DE DOMINIO

Efectos y alcance cuando se invoca. Prueba testimonial. Autonomía del fallador en la apreciación, cuando hay notoria semejanza en las deposiciones y se concede prevalencia al dicho de unos sobre el de otros.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco).

1º Frente a Jesús María Ausecha inició juicio reivindicatorio Arcesio Noguera Vivas, para que la justicia declare que el demandante es dueño del inmueble circunscrito por los linderos indicados en el hecho primero de la demanda y que el demandado posee, para que se ordene la restitución y se condene a éste al pago de los frutos, teniéndolo como poseedor de mala fe, como también al pago de costas.

Fueron aceptados por el demandado los extremos afirmados por el actor y respecto a la posesión la explica diciendo que en el año de 1939 Gumersindo Piamba le dio en venta el terreno denominado La Mina o La Paila que éste había adquirido por escritura pública número 302 de 24 de marzo de 1920 y que como garantía de esa "venta" el tradente Piamba le entregó la escritura 302 y la finca a que éste se refiere. Fue así como Ausecha "entró en posesión legítima" del predio. Posteriormente Piamba llamó a Ausecha para "confirmarle la venta otorgándole la escritura correspondiente" pero éste no pudo "recibir la escritura y entonces dispuso que la recibiera don Arcesio Noguera Vivas con el compromiso de devolvérsela en época posterior. Fue así como en 1943 el demandante Noguera Vivas recibió la escritura Nº 763 de 31 de agosto de ese año... Ya en el año de 1945, don Jesús María Ausecha y su yerno Arcesio Noguera Vivas para dar cumplimiento a lo pactado convinieron en que Ausecha le compraba a Noguera el terreno de La Mina, La Paila o Los Apartaderos, (con todos estos nombres es conocido ese predio), por la suma de tres mil pesos, dinero que en la actualidad el vendedor Arcesio Noguera tiene recibido en su totalidad y aún se le ha dado más con el único objeto de que otorgue la escritura correspondiente, pero éste se ha negado en forma sistemática a cumplir con lo pactado".

Termina el demandado proponiendo la excepción de "prescripción de la acción y por consiguiente del derecho que se reclama, y la innominada a que hace referencia el Código Judicial".

2º El Juez y Tribunal encontraron demostradas las condiciones de la acción reinvindicatoria. El Juez proveyó de conformidad con las pretensiones del demandante y, a propósito de la excepción de prescripción de la acción, dijo:

"Por último el demandado al contestar la demanda propone la excepción de prescripcion de la acción y la innominada del C. Judicial, pero el Juzgado no encuentra acreditada ninguna de ellas, porque su posesión conforme a los autos empieza con la compra que hizo Noguera Vivas en 1943, con la escritura Nº 763, interrumpida luego por la acción intentada. No hay lugar a otra apreciación al respecto".

Apelada la sentencia del Juzgado por la parte demandada, el Tribunal anotó el acier-

to del Juez en cuanto al estudio de las pruebas que lo llevaron a declarar demostrada la acción propuesta; pero, manifestó su desacuerdo con el criterio del fallador de primer grado en lo tocante con la prescripción de la acción y revocó la sentencia para en su lugar declarar probada la excepción mencionada.

En desarrollo de su pensamiento el Tribunal hace el estudio de los dos aspectos de la prescripción consagrados por el artículo 2512 del C. Civil: como modo de adquirir las cosas ajenas, y, en cuanto a modo de extinguir las obligaciones o derechos ajenos. Reproduce el artículo 2535 del mismo código y, comenta para el caso concreto:

"...Significa esto que si del momento en que se inició la posesion material del demandado Jesús María Ausecha, el titular del derecho de dominio del lote de La Mina o La Paila, fuera él Gumersindo Piamba o Arcesio Noguera Vivas, no recurrió a la Rama Jurisdiccional del Poder Público para hacerla cesar mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, ésta ha dejado de existir para él: ha prescrito, sin que ello implique que el demandado ya es titular del derecho de dominio; la declaración de la existencia de la excepción en tales eventos, no otorga al demandado favorecido con ella el carácter de dueño, apenas se traduce en el respeto de una situación de hecho, la posesión, que el actor no atacó oportunamente.

"Entonces —agrega—, ya aquí sí es de capital importancia establecer cuándo entró Jesús María Ausecha al predio de La Mina o La Paila en calidad de poseedor, si en 1954 como lo dice... en su libelo, o en 1939 como le contesta..., porque de aceptarse la primera o la segunda fecha se deducen consecuencias favorables o adversas para el resultado de la acción propuesta... Esta cuestión precisamente fue la que mereció poco cuidado al Juez de la instancia anterior".

Y así, el Tribunal, en dos capítulos "Prueba testimonial de la parte actora" y "Prueba testimonial de la parte demandada", procede al estudio de esos medios de convicción presentados al juicio, y después de hacerlo, concluye:

"E. La inmediata conclusión de todo lo expuesto es la siguiente: El demandante Arcesio Noguera Vivas ha demostrado ser titular del derecho de dominio sobre el predio de La Mina o La Paila, ubicado en el distrito de La Sierra, que es cosa singular debidamente identificada, y por tal razón le habría sido enteramente favorable la acción reivindicatoria iniciada en el libelo de 19 de junio de 1961, si él... no hubiera propuesto la excepción perentoria de prescripción de la acción reivindicatoria por no haberse ella intentado oportunamente contra el demandado Jesús María Ausecha, quien ha estado en posesión del inmueble desde enero de 1939, ininterrumpidamente, ejercitando los actos de dominio prescritos en el artículo 981 del Código Civil.

"Por lo dicho la excepción es viable y acarrea la revocatoria del fallo apelado, para declararla probada".

Interpuso recurso de casación el autor del juicio, vencido en la segunda instancia.

3º La demanda de impugnación

La demanda de casación bajo el rubro "Causal invocada", asevera que "El H. Tribunal, para encontrar demostrada la prescripción de la acción, de conformidad con los artículos 2535 y 2536 del C. Civil, a favor de Jesús María Ausecha, se funda en la prueba testimonial aducida por la parte demandada, desestimando, o interpretando en forma antitécnica y nada jurídica las pruebas del demandante de la misma índole, y 'pasando entero', sin críticas mayores los testimonios que favorecen al señor Ausecha. En esto incurrió en notorios errores de hecho y de derecho, como voy a demostrarlo".

Procede entonces al estudio de la prueba y anota que las declaraciones de los testigos presentados por el demandado fueron tomadas sin tener en cuenta el contenido de los artículos 687 y 688 del C. Judicial, de

los que hace explicación y comentario, para, a continuación, considerar la prueba de la parte demandante, con criterio distinto al expuesto por el Tribunal, que àcusa de equivocado y violatorio de la ley.

Y en cuanto a la prueba literal dice que "incurrió el sentenciador en error de derecho al no apreciar en su verdadero alcance, como título suficiente del dominio del demandante, la escritura número 763 de 31 de agosto de 1943, otorgada en la Notaría Segunda de Popayán, presentada en copias debidamente registradas ..", y,

"Por lo expuesto, la aplicación que se ha hecho por el Tribunal de Popayán, del artículo 2535 y del 2536 del C. C., es equivocada y no tiene fundamento alguno en las pruebas traídas al juicio".

4º Considera la Corte

Que si es cierto que las respuestas deben escribirse como las dicta el "testigo capaz de hacerlo" (C. J. 688), no porque se hayan escrito de conformidad con el interrogatorio y entre las declaraciones haya notoria semejanza, puede atribuirse al Tribunal error de hecho, como lo pretende el recurrente, ni tampoco error de derecho consecuencial como lo propone, porque, la semejanza de las declaraciones a menudo proviene de la identidad del hecho a que se refieren y la conformidad con el interrogatorio, cuando esto sucede, depende de la aceptación de la pregunta que por corresponder al hecho sobre que se hace la atestación, el testigo responde sin hacer variación, aclaración ni reparo alguno;

Que si el Tribunal al analizar los testimonios, tuvo por más convincentes los destinados a probar determinados hechos que los que tienden a acreditar lo contrario, este aspecto escapa a la casación, porque es cuestión en que la autonomía en la valoración de los medios de convicción, impide a la Corte variar la apreciación hecha por el fallador de mérito;

Que el artículo 702 del C. Judicial autoriza al juzgador de instancia para conceder prevalencia al dicho de unos testigos sobre otros y aún para prescindir de todos, cuando se presentan exposiciones contradictorias; o a aceptar las que según el criterio del fallador, atendiendo a las condiciones y a la calidad, número, fama o ilustración de los testigos, deduce, conforme a los principios generales de la sana crítica, aspectos todos en que por ser del íntimo convencimiento del juzgador opera la autonomía que la ley le reconoce a éste;

Que si la prueba es intocable en casación por lo antes dicho, la Corte, no podría declarar violación de los artículos 2535 y 2536 del C. C., comoquiera que la infracción propuesta es la indirecta, y ésta supone haberse démostrado o error de hecho manifiesto respecto a la existencia de los medios probativos o de derecho en la valoración de los mismos, supuestos no ocurridos en el presente caso;

Que alegar la prescripción de la acción real de dominio, es tanto como invocar la usucapión del mismo derecho, según se desprende del contenido del artículo 2358 del C. Civil, porque de la demostración de la posesión regular o irregular de diez y veinte años, tratándose de derechos reales, se cumple la extinción de la acción, o sea, que la prescripción extintiva del dominio es una consecuencia de la usucapión del mismo, lo cual halla fundamento "en que naciendo la acción real del respectivo derecho real, y no desapareciendo este del patrimonio de una persona, cuando la cosa sobre la cual radica la tiene un tercer poseedor, sino cuando éste la ha usucapido, la acción no se extingue sino por haber consumado la prescripción adquisitiva. Por lo mismo, quien invoca la prescripción de la acción reivindicatoria, alega la prescripción del derecho real de dominio y reconoce la identidad de la cosa sub-judice, es decir, que es la misma cosa cuya restitución pretende el reivindicador", según lo dijo la Corte en sentencia de 18 de mayo de este año, aún no publicada; y

Que el Tribunal tuvo por fehacientes y en consecuencia aceptó las declaraciones del grupo de testigos que depusieron sobre la posesión ininterrumpida de Jesús María Ausecha principió en enero de 1939 y todavía la tiene, habiéndose notificado de la demanda inicial del juicio el once (11) de enero de 1961, por lo que declaró la prescripcion de la acción de dominio; que la posesión puede ejercitarse y oponerse erga omnes.

De donde se deduce la improcedencia de los cargos.

Resolución

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 Popayán, de fecha doce (12) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1963), proferida en el juicio ordinario seguido por Arcesio Noguera Vivas contra Jesús María Ausecha, sobre restitución de un inmueble.

Sin costas en el presente recurso de casación.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA NACIONAL DE JUDICATURA

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

Los causahabientes de una persona fallecida en accidente, ocurrido en el cumplimiento de un contrato de transporte, pueden ejercer la acción indemnizatoria por incumplimiento del contrato o la indemnizatoria por culpa aquiliana, pero no les es dable acumular las dos acciones. — Responsabilidad civil extracontractual. — La aviación como actividad peligrosa.— Fuerza mayor o caso fortuito. — Sus características estructurales. — Confesión. Condiciones para que sea eficaz. — Prueba pericial. — Sobre cuando las partes están de acuerdo sobre el hecho de que se trata. — Requisitos que debe llevar la censura por error de hecho. — Admisión de la ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito en este litigio por razones o circunstancias especialísimas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con fecha 28 de noviembre de 1961, en el juicio ordinario seguido por Josefina Conde de Zúñiga y otros frente a Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca).

I

Antecedentes

El día 9 de marzo de 1934, Julio C. Zúñiga compró a la agencia de la Scadta, hoy Avianca, de Quibdó, un tiquete para transportarse por vía aérea, de la dicha ciudad a la de Medellín, pasando por Cartago.

Al referido viaje procedióse, el día siguiente, 10 de marzo en la aeronave "Von Krohn", que salió de Quibdó a las 9 y 20 minutos de la mañana, con buen tiempo, rumbo a Cartago, llevando como piloto al señor Hans Walter Geck, como mecánico al señor Ernest Jahnke y a tres pasajeros, uno de los cuales lo era el ya nombrado Julio C. Zúñiga.

Después de algunos mensajes radiotelegráficos emitidos desde la aeronave, entre las 9 y 40 minutos y las 10 y 51 minutos a. m., en que se decía estar volando entre nubes, y de haberse enviado luego, varias veces, como señal la letra V, con lo que cesó toda comunicación, el avión dio en tierra sobre la falda de una montaña o serranía, choque en que pereció el pasajero Julio C Zúñiga y quedaron gravemente heridos los otros dos pasajeros y levemente lesionados el piloto y el mecánico

II

El litigio

Así las cosas, la viuda del mencionado Zúñiga, señora Josefina Conde de Zúñiga, en su propio nombre y en el de sus menores hijos legítimos Josefina, Carmen Helena, Rosaura, Zulma, Julio y Amelia Regina Zúñiga Conde, promovió, con fecha 13 de fe-

brero de 1942, demanda contra la sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), hoy Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca), sociedad anónima domiciliada en Barranquilla, para que por sentencia definitiva se decida lo siguiente:

"Primero. Que la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), hoy Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca), está obligada a pagarnos la suma de cien mil pesos ($ 100.00.00) como valor de los graves perjuicios que se ocasionaron a mis hijos y a mí con el siniestro del avión 'Von Krohn' ocurrido el día 10 de marzo de 1934 y del cual es dicha empresa responsable, y por los daños morales sufridos en mi persona y en mis hijos como consecuencia de dicho accidente; o en defecto de esa suma, la que se determine en cantidad líquida en la sentencia, de acuerdo con lo alegado y probado en el juicio, como valor de tales perjuicios, o la que se liquide de acuerdo con las bases que para ello se establezcan en la misma sentencia, o la que se fije como importe de dichos perjuicios en la ejecución de la sentencia, si en ésta no pudiere determinarse cantidad líquida o base para su liquidación.

"Segundo. Que la Sociedad demandada está obligada a pagarnos las costas del juicio, si lo afrontare".

Subsidiariamente impetró declarar:

"Primero. Que la Sociedad demandada no cumplió el contrato de transporte celebrado con mi nombrado esposo el día 10 de marzo de 1934 en Quibdó, en virtud del cual se obligó a conducirlo a Medellín en el avión 'Von Krohn' de su propiedad que debía salir ese día de Buenaventura haciendo escala en Andagoya, Quibdó, Cartago y Medellín.

"Segundo. Que como consecuencia del incumplimiento de ese contrato, la Sociedad demandada está obligada a pagarnos a mis hijos y a mí la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) como valor de los perjuicios materiales y morales que se nos causaron con la infracción del contrato, inclusive los que se nos ocasionaron con el siniestro del 'Von Krohn', ocurrido el 10 de marzo de 1934 que pudieron preverse al tiempo de la celebración de aquél, o en efecto de esa suma la que se compruebe o determine en cantidad líquida en la misma sentencia, de acuerdo con lo alegado y probado en el juicio, o que se liquidará de conformidad con las bases que la sentencia establezca, o que se fijará en la ejecución de ésta; y

"Tercero. Que la misma sociedad debe pagarme las costas judiciales del pleito si lo afrontare".

Los **hechos** en que la demanda dice fundarse pueden condensarse en la siguiente síntesis:

Que la compra que Julio C. Zúñiga hizo, el 9 de marzo de 1934, del pasaje para transportarse por la vía aérea de Quibdó a Medellín, y cuyo precio fue pagado al contado, "implicó la celebración de un contrato de transporte" en virtud del cual la Scadta, hoy Avianca, se obligó a conducir al dicho señor a la ciudad de Medellín;

Que el día siguiente, 10 de marzo, cuando se efectuaba tal viaje, más o menos una hora después de la salida de Quibdó, el avión, según la versión del señor Newton C. Marshall, único sobreviviente de la catástrofe, "empezó a describir amplios círculos que hacían suponer que estaba volando sobre Cartago y que el piloto trataba de buscar el aterrizaje bajando por entre las nubes". "El piloto había perdido el rumbo y pasó largo tiempo, desde las 10 y 20 de la mañana más o menos, en que debía haber llegado a Cartago, hasta la hora del accidente, las once del día, también más o menos, describiendo grandes círculos hasta que se estrelló sobre una de las faldas de una montaña, al oeste del río Uribe, afluente del Sipi, muy lejos de la ruta que debía seguir de Quibdó a Cartago";

Que en el siniestro pereció el señor Zúñiga, cuyo cadáver fue enterrado allí mismo un tiempo después por la comisión enviada por la Scadta a recoger el correo del avión, cuando éste fue encontrado;

Que la aeronave Von Krohn era de pertenencia y servicio de la Scadta, hoy Avianca, y quienes lo manejaban el día del accidente, piloto Geck y mecánico Jahnke, eran "empleados al servicio de la misma empresa":

Que "El día de la tragedia del 'Von Krohn', a las 9 y 40 el piloto envió un mensaje que decía 'Imposible precisar posición... volando sobre nubes' y a las 10 y 38 minutos de la mañana, es decir, una hora y dieciocho minutos después de la salida de Quibdo comunicó por inalámbrico a la estación de Medellín que "aún no había localizado a Cartago' y en mensaje anterior de las diez de la mañana había dicho 'Estamos volando aún sobre espesas capas de nubes, presumimos estar sobre el Valle del Cauca, **el avión está en perfecto buen estado**; y poco después a las diez de la mañana había comunicado 'Avión en perfectas condiciones, podemos bajar atravesando las nubes' ": "...El último mensaje del piloto del 'Von Krohn', según las declaraciones de la Scadta en la protesta escrituraria mencionada, fue el de las diez y cincuenta y un minutos, que dice: 'Atención. Estamos volando ciegos entre las montañas. Conserven la comunicación con nosotros', después de lo cual solo transmitió la señal V por siete veces rompiéndose por último la comunicación";

Que, "la aeronave después de la primera hora tuvo tiempo más que suficiente para llegar a Cartago; perdió más de una hora volando en grandes círculos sobre la misma zona en que ocurrió la tragedia, tiempo éste que si se hubiera aprovechado como en otras ocasiones lo había hecho el mismo avión; y como lo aconsejaba la más elemental previsión, habría sido suficiente para regresar al punto de partida o dirigirse a Medellín o finalmente buscar acuatizaje en el río Cauca sin exponerse, como se expuso imprudentemente, a un descenso incierto, temerario, atravesando espesas capas de nubes sobre las cuales volaba, desconociendo su verdadera posición y sin tener siquiera seguridad de que volaba sobre el Valle del Cauca";

Que "El accidente del 'Von Krohn' se produjo en un sitio distante muchos kilómetros de las líneas acostumbradas para el tráfico entre Quibdó y Cartago y una hora después de la hora en que debió haber llegado a Cartago, lo que comprueba que el piloto se apartó del rumbo normal y gastó toda la gasolina de que disponía en vuelos aventurados cuando bien habría podido regresar al punto de partida, o dirigirse a Medellín, o acuatizar en el río Cauca";

Que, "Como se deduce rectamente de los hechos que se dejan relatados, a la culpable temeridad del piloto del 'Von Krohn' se debió la catástrofe, siendo de advertir que no obstante la violencia del choque, el avión no se incendió, lo que demuestra que la gasolina se había totalmente agotado en los vuelos inoficiosos que por largo espacio de tiempo estuvo haciendo el piloto antes de la culminación de la dicha catástrofe";

Que el siniestro referido "no se debió a caso fortuito ni fuerza mayor" ni "tampoco a daño alguno en el aparato ni a circunstancias atmosféricas especiales, sino a la voluntad errónea del piloto que creyendo estar sobre el Valle del Cauca resolvió aterrizar a ciegas y estrelló el avión contra la falda de una montaña al oeste del río Uribe, afluente del Sípi, que a su vez desagua en el San Juan, en una región escabrosa en grado sumo, caracterizada por montañas llenas de precipicios en donde no había huellas de planta humana";

Que "La Scadta, hoy Avianca, aunque había dado al servicio público la línea Quibdó-Cartago no tenía en esas ciudades estaciones de radio, que a haberlas tenido habrían servido nada menos que para orientar y darle rumbo al 'Von Krohn', informándole además que en el Valle del Cauca hacía un tiempo espléndido y que la atmósfera estaba libre de nubes, con lo cual el piloto no se habría empeñado en perder una hora gastando la gasolina en describir círculos y círculos sobre las nubes encima de la cordillera, presumiendo que se encontraba sobre el Valle del Cauca";

Que "El hecho de haber suprimido la Scadta, después de la tragedia, la línea Quibdó-Cartago, confirma plenamente que

tal línea era eminentemente peligrosa e insostenible en las condiciones de inseguridad en que los viajes se efectuaban";

Que solo después, cuando la Scadta cambió su razón social por la de Avianca, vinieron a establecerse estaciones de radio en las principales ciudades del país y se ha montado en Barranquilla un banco de prueba para los motores, progresos todos éstos tendientes a garantizar la seguridad en el uso de las vías aéreas;

Que "cuando se efectuó el vuelo Quibdó-Cartago el 10 de marzo de 1934 la línea aérea en mención no garantizaba en ninguna forma la seguridad de los pasajeros y tripulantes porque no existia ninguno de los medios científicos de que hoy dispone la Empresa";

Que el finado Zúñiga era casado con la peticionaria Josefina Conde, de cuyo matrimonio nacieron "varios hijos, de los cuales viven Josefina, Carmen Helena, Rosaura, Zulma, Julio y Amelia Regina, quienes tienen el carácter de herederos legítimos de su nombrado padre";

Que muerto en el desastre del Von Krohn, el señor Julio C. Zúñiga, único sostén de su familia, compuesta de seis niños, todos menores, la peticionaria ocurrió a la Scadta en solicitud de la indemnización a que creía tener derecho y que, después de muchas promesas que no se cumplieron, se llegó con la empresa a un arreglo provisional, en virtud del cual ésta le reconocería a la viuda una pensión mensual y le daría a su hija mayor un puesto con sueldo apreciable "hasta tanto el pleito del señor Marshall era fallado en primera instancia y veían ellos qué podían hacer para arreglar el asunto en forma definitiva" con la peticionaria; que este arreglo provisional tuvo cumplimiento desde 1936 hasta 1940 en lo relativo a la pensión, pero no en lo referente al empleo de la hija mayor de la viuda, quien, por haber tenido como jefe inmediato a un hombre inadecuado y hasta grosero, se vio forzada a dejar el puesto; y

Que, como consecuencia de este arreglo, la peticionaria se abstuvo entonces de promover demanda contra la empresa; pero, que como ésta le suprimiera más tarde la pensión, sin que a pesar de los esfuerzos hechos por la viuda para llegar a un nuevo arreglo se lograra éste, no le ha quedado otro recurso que someter el conflicto a la decisión de los jueces.

En derecho fundóse el libelo en numerosas disposiciones de códigos, leyes y decretos, entre ellas los artículos 1604, 2341, 2347, 2356, 2358, 2070, 2072, 2073 y 2078 del Código Civil; y 306, 322 y 329 del Código de Comercio Terrestre.

La entidad demandada, en su contestación al libelo, aceptó algunos hechos; negó otros, entre éstos los de que el accidente de la aeronave se hubiera debido a culpa de la tripulación, que el mismo no fuese atribuible a caso fortuito o fuerza mayor y que entre las partes se hubiera celebrado un arreglo provisional; hizo aclaraciones sobre otros; contradijo el derecho alegado por la parte actora y, en conclusión, se opuso a sus peticiones, y propuso las excepciones siguientes:

"Primera. Exoneración de la responsabilidad civil de la sociedad demandada, estipulada de manera expresa por las partes en el contrato de transporte aéreo de personal.

"Segunda. El accidente de la aeronave 'Von Krohn' fue ocasionado por fuerza mayor o caso fortuito o por riesgos del aire equivalentes a la fuerza mayor.

"Tercera. El accidente de la aeronave 'Von Krohn' tuvo lugar no obstante haber tomado la Sociedad demandada las medidas razonables o necesarias para garantizar el vuelo, de conformidad con los reglamentos y adelantos técnicos existentes en el país el 10 de marzo de 1934"

Además, alegó las de prescripción extintiva, así: La de seis meses de que trata el ordinal 4º del artículo 313 del Código de Comercio, y la de tres años a que se refiere el 2º inciso del artículo 2358 del Código Civil.

Con producción de pruebas de una y otra parte, surtióse la primera instancia, a que puso término la sentencia del Juez 4º Civil del Circuito de Barranquilla, de 11 de enero de 1958, por la cual se resolvió:

"1º Declarar que no le incumbe a la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), hoy Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca), responsabilidad alguna en el siniestro del avión 'Von Krohn' ocurrido el 10 de marzo de 1934, en el que pereció el señor Julio Zúñiga.

"2º Absolver, consecuencialmente, a dicha empresa de todas las condenaciones pedidas por la parte actora en la demanda que dio origen al presente juicio ordinario.

3º Declarar que no hay lugar a condenación en costas".

Por apelación de la parte demandante, abrióse el segundo grado del juicio, que recibió sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, con fecha 28 de noviembre de 1961, por medio de la cual se confirma la del inferior y se condena en las costas de la segunda instancia a la parte actora.

Interpuesto por ésta el recurso de casación, llegóse a sustentarlo con la demanda que se verá adelante, la que fue contestada oportunamente por la parte opositora. Aunque a petición de la recurrente, celebróse audiencia pública, a que solo asistió su apoderado, éste no formuló después resumen alguno de su alegación oral.

Procede, pues, la Corte al despacho de este asunto

III

Fundamentos de la sentencia recurrida

Luego de aludir a las consideraciones del Juez a-quo acerca de que el transportador aéreo se exonera de responsabilidad en cuanto tomó todas las precauciones posibles para que el vuelo se efectuase con el máximo de seguridad alcanzable en la época en que se efectuó, y que, habiéndose producido el siniestro en el desarrollo de un contrato de transporte, es la responsabilidad contractual la que puede ventilarse y no la extracontractual, que queda excluída por la primera, pasa el Tribunal a referirse a ciertas conclusiones a que llegó el mismo Juez en relación con el acaecimiento de la catástrofe, de las que cabe hacer, ordenándolas, el siguiente resumen: que en la época en que ello ocurrió no se exigía a los aeródromos como los de Quibdó y Cartago que tuvieran servicio de radiotelegrafía, tanto más cuando ellos eran de propiedad de entidades oficiales; que la empresa demandada tenía a la sazón en servicio en Buenaventura una estación inalámbrica transmisora y receptora de onda corta, para el servicio de comunicación en sus aviones, que cubría el territorio Quibdó-Cartago, ruta que era la que en esa época tenía la empresa para llevar a cabo el transporte a que se refería el pasaje adquirido por Julio Zúñiga; que las tempestades que entonces podían sobrevenir en el sitio del accidente no eran previsibles, de acuerdo con el informe rendido por el Observatorio Meteorológico Nacional; que no hubo cambio sorpresivo de línea, sino que se cumplía un itinerario normal, solo alterado por causa que de ninguna manera puede atribuirse a simple capricho del piloto, que era un veterano del aire, sino a la ocurrencia de algún trastorno atmosférico indudablemente imprevisto, y, dados los elementos técnicos de que a la sazón se disponía, seguramente imprevisible; que las nubes a que hacen referencia los mensajes radiotelegráficos impidieron la visibilidad no solo vertical sino horizontal, siendo probable que en esas circunstancias el piloto no supiera a ciencia cierta, ni pudiera técnicamente saber por dónde iba, no obstante lo cual seguía buscando a Cartago, que era el lugar de su destino, y entonces, sin que pudiera controlarlo, el avión se estrelló contra el obstáculo de la montaña en donde fueron encontrados sus restos, sitio no muy distante de Cartago, aunque desviado de la ruta normal; que la posterior eliminación de aquella ruta aérea se debió a razones de orden económico o sea a falta de utilidades; que para juzgar de la responsabilidad en relación con el accidente es preciso colocarse, no en las circunstancias asombrosas de adelanto en que se desarrolla hoy en día la ae-

ronavegación, sino en las difíciles y precarias que existían al tiempo de producirse aquél, hace más de veinte años, cuando esa prodigiosa faena humana se encontraba aún en su etapa rudimentaria y constituía, mucho más que ahora, una empresa eminentemente riesgosa; que lo que la parte demandante considera "culpable temeridad del piloto" no fue otra cosa que un intento de salir con bien de un paso que los precarios recursos científicos de la época hicieron fatal; y que del examen de las pruebas resulta que la entidad demandada ha demostrado que puso todo su cuidado y diligencia para que el vuelo del Von Krohn fuera seguro, exonerándose así de la presunción de culpa en el siniestro, el cual debe atribuirse a los imprevisibles e incontrolables "riesgos del aire".

En seguida el Tribunal, discurre así:

"De acuerdo con los principios que informan nuestra legislación sobre responsabilidad contractual, ésta se presume en caso de accidente aéreo, y, por ende, es imputable al transportador mientras no demuestre ausencia de culpa, consistente en haber puesto toda su diligencia y cuidado en que el siniestro no se produjera. Según esas mismas normas, cuando el transportador prueba tales diligencia y cuidado, queda exonerado de establecer que el hecho ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito, pues —son palabras de la Corte— 'la misma naturaleza del transporte aéreo conlleva riesgos que aún en el estado actual del avance técnico no han podido dominarse suficientemente'."

A este respecto, hace referencia a algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, entre éstas la de casación civil de 22 de abril de 1960 (XCII, Pág. 437), de la que transcribe algunos pasajes.

Estima luego que, "aun cuando el libelo de demanda está redactado en forma que parece accionarse con base tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, sistema híbrido que ha merecido el rechazo de los administradores de justicia, la demanda se enderezó, como se desprende de la alegación por escrito en primera instancia de la parte actora, por los cauces de la simple acción de responsabilidad contractual, que los demandantes ejercen como esposa e hijos de la víctima, según las partidas de estado civil que acompañaron a su demanda —demostrativas de tal carácter—, y con base en el contrato de transporte celebrado entre el señor Zúñiga y la empresa demandada".

Dice acoger las consideraciones que, en orden a demostrar la falta de culpa de la empresa en el accidente, hizo el juez a-quo, en los términos de la transcripción siguiente:

" 'Con relación a las condiciones de navegabilidad del 'Von Krohn', la parte demandada demuestra lo siguiente: 1º) Dicho aparato estaba matriculado o inscrito, según certificado del Director General de Aviación que aparece a folio 35 del cuaderno principal. 2º) El avión fue construído en los Estados Unidos para la venta en un país extranjero, lo cual implicaba la aprobación del Departamento de Comercio en lo referente a la navegabilidad del aparato, 'si los medios por los cuales se exportó dicho avión requerían el funcionamiento del avión dentro de los Estados Unidos', según certificación del Administrador de Aeronáutica Civil del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, que aparece a folios 80 y siguientes del cuaderno principal. 3º) La nave llevaba estación de radio a bordo y la usó correctamente según se desprende de los mensajes radiotelegráficos que envió momentos antes del accidente y que aparecen relatados por el actor en el punto 14º de su libelo inicial. 4º) El aparato estaba aprovisionado de gasolina suficiente para el vuelo, según se desprende de los comprobantes que aparecen a folio 16 vuelto del cuaderno número 2 de pruebas del demandado y del hecho que afirma el actor de que el vuelo duró mucho más de lo que debía normalmente durar. 5º) Copia notarial de la escritura pública que contiene la protesta hecha por la sociedad demandada sobre el buen estado de navegabilidad del avión.

" 'Reafirma las pruebas anteriores y les da carácter de certeza, la manifestación que

hace la parte actora, en el hecho 23 de su libelo, de que el siniestro no se debió a daño alguno en el aparato. La aeronavegabilidad, en buenas condiciones, del 'Von Krohn' constituye, pues, una realidad procesal.

" 'Sobre la idoneidad del piloto y del copiloto del 'Von Krohn', la empresa demandada introdujo al proceso las pruebas siguientes: 1º) Autorización que tenían Hans W. Geck (piloto) y Ernest Jahnke (copiloto) para ejercer sus respectivas profesiones en Colombia, según certificado del Ministerio de Guerra, Dirección General de Aviación, que aparece a folio 17 del cuaderno número 2 de pruebas del demandado; 2º) Declaración del Médico Max Rehbein Peralta sobre el buen estado de salud mental y física de los mencionados piloto y copiloto, que debe estimarse, de conformidad con el artículo 696 del Código Judicial, como muy atendible, dadas las condiciones de honorabilidad del profesional que la hizo; 3º Declaraciones de los señores Alfredo Rehbein Peralta y Alberto Jacobs sobre la honorabilidad del piloto y sobre su calidad de abstemio'."

Advierte, por último, el Tribunal, que los razonamientos del Juez a-quo acogidos por el superior y los que éste agrega en su refuerzo, se basan "en hechos establecidos, de los cuales resulta que la empresa obró, al realizar el viaje aéreo de que se trata en este negocio, dentro de las más exigentes normas de cuidado y prudencia —atendida la época en que ocurrió el siniestro—, en orden al cabal cumplimiento de sus obligaciones de transportador".

Tales los motivos de la decisión acusada.

IV

La demanda de casación

Acusa a la sentencia en el ámbito de la causal primera, a través de los cargos de que se hace el siguiente trasunto:

Primer cargo

Está formulado por violación indirecta de los artículos 1604, 2341, 2347 y 2356 del C. Civ., consistente en indebida aplicación del primero y falta de aplicación de los demás, a causa del error de hecho en la apreciación de la demanda y de las pruebas de estado civil que acreditan el parentesco entre los demandantes y el finado Zúñiga.

En desarrollo de este reparo, sostiene: que los demandantes no intentaron acción alguna como representantes de la sucesión de Julio Zúñiga, con fundamento en un contrato de transporte aéreo no celebrado por ellos, sino en nombre propio como directamente perjudicados por el accidente que causó la muerte de quien como esposo y padre de los peticionarios atendía a sus necesidades económicas; que la acción deducida no fue, pues, la del artículo 1604, que regula la responsabilidad contractual, sino la procedente de los artículos 2341, 2347 y 2356 en el campo de la culpa aquiliana; que esta acción fue la propuesta como principal y esotra apenas como subsidiaria; pero que el sentenciador, partiendo de la existencia del contrato de transporte aéreo celebrado entre Julio C. Zúñiga y la Scadta y apoyándose en el alegato de instancia, que como tal no es sino una pieza de mero carácter ilustrativo, "interpretó erróneamente de modo manifiesto", tanto la demanda en donde se dice que los actores obran a nombre propio, como las partidas y demás pruebas de estado civil que solamente acreditan la relación familiar entre éstos y el muerto, pero no la condición de herederos que debía probarse por otros medios; que de esta manera "se abstuvo de exigir, como debía hacerlo, la prueba de la fuerza mayor o del caso fortuito a cargo de la empresa demandada, limitándose a buscar la simple prueba de exculpación", con lo cual infringió los ya referidos preceptos del Código Civil en el sentido indicado.

Segundo cargo

Dice en su introducción que se ataca la sentencia "por ser violatoria de ley sustantiva, en cuanto violó en forma indirecta los artículos 2356, en armonía con el 2341 y el 2347 y con el último inciso del 2072, todos del Código Civil; y subsidiariamente, en cuanto violó en forma indirecta los artículos

1604, 2071, 2072, 2073 y sus concordantes del Código Civil, y de los artículos 292, 293, 295, 306, 322 numeral 4º, 329 del Código de Comercio. Violación que se produjo mediante errores de hecho en que incurrió el Tribunal en el examen de las pruebas relativas a la forma de ocurrencia del accidente, a las actividades de la empresa, sus funcionarios y dependientes, y a las llamadas pruebas de exculpación de la misma empresa demandada".

Con el intento de demostrar su acusación, despliega el recurrente una serie de observaciones y razonamientos de que se toma nota así:

a) Que el Tribunal se basó en unos certificados del Director General de Aviación del Ministerio de Guerra y del Administrador de Aeronáutica Civil del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, que respectivamente obran a los folios 36 del cuaderno principal y 98 a 100 del cuaderno número 3, para dar por demostradas las buenas condiciones de aeronavegabilidad del Von Krohn; pero que la primera de tales certificaciones solo da fe de que la aeronave había sido matriculada en la Dirección General de Aviación bajo el número 46 de 11 de marzo de 1932, es decir dos años antes de ocurrir el accidente, y que ese dato sobre matrícula es el único que reposa en los archivos de tal oficina; y que la segunda apenas acredita que la aeronave fue fabricada en los Estados Unidos en abril de 1929, que parece haber sido vendida con el mismo equipo standard cuya lista suministra la entidad certificante, que no estaba sujeta a las regulaciones de aquel país con posterioridad al mes de marzo de 1932 y que, entre los años de 1932 y 1934, la venta de aviones de ese tipo para un país extranjero, estaba o no sujeta a la aprobación del Departamento de Comercio, respecto de la navegabilidad del aparato, si el medio de exportación requería o no su funcionamiento dentro del territorio de los Estados Unidos; pero que de este documento, no podría deducirse, sino contrariando la evidencia, que el 10 de marzo de 1934, la aeronave estuviera en buenas condiciones de navegabilidad, ni que conservase la integridad del equipo correspondiente. Las pruebas que al respecto contempló el Tribunal solo pueden probar que el avión estaba en buenas condiciones el 11 de marzo de 1932.

b) Que el sentenciador no examinó las pruebas relativas al porte y uso de radio a bordo, sino que se atuvo al punto décimocuarto de los hechos de la demanda, en donde se hace referencia a los mensajes enviados desde el avión a la estación inalámbrica de Medellín, como aparecen en la escritura número 274 de 28 de marzo de 1934, de la Notaría 2ª de Barranquilla, por la cual la empresa formuló unas declaraciones. De la transcripción que de tales mensajes hace la demanda no puede deducirse que la nave hubiera usado correctamente la estación de radio a bordo. Deberían haberse producido pruebas de que por ella el piloto pidió informes meteorológicos e instrucciones precisas sobre el lugar a donde debía dirigirse en atención a las dificultades, o que se comunicó en análogo sentido con la estacion de radio de la empresa en Buenaventura. Al respecto, el acusador, haciendo argumento de la existencia de estaciones meteorológicas oficiales en Buenaventura y Andagoya y de la instalación inalámbrica a bordo del Von Krohn, deduce que el piloto pudo haberse comunicado con tales estaciones para obtener datos sobre el estado del tiempo y si le era o no posible continuar vuelo hacia el sur, buscando atmósfera despejada para lograr un aterrizaje o acuatizaje seguros. Pero, como nada de esto aparece demostrado, quiere decir que el Tribunal incurrió en error de hecho al estimar que la tripulación de la nave utilizó correctamente su equipo de radio.

c) Que el Tribunal dio por acreditada la ausencia de culpa de la empresa en lo relativo a la provisión de combustible, con base, tanto en la afirmación que hizo la parte actora, de que el vuelo duró mucho más de lo que debía normalmente durar como en unos vales traídos en copia al proceso. Pero que de la afirmación de la actora no se desprende en manera alguna que el combustible fuera suficiente para que, si el piloto encontraba dificultades para llegar al lugar de su destino, pudiera continuar volando

hasta el aeropuerto más cercano, en donde pudiera descender en condiciones de seguridad; y que los referidos "papelitos" carecen de valor probatorio, pues "no constituyen un documento privado con mérito para obrar en este juicio, ni pueden asimilarse a un testimonio; esos papelitos aparecen expedidos por entidad al parecer filial o dependiente de la misma empresa demandada y están suscritos con firmas ilegibles, es decir que no ofrecen ninguna característica de autenticidad". En uno de ellos se expresa que "por ausencia del piloto no se firmó este vale". Esos vales no permiten deducir ni que en los días 8 y 9 de marzo, fechas que rezan, se recibieron efectivamente las cantidades de combustible que ellos indican, ni que éstas se retiraron precisamente para el avión Von Krohn, ni que fueron colocadas en sus depósitos o tanques, ni que estuvieran destinadas al vuelo del 10 de marzo. Más aún: el vale numerado 495 dice "en el segundo aguatizaje", lo que demuestra que en ese día 9 de marzo la aeronave acuatizó por lo menos dos veces en Buenaventura, y que al terminar el segundo de los vuelos se le habrían puesto 400 litros de gasolina.

Por otra parte, el Tribunal ignoró otras pruebas en relación con esta materia: la contestación al hecho 12º de la demanda, de que el accidente ocurrió a las diez y cincuenta y uno de la mañana, habiendo la nave permanecido en el aire durante una hora y treinta y un minutos; la declaración de Newton Marshall que obra dentro de la copia de la escritura número 333 de 16 de abril de 1934, de la Notaría 2ª de Barranquilla, de que el avión al estrellarse o aterrizar de emergencia, no se incendió, lo que indica que en tal momento ya se había agotado la provisión de combustible; la declaración de Heinz Klein, enviado por la Scadta a inspeccionar los restos del aparato, quien dice que lo encontró con su cabina en buen estado, aunque destrozadas las alas y el tren de aterrizaje, lo que indica que a pesar del golpe violento el avión no se incendió y, por tanto, que se le había agotado la provisión de combustible; y la copia de la diligencia de matrícula del avión, según la cual éste tenía capacidad para volar seis horas continuas, y 720 kilos de capacidad de gasolina. Estas pruebas, indicativas de que el piloto hizo en la montaña un "aterrizaje forzado" y no se estrelló de improviso, concurren a demostrar que el Tribunal incurrió en error de hecho al dar por probado que el Von Krohn estaba suficientemente provisto de gasolina.

d) Procede luego el impugnante a atacar por error de derecho la apreciación de ciertas pruebas en que —dice—, se apoyó, además, el juzgador para tener por establecida "la aeronavegabilidad", en buenas condiciones, del Von Krohn, a saber: la manifestación hecha por la actora en el punto 23 de los hechos de la demanda, en donde se afirma que el siniestro no se debió a daño alguno en el aparato, y la escritura de la protesta otorgada por la empresa en relación con el accidente, en donde ésta afirmó que el avión estaba en perfectas condiciones de aeronavegabilidad.

Cuanto a lo primero, dice la censura que, tratándose de un hecho de carácter técnico, de que el declarante no puede tener razonable conocimiento, no cabe la prueba de confesión, según los artículos 605 y 613 del Código Judicial, por lo cual el sentenciador al darle mérito de tal a la referida manifestación de la actora, violó los artículos que se acaban de citar; y tocante a lo segundo, se argumenta que el Tribunal al admitir en favor de la empresa su propia declaración consignada en la escritura de protesta aludida, infringió el artículo 604 ibídem, según el cual solo es confesión "la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra".

En este punto, la acusación plantea, además, en forma condicional, un cargo por error de hecho manifiesto en relación con la apreciación de la escritura de protesta, por si ocurriera que el Tribunal encontró la prueba de la aeronavegabilidad "en la totalidad del contenido de la mencionada escritura", porque —dice el impugnante— que de ninguna de las declaraciones de esa escritura surge la comprobación de que el avión se encontraba en buen estado de navegabilidad.

e) En lo atinente a los medios en razón de los cuales el Tribunal tuvo por bien elegida por la empresa la tripulación del avión accidentado, compuesta del piloto Hans W. Geck y del mecánico Ernest Jahnke, el recurrente ataca por error de hecho la estimación que el juzgador hiciera de tales medios, a saber: un certificado del Ministerio de Guerra, Dirección General de Aviación, el testimonio del médico Max Rehbein Peralta, y las declaraciones de Alfredo Rehbein Peralta y Alberto Jacobs.

Respecto del certificado primeramente referido, se alega que éste apenas se reduce a expresar que el día 10 de marzo de 1934, los nombrados Hans W. Geck y Ernest Jahnke "ejercían los cargos de Piloto Aviador y Mecánico de Avión, respectivamente, al servicio de la sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta)", pero que no establece ni su idoneidad, ni la autorización que tuvieran para ejercer sus profesiones. De que resulta que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto al deducir de este certificado una prueba de idoneidad que no existe.

Acerca del testimonio del doctor Max Rehbein Peralta, en el que aparece que el declarante examinó repetidas veces a los señores Geck y Jahnke, conociéndolos como sobrios y abstemios y observantes de buena conducta, y encontrando que eran personas normales, sanas, sin defectos físicos ni mentales y completamente aptas para el desempeño de sus respectivas funciones de vuelo, se argumenta que estos exámenes médicos fueron practicados en los años de 1927 a 1933, como lo dice la misma declaración. Este testimonio no se refiere, pues, al estado de la tripulación para el día 10 de marzo de 1934 o en los inmediatamente anteriores; y así, aunque el Tribunal pudiera usar de la facultad que consagra el artículo 696 del C. J., incurrió en error de hecho manifiesto al encontrar probada con esta declaración semejante circunstancia.

Y en cuanto a las declaraciones de Alfredo Rehbein Peralta y Alberto Jacobs, que solo se refieren a las prendas morales y buena reputación del piloto Geck y a su carácter de abstemio, ellas no constituyen prueba de la idoneidad de los referidos piloto y mecánico, ni de que el primero hubiera obrado con diligencia para la seguridad del vuelo que, en el día del accidente, comandaba.

En gracia de discusion cabría aceptar que las pruebas contempladas por el Tribunal para afirmar la idoneidad de la tripulación, podrían resultar suficientes a efecto de comprobar que la empresa no incurrió en "culpa in eligendo"; pero como la responsabilidad de la misma continuó a través de sus operarios durante todo el vuelo, estaba obligada a probar las circunstancias de cuidado y diligencia, además de la pericia y la corrección de las maniobras. Y como así no lo hizo, quiere decir que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto en los autos, al concluir que la empresa obró dentro de las más exigentes normas de cuidado y prudencia.

f) Con el intento de desvirtuar las apreciaciones del Tribunal, que son trasunto de las del juez **a-quo**, acerca de las circunstancias y posibles motivos del accidente, el impugnante pasa a ocuparse de las declaraciones que informan la protesta formulada por la Scadta a raíz de la catástrofe, bajo la escritura número 274 de 28 de marzo de 1934, de la Notaría 2ª de Barranquilla (Fls. 27 a 32 C. 1º) y su ampliación contenida en la escritura número 333 de 16 de abril de 1934, de la misma Notaría (Fls. 33 a 35 ibíd.), acerca de lo cual dice que "el Tribunal no examinó realmente esta prueba de singular y extraordinaria importancia, para determinar con acierto la conducta de la empresa (es decir de su órgano, el piloto) durante el desarrollo del vuelo", por lo cual alega que "no habiendo estudiado la aludida prueba, para deducir de ella sus consideraciones lógicas, el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto, y cometió el mismo error cuando no relacionó tales documentos con otra prueba que presentó también la parte demandada y que obra a los folios 57 y 58 del cuaderno número 4: el documento expedido por la Oficina de Longitudes y Fronteras del Ministerio de Relaciones Exteriores, junto con el plano señalado de la región por la cual transcurrió el

vuelo y donde se produjo el accidente". Anota que en el punto segundo de la citada escritura número 274, la empresa relata minuciosamente tanto los mensajes telegráficos enviados desde el avión, como las indagaciones hechas en la región para determinar el curso del vuelo; que la declaración del sobreviviente Marshall protocolizada bajo la escritura número 333 da cuenta de que, desde la salida, la atmósfera estaba muy nublada y que después de algún tiempo de vuelo el avión comenzó a describir grandes círculos, luego de lo cual voló hacia el sur y comenzó a descender; que en el plano referido pueden seguirse los recorridos que hizo el avión, según la información dada por la empresa en su escritura de protesta; y que el documento del folio 7 del cuaderno principal, en que se contiene el testimonio de Heinz Klein, como enviado de la Scadta para inspeccionar los restos de la aeronave, relacionado con la misma escritura y con el dicho plano de la oficina de Longitudes, permite determinar el sitio donde cayó el aparato. Como resultado del estudio que el acusador hace de las pruebas en referencia, propone una serie de conclusiones, a saber: 1) que las condiciones de nubosidad no fueron imprevistas ni imprevisibles, puesto que a la salida de Quibdó el avión hubo de ascender bastante por esa causa; 2) que el piloto tuvo visibilidad horizontal durante la mayor parte del vuelo, y en algunos trayectos visibilidad vertical; 3) que perdió su rumbo después de los primeros veinte minutos de vuelo; 4) que, luego, dio en tomar rumbos distintos, describiendo grandes círculos, hasta que, descendiendo más o menos por la serranía de los Paraguas, y agotado su combustible, buscó el aterrizaje de emergencia en las proximidades del río Sípi, todo lo cual indica un grave error de conducta de la empresa, tanto cuando despachó el avión bajo deficientes condiciones atmosféricas, como cuando el piloto sin tener certeza de la ruta que llevaba, trató de localizar a Cartago, volando ciego entre montañas

De todo lo cual deduce el recurrente que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho al tener por demostrada la inculpabilidad de la empresa, sin considerar las pruebas citadas por el recurrente que, según éste, acreditan que ella "incurrió en imprudencia culpable y en errores de conducta también culpables debido a los cuales no pudo evitarse el accidente".

g) Procede finalmente a hacerle a la sentencia las siguientes imputaciones:

Error de hecho, cuando afirma que el pasajero Zúñiga asumió los riesgos del aire, con base en un contrato de que no hay pruebas, pues los tiquetes de vuelo aducidos por la empresa corresponden a otras fechas y otros vuelos y aun a otras empresas; pero que, de haberse producido la prueba, el juzgador habría incurrido en error de derecho, al concederle mérito probatorio a la cláusula limitativa de responsabilidad, con violación del artículo 329 del C. de Co., cláusula que de todos modos solo podría haberse alegado contra Julio C. Zúñiga o contra su sucesion, que no son parte en este juicio;

Error de hecho, al afirmar que la línea Quibdó-Cartago fue suspendida por la empresa en consideración a razones económicas, sin prueba alguna que permita hacer semejante aseveración, cuando, en cambio, fue aceptado por la empresa, en su contestación al hecho 26 de la demanda, que se suprimió esa ruta;

Error de hecho por ignorar que la empresa, al contestar los puntos 32, 33, 34, 35, 38 y 39 de la demanda, aceptó haber pagado durante más de cuatro años a la señora Josefina Conde de Zúñiga, en razón de la muerte de su esposo en el siniestro, una pensión bajo el simulacro de sobresueldo para el agente de la empresa en Quibdó, pensión que se pagó de manera oculta para evadir el reconocimiento de responsabilidad, y la cual contestacion constituye confesión judicial a términos del artículo 607 inc. 2º del C. J., de modo que, al haberla tomado en cuenta el sentenciador, hubiera encontrado en ella un principio de reconocimiento de esa responsabilidad; y

En fin, error de hecho, cuando sin examinar las pruebas relacionadas en este cargo, estimó que la empresa se había exonerado de la presunción de culpa en relación con el accidente aéreo de que se trata.

Concluye, pues, este capítulo de la acusación, afirmando que, a virtud de los yerros de apreciación probatoria alegados, el Tribunal violó en forma indirecta los artículos 2347 y 2356, en armonía con el 2341 y con el último inciso del 2072, todos del Código Civil, preceptos que, de no haber incurrido en aquellos errores, habría aplicado al caso del pleito, para condenar a la entidad demandada a la indemnización de los perjuicios que causó a los demandantes.

Subsidiariamente y para "el evento de que se insistiera en la tesis de que la acción contractual excluye la acción extracontractual", agrega que los mismos errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación probatoria, lo llevaron a violar las disposiciones que también subsidiariamente se citaron en la enunciación del cargo, relacionadas con las obligaciones y responsabilidades del transportador en desarrollo del contrato de transporte, disposiciones según las cuales aquél responde por los daños causados a sus pasajeros por deficiencias del carruaje o por errores de sus conductores y dependientes, tiene a su cargo la prueba de la inculpabilidad, y no está exento de responsabilidad, ni siquiera frente a la fuerza mayor o al caso fortuito, si podía evitarlos.

Tercer cargo

Propuesto por violación directa del artículo 2356 del Código Civil, su contenido argumental se identifica con el razonamiento que inspira el cargo primero. Reitera, pues, el impugnante, la imputación de que el Tribunal desechó la acción de responsabilidad extracontractual principalmente propuesta, para decidir el litigio en la órbita de la responsabilidad contractual e, infringiendo por falta de aplicación el precepto sustantivo últimamente citado, eximir a la compañía demandada de la necesidad jurídica de probar, como agente de una actividad peligrosa, no ya la fuerza mayor o caso fortuito, pero ni siquiera el hecho de que ella adoptó todos los cuidados y precauciones indispensables para evitar el accidente. A propósito, el acusador da por reproducidas en este capítulo las argumentaciones desplegadas con ocasión del primer cargo.

V

El alegato de oposición

El mandatario de la entidad opositora, en su contestación al libelo del recurso, luego de hacer transcripciones de la jurisprudencia de la Corte relacionadas con puntos sustanciales de la materia ventilada y de manifestar su desacuerdo con los conceptos del recurrente que puedan perjudicar a la empresa, contenidos en la relación de antecedentes, se refiere al fondo del asunto para propugnar la confirmación del fallo recurrido, y a este fin hace, entre otras, las siguientes afirmaciones:

Que, aunque en este litigio se hubiese pretendido acumular en forma subordinada dos acciones: la extracontractual y la contractual, ello no es posible por ser incompatibles, en razón de tratarse de responsabilidad contractual y extracontractual por un mismo hecho culposo, y que, siendo ello así, el juzgador interpretó acertadamente la demanda al darle evasión por el cauce de la responsabilidad contractual, interpretación con que coinciden las aseveraciones del apoderado de la demandante, hechas sobre el particular, en su alegato de primera instancia;

Que, como la actora en la enunciación del hecho 23 de la demanda afirma que "el siniestro del Von Krohn no se debió tampoco a daño alguno en el aparato", lo que fue aceptado por la empresa en su contestación al respecto, quiere decir que "en este juicio no se debate lo relacionado con las buenas condiciones de aeronavegabilidad en que se encontraba el Von Krohn, pues se trata de algo que fue excluído expresamente del juicio por los demandantes" y que se pretende plantear solamente ahora

en la demanda de casación, siendo a todas luces improcedente; y

Que de todo el abundante acervo probatorio aducido por la demandada al juicio, —la reseña explicada del cual hecha en su alegato de primera instancia reproduce ahora—, "resulta que la empresa demandada obró, al realizar el viaje aéreo de que se trata en este negocio, dentro de las más exigentes normas de cuidado y prudencia —atendida la época en que ocurrió el siniestro— en orden al cabal cumplimiento de sus obligaciones de transportador, razones por las cuales es procedente el fallo absolutorio".

Consideraciones de la Corte

Cargos primero y tercero

1. Ambos tienen por finalidad única, la de atacar la sentencia recurrida en cuanto decidió el litigio en la esfera de la responsabilidad **ex contractu**, prescindiendo de la acción sobre culpa aquiliana, que se propuso como principal. Solo que la razón del primer cargo se hace consistir en error de hecho en la interpretación de la demanda, al paso que el segundo es un ataque por quebranto directo del Art. 2356 del C. Civ., en el aspecto de su no aplicación al caso del pleito.

2. Si bien el pronunciamiento de segundo grado se limitó a confirmar el del juez a-quo, cuya parte resolutiva expresa absolver a la compañía demandada de todos los cargos del libelo, sin distinguir entre la acción principal y la subsidiaria, es lo cierto que la motivación del proveído bajo recurso predica exclusión de la responsabilidad extracontractual, tanto por considerar el juzgador que, no obstante la forma de la demanda, en que parece accionarse con base en una y otra responsabilidad, ella se enderezó por los cauces de la acción nacida del contrato de transporte aéreo celebrado entre la empresa y el finado Julio C. Zúñiga, como por estimar que la acumulación de estas dos especies de responsabilidad es "sistema híbrido que ha merecido el rechazo de los administradores de justicia".

3. Dada la censura, dirigida a una misma meta por dos caminos diferentes, bástale a la Corte ocuparse del punto de vista jurídico en que los dichos reparos se polarizan, por encontrarlo acertado, aunque sin poder bastante para acarrear la quiebra de la sentencia, como se vera luego, mas dando ocasión para hacerle a ésta la pertinente rectificación doctrinal.

4. Es evidente que en su demanda, los actores propusieron en primer término, como principal, la súplica de que se condenase a la compañía a pagarles los perjuicios que —dice— les causó el siniestro de la aeronave Von Krohn, es decir los daños que personalmente hubieran sufrido como terceros por esta causa; y, en subsidio, formularon las peticiones relativas a la violación que imputan a la compañía demandada, del contrato de transporte ajustado entre ésta y el referido Julio Zúñiga, y al pago de los perjuicios consiguientes a la infracción del mismo contrato. Y también es cierto que, tanto en la relación de los hechos informativos de la **causa petendi**, como en la invocación de los preceptos de derecho sustancial sustentatorios del **petitum**, juegan elementos convenientemente estructurales de una y otra acción.

5. No obstante lo cual, el Tribunal supuso que debía dar a esta demanda el mismo tratamiento que a la que hubiera interpuesto, en caso de haber sobrevivido al accidente, el pasajero mismo, como ocurrió en la especie de que hubo de ocuparse la sentencia de casación de 15 de mayo de 1946 (LX, 2032/33, Págs. 341 a 448).

Resulta claro que, cuando es el propio transportador quien entabla la acción por los perjuicios que le hubiera causado el siniestro, estando él ligado con la empresa demandada por el contrato de transporte, no puede situar su acción por fuera de la órbita contractual, para pretender la indemnización del daño resultante del quebranto del convenio, mediante la aplicación de las normas reguladoras de la acción por culpa extracontractual. Dado el contrato, todos los efectos de su incumplimiento por cualquiera de las partes quedan sometidos

a la aplicación de la ley del mismo y, por lo tanto, entre las propias partes, la responsabilidad ex contractu excluye en principio a la aquiliana. Se impone en tal hipótesis, como conclusión lógica, que el transportado no pueda optar entre las dos acciones, ni, por lo tanto, acumulándolas en forma eventual, subordinar una de ellas al insuceso de la otra, pues que tal opción no le asiste, desde luego que carece de la acción de responsabilidad extracontractual.

6. Pero no es ésta la obligada posición jurídica de los sucesores del pasajero, víctima del accidente ocurrido en el desarrollo del contrato de transporte, porque, si ellos hubieren sufrido perjuicios personales por causa del accidente, entonces, habiéndose de considerar como terceros a este respecto, bien pueden elegir entre su acción por los perjuicios propios, que sería necesariamente la aquiliana, y la heredada del causante, como sucesores de éste, que sería la contractual. Lo que no pueden hacer es acumularlas en forma simple, para pretender una doble indemnización por el mismo motivo.

7. Tal es el término a que arriba la doctrina jurisprudencial consagrada en sentencias de casación de esta Corte, tales como las de fechas 12 de agosto de 1948 (LXIV, 2064/65, Págs. 695 a 700), 23 de abril de 1954 (LXXVII, 2140, Págs. 408 a 415), 23 de noviembre de 1954 (LXXIX, 2151, Págs. 662 a 674) y 27 de septiembre de 1955 (LXXXI, 2157/58, Págs. 164 a 187), en la última de las cuales se expresa lo siguiente:

"Un mismo hecho puede proyectarse, en un primer plano, sobre las relaciones contractuales existentes entre el autor y la víctima, por significar incumplimiento de obligaciones; y en un segundo plano, sobre quienes, sin vínculo contractual con el autor, golpea ese hecho irrogándoles perjuicio. Por esto, un mismo acto puede generar acciones tanto en el campo de la responsabilidad contractual, como en el de la responsabilidad extracontractual o aquiliana...

"Es obvio que la acción nacida del contrato no puede ser ejercida sino por los contratantes o sus causahabientes; los demás perjudicados pueden, en cambio, protegerse con la acción originada en este mismo hecho, mirado, no a través de un vínculo convencional, que no toca con ellos, sino de una relación ocasional ilícita.

"Como los causahabientes pueden haber sufrido daño directo, tienen acción personal autónoma, para demandar por él, de manera que puede ocurrir que tengan las dos acciones. Según doctrina que ha venido abriéndose paso en un agitado y aún no clausurado debate, el sucesor universal del pasajero muerto en accidente, puede elegir entre la acción nacida del contrato, por la culpa contractual —acción heredada—, y la originada del mismo hecho, visto aisladamente, sin conexión con el contrato, como simple culpa delictual, acción no heredada. Este derecho de opción beneficia notoriamente al causahabiente, porque le permite escoger la acción que le sea más útil, con base en las diferencias entre una y otra. La jurisprudencia nacional autoriza al heredero, para ejercer una u otra acción, según sus conveniencias y posibilidades legales, pero no para hacerse indemnizar doblemente, acumulándolas".

Sobre esto último, ya había recordado la Corte en su citado fallo de casación de 12 de agosto de 1948, que "lo que es improcedente es la acumulación y yuxtaposición de estas dos acciones diferenciadas de responsabilidad, porque de ese modo se llegaría a una injusta e injurídica dualidad en la reparación del perjuicio".

Haciendo la distinción práctica en el ejercicio de las dos acciones, en punto de transportes, dijo la sentencia de 23 de abril de 1954, en texto reiterado por la de 27 de septiembre de 1955, ya citadas y relativas ambas a casos en que se ventiló la responsabilidad de empresarios públicos de transportes, lo siguiente:

"Cuando el demandante obra como sucesor del pasajero fallecido, ejercita la acción por responsabilidad contractual. Tendrá que acreditar su condición de heredero ab intestato o testamentario. Le bastará demostrar la existencia del contrato de transporte y

el monto de los perjuicios irrogados a su causante; y el demandado para exonerarse de responsabilidad deberá probar su inculpabilidad. El transportador responderá de la culpa grave y leve, pero no de la levísima (C. de Co., artículo 306). El transportador demandado podrá invocar en su favor las cláusulas de irresponsabilidad válidamente pactadas con el causante. La indemnización es un bien sucesoral y deberá distribuirse entre los herederos a prorrata de sus cuotas.

"En cambio, cuando el demandante invoca el daño sufrido personalmente, la acción que ejercita es por responsabilidad extracontractual. El daño que se le ha irrogado no es por la violación de una obligación convencional. Fundará su demanda en la presuncion de culpa consagrada en el inciso primero del artículo 2356 del Código Civil; deberá probar los perjuicios morales y materiales sufridos personalmente y la relación de causalidad entre la culpa y el daño. No necesitará acreditar su condición de heredero, ni el daño irrogado a su causante. El empresario del transporte responderá hasta de la culpa levísima: **in lege aquilia et levissima culpa venit.** El demandado no podrá oponerle las cláusulas de irresponsabilidad válidamente pactadas con el difunto, pues el demandante actúa fuera del contrato. El monto de la indemnización le pertenecerá en su totalidad y si la acción ha sido promovida por varias personas la sentencia debe señalar lo que corresponda a cada uno proporcionalmente al daño individual. La indemnización en este caso no es bien herencial. Habrá lugar a compensación de culpas, de acuerdo con el artículo 2357 del C. C.".

8. Todo lo hasta aquí expuesto significa que, en presencia de la demanda de la viuda e hijos de Julio C. Zúñiga, en que se propuso de preferencia la acción extracontractual y solo subsidiariamente la contractual, el Tribunal desacertó en materia jurídica, al conceptuar que la última desalojaba a la primera, que no pudo ser ejercitada por los actores.

Pero este yerro jurídico, que ha dado lugar a que se le haga al fallo recurrido la correspondiente rectificación de doctrina, no es por sí solo suficiente a ocasionar la casación del fallo, desde luego que, bajo el tratamiento que la acción se merece, en la órbita de la responsabilidad aquiliana, y más precisamente dentro del radio de aplicación del artículo 2356 del C. Civ. en relación con las actividades peligrosas, se presenta acreditada en pro de la demandada una de las causales de exculpación en la materia, como se verá en el estudio del capítulo segundo de la censura.

Cargo segundo

9. Ubicada la cuestión litigiosa en el campo de la responsabilidad extracontractual, es indiscutible que su tratamiento se coloca bajo el imperio del artículo 2356 del C. Civ., como norma rectora de esta especie de responsabilidad en punto de actividades peligrosas. Por lo tanto, será bajo la orientación de esta pauta como se haga el estudio de los ataques hechos a la sentencia recurrida en el segundo capítulo de la censura.

10. Si por actividades peligrosas se entienden todas aquéllas que el hombre realiza mediante el empleo de cosas o energías susceptibles de causar daños a terceros, es evidente que la aviacion constituye un ejemplo perfecto de este orden de actividades.

Ahora bien: como lo enseña la doctrina jurisprudencial, cuandoquiera que, por fuera de toda vinculación contractual, se infiere daño a otro por causa del ejercicio de actividades peligrosas, se presume, a virtud de lo dispuesto en el citado artículo 2356, la culpa del agente, quien solo podría desvirtuar tal presunción, y por lo mismo exonerarse de responsabilidad, probando uno de estos tres extremos: el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima (Cas. 23 abril 1954, LXXVII, 2140, Pág. 413; 30 de marzo 1955, LXXIX, 2151, Pág. 823; y 30 de junio 1962, esta última en el juicio de Reinaldo Tinjacá y otro contra el Municipio de Bogotá, D. E., aún no publicada en la Gaceta Judicial).

11. En el caso del litigio, la compañía demandada ha invocado ciertamente el prime-

ro de estos medios de defensa, en razón del fenómeno atmosférico en cuyo medio acaeció el desastre de la aeronave "Von Krohn".

12. Bien sabido es que la fuerza mayor o caso fortuito consiste en el acontecimiento imprevisible e irresistible que impide a una persona cumplir su obligación, ya contractual, ya legal como es la de no dañar injustamente a otro: alteri non laedere.

Tiénese, así, como características estructurales de la fuerza mayor o caso fortuito, a imprevisibilidad y la irresistibilidad del suceso (Art. 1º Ley 95 de 1890), con las cuales concurre para fundar la exoneración del demandado la condición consistente en la inimputabilidad.

13. La imprevisibilidad, como su nombre lo indica, estriba en que no haya habido razón particular para pensar que el acontecimiento se produciría. Es característica que se predica cuando, con arreglo a la experiencia común, no se prevé o espera el suceso. Supone, pues, una ocurrencia de una importancia superior a las que suceden en el curso ordinario de la vida.

14. La irresistibilidad implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho, para eludir sus efectos. La conducta del demandado se legitima ante el imperativo de justicia que se expresa diciendo: ad impossibilia nemo tenetur.

Tratándose de los fenómenos meteorológicos, como la lluvia, la bruma, el viento, la tempestad, ellos no se convierten en casos fortuitos, sino cuando por su intensidad y su fuerza excesiva salen del curso acostumbrado de la naturaleza, haciéndose invencibles y traicionando entonces la humana previsión.

15. Desde luego, los dos factores de que se acaba de hablar: imprevisibilidad e irresistibilidad, están en función directa de la ausencia de culpa en el demandado, frente al suceso que causa la imposibilidad absoluta de cumplir o el inevitable daño. Porque es evidente que si el acontecimiento pudo ser previsto y no lo fue, o pudo ser superado pero se lo dejó prevalecer, entonces emerge de bulto la culpabilidad del demandado o agente, por no haber puesto la plenitud de su diligencia, ya en prever el caso, para no afrontarlo, ya en apercibirse a la defensa para resistir a él y evitar sus consecuencias.

Vése, pues, cómo dentro de los factores de la imprevisibilidad y la irresistibilidad, en cuanto implican carencia de culpa en el demandado, se origina el de la inimputabilidad en su aspecto primario, concepto éste que se hace completo cuando aparece que el caso no sobrevino por culpa del demandado, ni —si se trata de obligación contractual— dentro de la mora del mismo (Art. 1604 C. Civ.). Vale decir que la inimputabilidad consiste en la ausencia de culpa en el demandado, tanto anterior, como coetánea al hecho que se indica cual de fuerza mayor.

16. Afirmados estos principios, será con relación a los mismos como hayan de ventilarse las tachas integrantes del capítulo de la demanda de casación intitulado "cargo segundo", lo que permitirá determinar si se halla, sí o no, acreditado el caso de fuerza mayor o fortuito, exonerativo de la responsabilidad de la compañía demandada.

El arrebato meteorológico en que el avión "Von Krohn" fue envuelto, está demostrado sencillamente con la protesta que, a raíz del suceso y acerca del mismo, otorgó la Scadta por medio de la escritura número 274 de 28 de marzo de 1934, de la Notaría 2ª de Barranquilla, cuya versión sobre las circunstancias en que se produjo el accidente, no desvirtuada por el testimonio del único sobreviviente del desastre, Newton O. Marshall, fue virtual y aun explícitamente acogida por la parte actora en los hechos 12 a 16 de la demanda incoativa del juicio.

Es oportuno resaltar los siguientes pasajes del texto de la citada protesta de la compañía: "El avión 'Von Krohn' salió el sábado diez (10) de marzo de mil novecientos treinta y cuatro (1934), en la mañana, a las nueve y veinte (9:20) de Quibdó, conducido por el señor Hans Walter Geck como piloto, efectuando el vuelo de itinerario con destino a Cartago. El primer mensaje inalámbrico

fue enviado desde el avión a las nueve y veintiséis (9:26) y decía lo siguiente: 'Von Krohn salió de Quibdó 9:20, 3 pasajeros'. Este mensaje fue recibido por la estación inalámbrica de la Scadta en Medellín. Al tiempo de salida de Quibdó las condiciones atmosféricas eran buenas y bueno igualmente el estado del avión... El segundo mensaje inalámbrico del Von Krohn fue enviado a las 9:40, y dice: 'Imposible determinar posición, 10.000 pies de altura, curso 150 grados, volando sobre nubes'... A las diez a.m. (10 a.m.) se transmitió el siguiente mensaje inalámbrico: 'Estamos volando aún sobre espesas capas de nubes, presumo estar sobre el Valle del Cauca, el avión está en perfecto estado'. Otra vez, a las diez y diez y ocho (10:18) el avión envió su cuarto mensaje que dice: 'Avión en perfectas condiciones, podemos bajar atravesando las nubes'...; este mensaje (el quinto) que fue enviado a las diez y treinta y ocho (10:38) dice: 'Aun no hemos localizado Cartago'... A las diez y cincuenta y uno (10:51), el Von Krohn envió su último mensaje que dice: '¡Atención! Estamos volando ciegos entre las montañas, conserven la comunicación con nosotros'. La estación radiotelegráfica de Medellín contestó: 'Muy bien, conservaremos comunicación constante'. Entonces el radio del avión dio la señal 'V'... cuatro veces consecutivas... Después de la cuarta V', se transmitió la palabra 'lluvia', y luego la llamada con la 'V'. Después de la tercera 'V' de la nueva serie, la conexión inalámbrica se rompió repentinamente..."

Corroborante de lo expuesto es la declaración que sobre el accidente rindiera el sobreviviente Newton C. Marshall, protocolizada bajo la escritura número 333 de 16 de abril de 1934, de la citada Notaría, a que también se acoge el libelo de demanda, y que en lo pertinente dice: "Salimos de Quibdó a las nueve y veinte con los pasajeros Julio Zúñiga y A. Notz. Hubo necesidad de ascender bastante sobre las nubes (no determina en qué momento) por razón de que estaba muy nublado. A esta altura estuvo volando el avión, sin que pueda precisar el tiempo que volaba directo, hasta que observé que el avión empezaba a dar vueltas circulares por lo cual supuse que el avión preparaba el modo de aterrizar sin que sospechara o se notara nada anormal en el aparato. Se notó que pronto el avión dejó de dar vueltas y tomó la dirección Sur, descendiendo con menor velocidad porque mermó la fuerza de los motores, según pude observarlo. Por la oscuridad que presentaba la neblina no se pudo observar tierra ni montaña. De una manera súbita y cuando creía que iba a aterrizar el 'Von Krohn' perdí el conocimiento".

Ciertamente, el referido fenómeno atmosférico, en su objetividad misma, desde el punto de vista de la prepotencia ocasional de la naturaleza física sobre las limitaciones de la condición humana, ofrece toda la semblanza de una fuerza mayor o caso fortuito, que para serlo con eficacia jurídica, es decir, con poder eliminatorio de la responsabilidad de la compañía demandada, tendría que estar libre de la incidencia de culpa de parte de ésta, por modo que pueda predicarse su **inimputabilidad.**

Y es con la mira de hacer que se deseche este posible, como el impugnante en casación ha formulado, contra la sentencia recurrida, sus censuras por errores en la apreciación de las pruebas con que resultaría acreditada la inculpabilidad de la Scadta. Pásase, pues, a ver la materia de cada uno de tales reparos, los que en la reseña que de los mismos se hizo atrás aparecen ordenados bajo las letras a), b), c), d), e), f) y g), que servirán para referir a ellos las consideraciones respectivas.

17. a) No cometió el sentenciador error de hecho evidente al invocar, como argumento de la aeronavegabilidad del "Von Krohn" para el 10 de marzo de 1934, tanto la certificación del Administrador de Aeronáutica Civil del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, acerca de haber sido el aparato fabricado allí en abril de 1929 y vendido luego, al parecer, con el respectivo equipo "standard", como el certificado de la Dirección General de Aviación de Colombia sobre su matrícula, efectuada el 11 de marzo de 1932, porque el juzgador no vio esos documentos de modo distinto a como existen en el proceso, sino que se limi-

tó a sacar de ellos una inferencia que no contradice la lógica: la de la aeronavegabilidad del avión, inferencia que confirma el hecho 23 de la demanda inicial del litigio, en donde la propia actora manifiesta que el siniestro no se debió a daño alguno en el aparato. Lo que reitera la entidad demandada, en su contestación a este punto, cuando dice: "Acepto que la aeronave al iniciar el vuelo y hasta el momento del accidente se encontraba en perfectas condiciones de navegabilidad", afirmación esta que coincide con la formulada sobre el particular por la misma compañía, en los términos de su protesta acerca del suceso.

18. Como bajo la censura referida en el ordinal d), el impugnante tilda de violatorio de los artículos 604, 613 y 605 del C. J., el acogimiento dispensado por el sentenciador a aquellas afirmaciones de las partes sobre el buen estado del avión, es el caso de observar lo siguiente:

Cuando el artículo 605 requiere para la validez de la confesión que "la ley no exija para el caso otro medio de prueba", supone una de dos cosas: o bien que no esté prohibida la confesión, como ocurre en las hipótesis de los artículos 202, 1795 y 2505 del C. Civ., o bien que no se exija por la misma ley, para determinada situación, una prueba específica, excluyente de esotra, como sucede con los actos de solemnidad escriturara (Arts. 1070, 1080 y 2577 ibíd.). De resto, la confesión de parte, como probatio probatissima, exime de la necesidad de cualquiera otro medio.

Desde luego, para que la confesión sea eficaz, debe ser consciente; pero esa conciencia no se confina únicamente a los hechos personales del declarante, sino que puede existir respecto de los no personales pero de que se tiene conocimiento, como lo predica, en punto de absolución de posiciones, el artículo 613 del C. J.

Claro es que, tratándose de la demostración de un hecho técnico sobre que las partes discrepan, la prueba pertinente es la pericial; pero ésta se hace innecesaria desde el momento mismo en que los litigantes están de acuerdo en el hecho de que se trata. Lo cual corresponde al principio de orden y economía procesal de que la conformidad de las partes en los hechos excusa el debate probatorio (Arts. 225, 744 y 767 C. J.), a menos que se trate de cuestiones en que tal conformidad no quepa por tener que ser establecidas mediante una prueba específica insustituíble.

19. Quiere ello decir que, en el caso del pleito, la afirmación de no haberse debido el accidente a mal estado del avión, consignada en el hecho 23 de la demanda y aceptada formalmente por la demandada en su respuesta, sobrepasa el significado de una simple confesión, para asumir la categoría trascendente de elemento integrativo de la relación jurídico-procesal. Esto es, que el litigio se trabó, partiendo, entre otros, de este hecho básico, puesto fuera de controversia, sin que, por lo tanto, le sea dado desconocer este supuesto, ni a la actora, ni al juzgador.

Por este aspecto, no violó, pues, el sentenciador, texto alguno de la ley de pruebas, ni erró en manera alguna, al afirmar que "la aeronavegabilidad, en buenas condiciones, del 'Von Krohn' constituye, pues, una realidad procesal".

20. b) Es infundado el reparo de que el Tribunal incurrio en error de hecho, al estimar que la tripulación de la nave utilizó correctamente su equipo de radio.

Si desde el punto de vista de la técnica de casación, carece de forma el cargo, porque toda censura por error de hecho debe referirse, no a las conclusiones que de las pruebas haya deducido el juzgador, —operación crítica en que éste goza de la autonomía que le es propia, solo desquiciable por una contraevidencia patente—, sino al yerro que sobre la objetividad misma de los medios probatorios se pretenda imputarle, ya por haber tenido como existentes los que no figuran en el proceso, ora por haber ignorado los que sí obran en éste, y en cuanto ello trascienda a la decisión de la causa, resulta que el reparo que aquí se contempla no se compadece con la acreditada realidad.

Porque, los mensajes radiales enviados desde el avión, durante el curso de su vuelo, a la estación inalámbrica de Medellín, con la cual se puso en contacto, —mensajes a que se remite la protesta de la empresa y que la actora reprodujo en gran parte en los hechos de la demanda—, son por sí mismos irrefragable testimonio de que la tripulación hizo buen uso del radio a bordo, comunicándose con Medellín, punto mucho menos distante que Buenaventura. Y ¿qué otra cosa podrían significar todas esas comunicaciones en que se daba cuenta de las peripecias del vuelo, sino una impetración de instrucciones, dentro de las restringidas posibilidades de la técnica de entonces, para salir de la emergencia? De otro lado, no hay prueba de que, en el mes de marzo de 1934, existiera en Andagoya estación inalámbrica alguna para información meteorológica de aviones.

La conclusión, pues, de que los pilotos hicieron el uso adecuado del equipo de radio es otra de las evidencias del juicio.

21. c) El ataque en relación con los medios en cuya virtud el Tribunal tuvo por acreditada la ausencia de culpa de la empresa en punto de provisión de combustible, se desvanece ante las siguientes consideraciones:

En lo tocante con los recibos de combustible que aparecen en copia auténtica al folio 16 vuelto del cuaderno número 3 y cuya aducción fue decretada dentro del término de prueba de la primera instancia, a solicitud de la parte demandada, con citación de la actora, no cabe desconceptuarlos en casación como lo pretende el recurrente, por no haber sido atacados en ninguna de las instancias. Por lo demás, si se para la atención en estos recibos, se observa que aun el que se dice no firmado por ausencia del piloto aparece sin embargo suscrito con firma ilegible y que de ellos resulta que entre los días 8 y 9 de marzo de 1934, vísperas del vuelo trágico, se recibieron para el "Von Krohn" 1.400 litros de gasolina.

22. Ni está demostrada la ignorancia que el recurrente le imputa al sentenciador, tanto de la contestación de la empresa al hecho 12 de la demanda, contestación según la cual "la aeronave permaneció en el aire una hora treinta y un minutos", como de la declaración de Newton Marshall protocolizada bajo la escritura número 333 de 16 de abril de 1934, acerca de que el avión al estrellarse y aterrizar no se incendio, y también de la declaración de Heinz Klein de haber encontrado los restos del aparato con su cabina en buen estado, de todo lo cual pretende el acusador deducir insuficiencia en el aprovisionamiento de la esencia motriz, que impidió al aparato sostenerse por más tiempo en el espacio, porque bien sabido es que no se presume la ignorancia de las pruebas por el fallador, cuando su decisión es congruente con lo que ellas demuestran. En el caso, los hechos 12 y 17 de la demanda expresan que el vuelo duró cerca de dos horas, y el 18 afirma que el accidente del "Von Krohn" se produjo "una hora después de la hora en que debió haber llegado a Cartago", si bien para la empresa el accidente se produjo una hora y treinta y un minutos después de la partida, esto es luego del último de los mensajes radiados desde la nave. Todo ello evidencia que el aparato llevaba provisión de combustible suficiente para arribar al lugar de su destino oportunamente y aun más, pues que permaneció operando en el aire en lucha contra la cerrazón, por más de media hora, por lo menos, después de la en que debió de haber llegado al término de su viaje.

Ni es argumento concluyente de la falta de gasolina, el de que la aeronave, al estrellarse, no se hubiera incendiado, lo que bien pudo obedecer, no al agotamiento del combustible, sino a la incidencia de cualquier otro factor, físico o humano, impeditivo de la explosión, como lo hubiera sido una hábil maniobra del piloto.

No cometió, pues, el juzgador error alguno de hecho en la ponderación de las pruebas de que en este punto se trata. Antes bien, lo expuesto verifica como acertada su conclusión acerca de la ausencia de culpa de la Scadta en lo concerniente a la dotación de combustible a la nave.

23. d) Los reparos por error de derecho cuya reseña se hizo bajo esta letra ordinal en la exposición de la censura, ya fueron estudiados simultáneamente con los del ordinal a).

24. e) Es innocuo el ataque por error de hecho contra la apreciación que el Tribunal hiciera de los medios en razón de los cuales tuvo por establecida la idoneidad del piloto y del mecánico de la aeronave y acreditada, en consecuencia, la buena elección de los mismos por parte de la empresa.

Fuera de que no aparece que el Tribunal viera esos elementos probatorios de modo distinto a como se ostentan en el proceso, no resulta que las conclusiones de ellos obtenidas sean ilógicas o arbitrarias. Por el contrario, se ajustan a los dictados de una crítica racional:

Porque, el certificado del Ministerio de Guerra, Dirección General de Aviación, acerca de que en sus archivos "hay constancia oficial de que en el mes de marzo de mil novecientos treinta y cuatro y de manera precisa el día diez de ese mismo mes y año, los señores Hans W. Geck y Ernest Jahnke ejercían los cargos de Piloto Aviador y Mecánico de Avión respectivamente al servicio de la Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta)" —Fl. 17 C. 3—, significa que los mencionados técnicos no podían estar oficialmente registrados como tales, ni desempeñar sus funciones, sin estar provistos del certificado de aptitud que exigía el artículo 9º del Decreto 599 de 1920 (marzo 15), hasta entonces imperante y sustituído por el Decreto 66 de 1934 (enero 12), cuyo artículo 27 reiteró tan elemental exigencia;

Porque, el testimonio del doctor Max Rehbein Peralta, rendido en su condición de médico (Fls. 83v. y 94 C. 3), da fe de que el deponente, como tal médico, examinó "personal y directamente" a los señores Geck y Jahnke, encontrando, "como resultado de los repetidos exámenes, que estos dos señores eran personas completamente aptas para el desempeño de sus respectivas funciones, como personal de vuelo de la sociedad demandada" y que "eran personas normales, sanas y sin defectos físicos mentales". A lo que agrega que, por el trato que con ellos tuvo, le consta que "fueron excelentes caballeros, que observaron buena conducta, y que eran generalmente sobrios y en particular abstemios". Y respondiendo a las cuestiones que de modo especial se le propusieron respecto del piloto Geck, expresa el declarante que lo examinó periódica y habitualmente y "comprobó que su estado físico y mental era completamente bueno para ejercer la profesión de piloto aviador para transportes públicos", habiéndolo examinado por última vez el día 8 de diciembre de 1933, en que lo halló "completamente sano y apto para el servicio de piloto aéreo". Ciertamente, este testimonio del doctor Rehbein Peralta, por las condiciones del declarante y por la sinceridad y claridad de su exposición, bien pudo ser acogido por el Tribunal, con arreglo a la norma del artículo 696 del C. J., como prueba de la aptitud física y mental de los tripulantes. Solo que, para el recurrente, esa aptitud no podía ser referida sino a los años de 1927 a 1933 en que tuvieron ocurrencia los exámenes médicos susodichos, pero no al primero de marzo de 1934 o días inmediatamente anteriores, por lo cual acusa de error de hecho esa conclusión del sentenciador. Mas, ésta envuelve una inferencia racional fundada, pues si la idoneidad física y mental de los tripulantes se mantuvo constante durante el largo lapso de 1927 a 1933, año éste en cuyas postrimerías se practicó el último de los exámenes médicos en la persona del piloto Geck, qué mucho que ese buen estado de salud persistiera por dos meses y diez días hasta el 10 de marzo de 1934? Establecida desde el punto de vista médico la aptitud del piloto y del mecánico en tiempo anterior próximo al del vuelo final, y no encontrándose establecido motivo alguno de alteración de ese estado, ha de tenerse éste por subsistente hasta última hora, como así lo consideró el sentenciador, dentro del buen uso del sistema probatorio de las "presunciones de hombre"; y

Porque, las declaraciones de los testigos Alfredo Rehbein Peralta y Alberto Jacobs, relativos a la sobriedad, prendas morales y

buena reputación del piloto Hans Geck, concuerdan en este punto con el ya visto testimonio del médico doctor Max Rehbein Peralta, quien se refirió, no solo a la conducta del piloto sino a la del mecánico, todo lo cual se complementa con la deposición del testigo Alberto Tietjen, quien atestigua sobre las "excelentes prendas morales", "excelente reputacion" y "magnífica conducta" de los señores Geck y Jahnke, de quienes dice "eran sobrios en general y en particular abstemios" (Fl. 102 C. 3). Pruebas son éstas que concurren indiscutiblemente a consolidar las conclusiones acerca de la idoneidad así técnica como física y mental de los tripulantes, pues dada la naturaleza de sus funciones, ese complejo de aptitudes indispensables para el correcto desempeño de sus funciones en los operarios del aire, mal podía encontrarse en sujetos de vida desordenada o licenciosa.

No aparece, pues, por parte alguna que el sentenciador hubiera incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas que se acaban de analizar, ni en contraevidencia en cuanto a las conclusiones sacadas de tales medios sobre la idoneidad de los tripulantes del "Von Krohn", en sus aspectos técnico, físico, mental y moral, todo lo cual se traduce en la afirmación, implícitamente envuelta en la sentencia, de que la empresa no cometió culpa alguna en la elección de los operarios de vuelo de la nave.

25. f) El impugnante, volviendo de nuevo sobre la protesta formulada por la Scadta mediante las conocidas escrituras números 274 y 333, para relacionarlas con el certificado y el plano que lo acompaña, originarios de la Oficina de Longitudes y Fronteras del Ministerio de Relaciones Exteriores, relativos a la región "Cartago-Quibdó-Sípi" y a las distancias entre los puntos claves comprendidos en dicha zona (Fls. 57 y 58, C. 4), enrostra al fallador error de hecho por no haber tenido en cuenta las mencionadas pruebas, ni su conexión entre sí, y no haber sacado de ellas las consecuencias que en sentir del recurrente han debido deducirse acerca de que no fueron imprevistas ni imprevisibles las condiciones atmosféricas que sorprendieron en su viaje a la tripulación, y de que las circunstancias en que se desarrolló el vuelo acusan grave error de conducta por parte de la empresa, tanto cuando despachó el avión, como cuando su piloto, volando a ciegas entre montañas, trató de localizar el lugar de su destino.

Como ya se vio, en casación la demostración del error de hecho debe versar sobre la objetividad de la prueba, esto es, sobre el ser o no ser de la misma en el proceso. Vale decir: que el sentenciador haya ignorado la prueba existente o supuesto la que no existe. Mas, cuando por él se estima la que es, tal como aparece en el juicio, no hay margen para la impugnación por error de hecho, a menos que la conclusión de tal medio deducida sea evidentemente contraria a la lógica o razón natural. Esto, porque la conclusión contraevidente implica suposición o desfiguración del elenco probatorio, o lo que es igual, error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba. Pero, no se presume la ignorancia de los medios por el sentenciador, aunque éste no se refiera a ellos de modo expreso, cuando su decisión no es incongruente con lo que de los mismos resulta. Corolario de todo lo cual es el de que no basta que por el recurrente pudiera ensayarse un planteamiento distinto al adoptado por el juzgador, para que ello fuese argumento del error de hecho que se le imputa.

26. Aunque estas consideraciones bastarían para desechar la censura, sin embargo, como en este punto gravita lo tocante con la **imprevisibilidad** del fenómeno meteorológico contemplado, importa detenerse en la ventilación de tal aspecto, fundamental en la configuración de la fuerza mayor o caso fortuito.

Si la **imprevisibilidad** es condición que se realiza cuando, con arreglo a la experiencia común y a las posibilidades de previsión que con éstas se enlazan, no ha de esperarse el suceso, es claro que la verificación de semejante circunstancia, en la concreta especie del litigio, tiene que elucidarse, no en relación con los maravillosos sistemas, técnicas y mecanismos con que, en el auge de

su progreso, cuenta hoy la aviación universal, sino frente a las limitadas y precarias posibilidades de que tal actividad disponía hace treinta y un años, cuando el accidente se produjo.

27. En este orden de ideas, lo primero que se ofrece es la afirmación hecha por la "Scadta" en el instrumento de su protesta (E. Nº 274), acerca de que "Según la costumbre seguida por el piloto Geck en anteriores viajes en el mismo trayecto, este piloto prefería seguir la llamada ruta Sur desde Quibdó hasta Cartago, o sea una vía que sigue un curso de aproximadamente ciento cincuenta grados (150º) desde Quibdó hacia el Valle del Cauca... es decir, que el piloto Geck en este trayecto prefería entrar al Valle del Cauca por el Sur de Cartago, y después seguir por el Nordeste para llegar a Cartago". Habiéndose la parte actora prevalido de la misma protesta, en varios de los pasajes de ésta, para apoyar sus pretensiones, según lo patentiza la demanda, no se ve motivo alguno para repudiar la veracidad del paso últimamente transcrito, con el cual armoniza la afirmación contenida en la segunda parte de la formulación del hecho 24 de la demanda, en donde se dice del piloto Geck que "vencido su contrato hacía su último viaje en esa línea". De todo lo cual obviamente se deduce que la mencionada ruta Quibdó-Cartago era bien conocida del piloto Geck y que éste, en los recorridos de la misma, no había tenido antes contratiempos atmosféricos de la intensidad extraordinaria del que la acometió en el viaje final.

28. Pónese luego de relieve el hecho de que, cuando el "Von Krohn" partió de Quibdó, el estado atmosférico era bueno, lo cual es otra de las verdades del proceso. Efectivamente: es la propia actora quien así lo reconoce en la exposición del hecho 3º del libelo, cuando afirma que, el día "10 de marzo de 1934 a las 9 y 20 minutos de la mañana, con buen tiempo, salió el 'Von Krohn' de Quidbó rumbo a Cartago"; y esto, que ya había sido sostenido por la "Scadta" en su protesta, en el paso que dice: "Al tiempo de salida de Quibdó las condiciones atmosféricas eran buenas", lo reafirma la misma empresa en su contestación al referido hecho 3º, con estas palabras: "Es cierto que el día 10 de marzo de 1934, a las 9 y 20 minutos del día, con buen tiempo en Quibdo, Cartago y Medellín, decoló de Quibdó con dirección Sur la aeronave 'Von Krohn', con destino a Cartago". Quiere decir que, en el momento de iniciarse el vuelo, había en la región normalidad atmosférica, sin que por este aspecto se presentase obstáculo a la salida.

Ni vale, para argumentar en contrario, la declaración del sobreviviente Newton C. Marshall en cuanto a que "hubo necesidad de ascender bastante sobre las nubes por razón de que estaba muy nublado". Porque este testimonio no concreta si la nubosidad que impuso ese ascenso fue inmediata a la partida o se presentó de improviso más tarde, hipótesis esta última que es la que resulta de todas las referencias al buen tiempo inicial atrás aludidas, y que se desprende también de los pasos de la protesta de la empresa, relativos a los dos primeros mensajes radiados desde el avión, el primero de los cuales emitido a los seis minutos de la salida, apenas se refirió a este hecho, sin hablar de nubosidad alguna, y solo en el segundo enviado veinte minutos después, fue en el que se dijo: "imposible determinar posición, 10.000 pies de altura, curso 150 grados, volando sobre nubes".

29. La imposibilidad que en aquel entonces existía para prever la ocurrencia de perturbaciones atmosféricas en la región del Chocó, de la índole de la que envolvió al "Von Krohn", es cuestión que resulta del informe que, con relación a otro juicio, rindiera el Director del Observatorio Meteorológico Nacional de San Bartolomé, con fecha 19 de enero de 1939, que se adujo al presente juicio y cuyo punto 32 reza: "Sí está comprobado científicamente que en regiones como el Chocó se presentan tempestades tropicales. Hasta el momento, el suscrito conocimiento (sic) de que la ciencia meteorológica haya podido encontrar un sistema para pronosticar esta clase de tempestades tropicales a base de observaciones previamente hechas" (Fl. 34v. C. 3.). El contexto de la oración hace ver que su único

sentido es el de que el Director del Observatorio, hasta ese momento (19 de enero de 1939), **no tiene** conocimiento de la existencia de sistema alguno para pronosticar las tempestades a que se refiere. Y aunque en el caso ahora ventilado no se trata de una tormenta con efervescencia eléctrica, es evidente que lo dicho en el informe del Director del Observatorio acerca de la imposibilidad que había para prever las tempestades tropicales en regiones como el Chocó, es aplicable al temporal de bruma y lluvia de que fue víctima la aeronave del litigio. Porque, semejante acontecer meteorológico, por sus mismos caracteres, no se ofrece como un accidente atmosférico ordinario, de los que el piloto Geck encontraría no raramente en sus anteriores viajes por la ruta mencionada, sino como una ocurrencia sorpresiva, fuera de lo común y, por lo tanto, imprevisible, en el caso.

30. Ciertamente, todas las circunstancias que se han analizado con ocasión de este punto de la censura, confluyen a una para asentar, entre las conclusiones de este estudio, la **imprevisibilidad** como carácter de fenómeno meteorológico que determinó la producción del accidente.

31. De su **irresistibilidad**, los hechos hablan por sí solos. Las pruebas muestran cómo el "Von Krohn" duró volando entre nubes gran parte de su viaje, en el que se demoró considerablemente haciendo esfuerzos para libertarse de la falta de visibilidad, sin lograr conseguirlo, hasta que, en medio de bruma y lluvia, se produjo la catástrofe. No se equivocó el Tribunal, al referir en su fallo aquel pasaje de la sentencia del inferior en que se dice: "Cabe pensar que un piloto de la experiencia y versación de Geck, intentó salir del mal paso atmosférico del mejor modo posible, esto es, en la medida en que se lo permitían sus conocimientos y los instrumentos técnicos de vuelo puestos a su mando".

Cualesquiera planteamientos que a **posteriori** se hagan — a la manera del recurrente— sobre la conducta que en aquella desgraciada emergencia hubiera podido observar el piloto de la nave, no pasan de ser conceptos hipotéticos, sin contacto con la realidad por éste vivida y sufrida, y que mal pueden estructurar argumento alguno de inhabilidad, falta de pericia o error operacional de su parte. Como lo ha hecho resaltar la Corte, "solamente el piloto aprisionado entre las dificultades del momento puede conocer los medios que debe emplear para asegurar o tratar de asegurar la salvación del aparato" (Cas. 15 mayo 1946, LX, 2032/33, Págs. 445-46).

32. No puede, pues, negarse que, en el presente juicio, se encuentran establecidas las notas de **imprevisibilidad** e **irresistibilidad** del fenómeno que dio al traste con el "Von Krohn"; y como aparece igualmente demostrado que de parte de la compañía no medió culpa alguna sin la cual el accidente no se hubiera producido, quiere decir que éste revistió el carácter de **fuerza mayor** o **caso fortuito.**

33. g) No configuran errores de hecho, cual lo alega el impugnante, ni la desestimación por el juzgador de la circunstancia de que la Scadta hubiera abandonado posteriormente la línea aérea Quibdó-Cartago, ni la circunstancia de que aquélla hubiera estado pagando por varios años a la viuda de Zúñiga una pensión bajo la forma de sobresueldo para un agente de la empresa.

Prescindiendo de la inhabilidad de estos reparos en punto de técnica de casacion, puesto que las conclusiones a que va dirigido el ataque se amparan en la autonomía discrecional del sentenciador, precisa considerar que los hechos a que tales tachas se refieren, por ser externos y posteriores al accidente, no constituyen argumento cierto de la culpabilidad de la demandada. Trátase de hechos equívocos, que admiten más de una explicacion, y respecto de los cuales la empresa dio en la contestación de la demanda razones, que no han sido desvirtuadas en el debate.

En efecto: en cuanto al abandono de la línea, la demandada contestó que esto fue debido a que el servicio en ese trayecto "no dio rendimiento económico"; y en lo tocante con la entrega por ella de cierta cantidad mensual, durante varios años, a la viuda de Zúñiga, por interpuesta persona, respondió diciendo que lo hizo como auxilio o ayuda voluntaria para la viuda y sus hijos, en atención a su buena voluntad hacia la empresa, pero sin considerarse ésta nunca como responsable del accidente. Lo cual coincide con la respuesta dada en el particular por el presidente de la compañía, en absolución de posiciones (Fls. 94 y ss. C. 2). Y si el sentido que la demandada atribuye a estas actitudes suyas no aparece contrarrestado por medio alguno al efecto, sus explicaciones deben tomarse tales y como ella las dio, lo que tendría que hacerse así aun en la hipótesis de que se tratara de puntos dudosos: in dubio pro reo (Arts. 234, 601 C. J.). Hizo, entonces, bien el Tribunal al no tomar estos hechos como pruebas de culpabilidad de la Scadta, ni menos podía inferir del segundo una confesión de responsabilidad que no comportaba.

34. Si, pues, según está visto, el accidente de la aeronave "Von Krohn" se debió a fuerza mayor o caso fortuito, en que ninguna culpabilidad tuvo la compañía demandada, su responsabilidad resulta intacta, lo que implica el que la decisión recurrida deba mantenerse en pie, con la rectificación doctrinal y consiguientes variantes de motivación, tales como resultan de las consideraciones expuestas.

35. Para cerrar esta exposición, quiere la Corte hacer hincapié en que al concluir, admitiendo la ocurrencia de la fuerza mayor o caso fortuito, en la especie de este litigio, lo hace en consideración a las limitaciones técnicas de que adolecía la ciencia y arte de la aviación, para la época en que el accidente se produjo. Lo que no sería así en nuestro tiempo, en que esta actividad, de trascendencia sin par en todos los órdenes de la vida de relación universal, ha llegado a alcanzar extraordinarios medios de previsión y apercibimiento que, disminuyendo los riesgos, permiten dar muy altos niveles de seguridad a los transportes aéreos.

No prospera, pues, el recurso.

Resolución

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 veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Sin costas.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

El Secretario,

Ricardo Ramírez L.

PRECONTRATO Y CONTRATO DE PROMESA

Requisitos de su constitución, efectos y caracteres más sobresalientes. — Interpretación del Art. 89 de la Ley 153 de 1887. — Finalidad del contrato de promesa y carácter provisional y transitorio. — Fijación del plazo o condición en que ha de concertarse el contrato prometido. — Sentido y alcance de la palabra "época" empleada por el C. C. — Condición suspensiva y resolutoria, determinada e indeterminada. — Plazo expreso y plazo tácito para el cumplimiento de la obligación pactada. — La estipulación de que al obtener las partes los certificados de paz y salvo de las fincas, se otorgarían las escrituras de compraventa prometida, no constituye plazo tácito de su celebración sino simple condición de carácter indeterminado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., junio primero de mil novecientos sesenta y cinco.

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

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de febrero de 1961, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este juicio ordinario de Plutarco Amado contra Gustavo Mutis Blanco.

Antecedentes

A) El 14 de agosto de 1959 los señores Gustavo Mutis Blanco y Plutarco Amado celebraron un contrato de promesa de compraventa, en virtud del cual el primero prometió vender al segundo y éste comprar a aquél una porción de terreno de unas 18 a 20 hectáreas más o menos, que hace parte de un fundo de mayor extensión llamado antes "El Oasis" y hoy "Los Molinos", ubicada dicha porción en la vereda de Palonegro, jurisdicción del Municipio de Lebrija, y alindada como se expresa en el documento privado que las partes suscribieron entonces. El precio acordado por éstas fue de $ 55.000.00 moneda legal, que el prometiente comprador Amado pagaría así: $ 12.000.00 con una casa situada en el perímetro urbano de Bucaramanga; $ 12.000.00 con unas letras a cargo de Juan B. Silva y a favor del mismo Amado, letras que éste endosó a Mutis Blanco; $ 20.000.00 con otra letra a favor de éste y a cargo de Amado, con vencimiento al 10 de septiembre del año citado, y el resto, o sea la cantidad de $ 11.000.00 con otra letra girada por Amado a favor de Mutis y pagadera el 10 de enero de 1960. Se estipuló en el contrato que "el vendedor se reserva el derecho de servidumbre para el paso a su finca, de un camino carreteable de cuatro metros de ancho que se construirá utilizando cualquiera de los dos linderos; pero se deja constancia que este derecho solo lo tiene el vendedor hasta el día que sea poseedor de la finca que linda con la que vende a Plutarco Amado, no pudiendo por tanto ceder este derecho a ninguna otra persona". En relación con la época en que habría de celebrarse la convención prometida dijeron los contratantes que "las respectivas escrituras de venta entre las partes deben ser hechas tan pronto estén listos los certificados de paz y salvo de las fincas". También expresaron que "se deja claramente establecido que cualquiera de las partes

que rescindiere este contrato, pagará al otro el valor de las arras recibidas conforme a las condiciones de esta promesa de venta".

B) El 15 de diciembre del mismo año de 1959 el señor Plutarco Amado se presentó en la Notaría Segunda de Bucaramanga con el fin de hacer extender dos escrituras sobre la base de sendas minutas, así: una por la cual la señora Ana Paulina Ardila de Amado le transfería a Gustavo Mutis Blanco el derecho de dominio sobre una casa de habitación situada en la misma ciudad y otra en virtud de la cual el nombrado Mutis Blanco le vendía al mismo Amado la porción de terreno indicada en el contrato de promesa. El señor Amado adujo entonces los comprobantes que correspondían a él y a la señora Ardila. Las escrituras se extendieron y quedaron pendientes de las firmas de los otorgantes y de los certificados del señor Mutis Blanco

C) El 23 de diciembre del año citado el señor Gustavo Mutis Blanco fue requerido por Plutarco Amado ante el Alcalde de Bucaramanga para que compareciera a suscribir los dos instrumentos mencionados. En el acta de la diligencia de requerimiento se lee que "el señor Mutis Blanco manifiesta que siempre ha estado dispuesto a firmar las escrituras, siendo entendido que la del lote de terreno de Lebrija se determina es por su alinderamiento, de acuerdo con el contrato de promesa de venta y no por su cabida, como el mismo señor Mutis Blanco se lo manifestó al presunto comprador, ante testigos".

D) El 29 de diciembre de 1959 los señores Mutis Blanco y Amado se presentaron en la Notaría expresada; el señor Mutis adujo sus certificados de paz y salvo y la boleta de registro; el Notario les leyó las escrituras que ya se habían extendido y al final del instrumento sobre venta del inmueble de Lebrija escribió esta nota: "El suscrito Notario hace constar que una vez leída esta escritura a los otorgantes, señores Gustavo Mutis Blanco y Plutarco Amado, y de los testigos señores Dr. Pedro A. Gómez Gómez y Luis María Silva, el señor Gustavo Mutis Blanco manifestó lo siguiente: "No firmo esta escritura porque al hacerle la venta a Amado no quedo como colindante como figuro en la escritura y pierdo el derecho a la servidumbre del camino carreteable y a que lo que yo vendo es una cosa cierta por los linderos que constan en la escritura".

El litigio

El 22 de enero de 1960 el señor Plutarco Amado, obrando por medio de mandatario, demandó al señor Gustavo Mutis Blanco ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Bucaramanga para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara resuelto el contrato de promesa de compraventa de 14 de agosto de 1959 por causa de incumplimiento del demandado y se condenase a éste a pagarle la suma de $ 64.000.00 por concepto de arras, los intereses de este dinero y las costas del juicio. En subsidio formuló la misma súplica sobre resolución del contrato y la condena al demandado a restituirle la cantidad de $ 32.000.00 y a pagarle los intereses de esta cifra y las expensas de la litis.

Como hechos de la demanda se expusieron los mismos que se han narrado como antecedentes, agregando que el demandado había recibido como arras del negocio la suma de $ 32.000.00 hasta el día en que se negó a suscribir la escritura de compraventa y que, de acuerdo con las estipulaciones del contrato, debía restituir este valor al demandante.

El señor Mutis contestó la demanda aceptando unos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones del actor. Propuso además tres excepciones fundadas en que el convenio celebrado entre el mismo Mutis y Amado no fue una promesa del compraventa, sino un contrato de venta; en que si se considera esa convención como una promesa, ella adolece de nulidad absoluta por haber quedado sujeta a una condición suspensiva indeterminada, y en que no fue dicho Mutis, sino Amado, quien la incumplió y no se allanó a ejecutarla en la forma y tiempo debidos.

El Juez del conocimiento desató la litis por sentencia de 15 de septiembre de 1960, en la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas, se decretó la resolución del contrato de promesa de compraventa por razón del incumplimiento del demandado, se condenó a éste restituir al demandante la suma de $ 28.096.00 con sus intereses legales y la tenencia de la casa ubicada en el área urbana de Bucaramanga, se condenó también al actor Amado a restituir a Mutis la tenencia del fundo de Lebrija con sus frutos correspondientes y se impusieron las costas al mismo demandado.

La sentencia acusada

Por apelación de ambas partes el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga resolvió el negocio en segundo grado mediante fallo de 28 de febrero de 1961, por el cual se revocó la decisión de primera instancia y en su lugar se declaró de oficio la nulidad absoluta del contrato de promesa de 14 de agosto de 1959 y como consecuencia de ello se ordenó la restitución recíproca de los inmuebles dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria, así:

"Gustavo Mutis Blanco restituirá a Plutarco Amado la casa de habitación situada en la carrera 5ª, distinguida con el número 28-41 de esta ciudad; y el demandante restituirá al demandado el lote de terreno que hace parte de la finca de mayor extensión, de propiedad de éste, llamada 'El Oasis' y que figura hoy en el Catastro Nacional con el nombre de 'Los Molinos'.

"Además, Gustavo Mutis Blanco devolverá a Plutarco Amado las letras de cambio de que habla el contrato o la cantidad de $ 32.000.00 en caso de que ya hubieren sido cobradas, restitución que se hará en el mismo plazo de quince días". Condenó también al demandante a pagar las costas del juicio.

La sentencia hace la reseña del negocio y acomete en seguida el análisis de las excepciones propuestas por el demandado. Sobre la primera de ellas, relativa a que el contrato convenido entre las partes no fue de promesa de compraventa, sino una venta, afirma que carece de fundamento porque, según doctrina de la Corte (IV-180, 183), la compraventa de inmuebles celebrada por documento privado es nula como venta, pero tiene valor como promesa de venta, aun cuando no se empleen otras expresiones que indiquen prometimiento, con tal que, por otro lado, aparezcan reunidos los requisitos que exige el Art. 89 de la Ley 153 de 1887.

Acerca de la segunda excepción, fundada en que el contrato de promesa celebrado entre las partes adolece de nulidad absoluta por falla del tercer requisito que señala el citado Art. 89 de la Ley 153, anota la sentencia que inicialmente la promesa de contrato carecía de validez, pero que dicho precepto positivo vino más tarde a reconocerle valor jurídico por excepción cuando cumple las exigencias que la misma norma prescribe. De consiguiente, no es exacto que este contrato goce de condiciones de elasticidad que autoricen al juzgador para apreciar con amplitud sus requisitos esenciales. Por el contrario, no teniendo valor sino por excepción, su exégesis ha de hacerse con criterio estricto por tratarse de un acto que sale de las normas generales. El fallo recuerda los contrapuestos argumentos de las partes sobre el requisito del plazo y agrega:

"No es en cualquier forma como se determina la época o el plazo o la condición de que trata el numeral 3º citado. La época o la condición debe fijarse teniendo en cuenta un momento, cierto y determinado o determinable en cuanto al tiempo; por ello, de esos plazos o condiciones indeterminados en el tiempo no puede afirmarse que se ajusten a las exigencias que prescribe claramente el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 en su numeral 3º".

Como la norma reguladora de los requisitos de validez del contrato de promesa es igual en Colombia que en Chile, la sentencia transcribe en respaldo de su tesis el concepto de los expositores Alessandri y Somarriva (Derecho Civil, T. IV, Nº 461) sobre que en esa convención no puede ser admitida la condición suspensiva indeterminada para fijar la época de la celebración del con-

trato prometido. Cita en seguida la doctrina expuesta por la Corte en casación de diciembre 13 de 1954 (LXXIX-2149, 245) sobre que la falta de uno cualquiera de tales requisitos produce la nulidad absoluta del contrato de promesa y concluye así el análisis de la excepción mencionada:

"El contrato que se examina dice así en lo pertinente: 'Las respectivas escrituras de venta entre las partes deben ser hechas tan pronto estén listos los certificados de paz y salvo de las fincas'. Así creyeron los contratantes fijar la época para elevar a escritura pública el contrato prometido, pero ese requisito del plazo o de la condición debía determinarse de manera cierta, señalando la condición o el plazo en forma concreta y determinada en cuanto al tiempo para que no quedara, como en efecto quedó, en forma indeterminada la época en que debía elevarse el contrato a escritura pública.

"Faltando a la promesa el requisito señalado en el numeral 3º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, ya que la cláusula en donde se señala la oportunidad para elevar a escritura pública no puede considerarse ajustada a la ley, se concluye que la promesa está afectada de una nulidad que el Tribunal, de conformidad con los artículos 2º de la Ley 50 de 1936 y 1741 del C. C., ha de declarar, bien porque dicha nulidad fue propuesta como excepción por el demandado y porque, además, al juzgador, en el caso de que no hubiera sido propuesta, le corresponde declararla de oficio.

"Habiendo sido propuesta como excepción la nulidad del acto por falta de uno de los requisitos esenciales, es el caso de declarar probada esta excepción y ordenar, de conformidad con el artículo 1746 del C. C., las restituciones mutuas para que todas las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallaban en el momento de suscribirse el contrato cuya nulidad se decretará en este fallo".

La impugnación

El demandante recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales que señala el Art. 520 del C. Judicial formula contra la sentencia un cargo que la Corte procede a examinar, advirtiendo antes que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

El cargo se halla enunciado así: "Acuso la sentencia por ser violatoria, en forma indirecta, de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 1546 y concordantes del Código Civil, que serán invocados en su lugar.

"En efecto, el Tribunal interpretó erradamente la única prueba que tuvo en cuenta para su fallo y dejó de apreciar las otras pruebas que indicaré, no obstante formar parte del proceso, al tenor del artículo 597 del Código Judicial, e incurrió así en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, y violó directamente las disposiciones legales sobre pruebas que iré señalando".

Según el recurso, la sentencia interpretó en forma errada el contrato de promesa celebrado entre los litigantes Amado y Mutis Blanco y no tuvo en cuenta otras pruebas que figuran en el proceso.

En relación con la primera de estas censuras, el recurso transcribe algunas de las cláusulas del contrato acordado entre las partes y dice que se trata de un contrato de promesa y que, si su redacción es defectuosa, su interpretación no ofrece dificultad alguna. Afirma que esa convención reune todas las exigencias del Art. 89 de la Ley 153 de 1887 y para demostrarlo agrega:

"1º La promesa consta por escrito.

"2º El contrato se celebró entre personas capaces, consintieron en el negocio que debía celebrarse, recayó sobre objeto absolutamente lícito y tuvo causa lícita, según los términos del artículo 1502 del Código Civil, al cual se refiere el ordinal 2º a que se viene aludiendo.

"3º La promesa contiene un plazo que fijó la época en que debía celebrarse la compraventa, o sea, inmediatamente que estuvieran listos los certificados de paz y salvo de las fincas.

"4º Y por último, se determinó de tal suerte que para perfeccionarlo solo faltaba extender y firmar las escrituras de compraventa, pues allí se señala la cosa compravendida por sus linderos, se expresa su extensión aproximada, el nombre del promitente vendedor y el nombre del promitente comprador, el precio y su forma de pago, y hasta la forma de cubrir los gastos de notariato y registro".

Reproduce los ya aludidos pasos de la sentencia en que se sostiene que en el contrato de promesa no se fijó en forma determinada y concreta la época en que debía celebrarse la compraventa prometida y comenta que lo expuesto allí constituye "un error manifiesto, patente, evidente, garrafal", como se propone demostrarlo. Con este objeto transcribe el Art. 1551 del C. Civil y recuerda que, según doctrina de la Corte, las partes pueden fijar, aun de modo indirecto, el plazo tácito mediante estipulaciones que contengan elementos encaminados a determinar el tiempo indispensable para el cumplimiento de sus obligaciones (XLIII-1909, 544).

Según el recurso, en la ocurrencia presente no se trata de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro e incierto, sino de un plazo, o sea de un suceso futuro y cierto. Las partes no estipularon celebrar el contrato prometido si sucedía un hecho futuro e incierto, es decir, si querían o no conseguir los certificados de paz y salvo, sino que se obligaron a obtenerlos y a suscribir inmediatamente las escrituras. El impugnante hace un examen gramatical de los términos en que está concebida la cláusula correspondiente y dice que esas triviales nociones de gramática "indican que el plazo para la firma de las escrituras era el indispensable o necesario para obtener los certificados de las fincas". Agrega que en esa cláusula nó hay nada de indeterminado ni de incierto y que por tanto ni siquiera era necesario el requerimiento para que se tuviera por llegado el plazo de cumplir, ya que éste no se hallaba subordinado al capricho de las partes. Cualquiera otra interpretación del sentido de la misma cláusula es absurda, ilógica e injusta, desde luego que va contra la tutela que la ley otorga a la expresión libre de la voluntad en los contratos. Infiérese de lo anterior que el contrato de promesa no es nulo, y además la nulidad no debe declararse sino cuando existe de veras y como último extremo, pues que de otro modo no se protegen los intereses de los asociados, se sacrifica el derecho a la forma y no se atiende al precepto que ordena preferir el sentido en que una cláusula puede generar algún efecto a aquel en que no es capaz de producir ninguno.

La segunda censura que se dirige contra la sentencia consiste en que ésta omitió considerar las siguientes pruebas:

a) La certificación expedida por el Notario Segundo de Bucaramanga el 16 de diciembre de 1959 sobre el hecho de haber comparecido el señor Plutarco Amado a ordenar el otorgamiento de las dos escrituras mencionadas.

b) El requerimiento hecho al demandado Mutis Blanco.

c) El otro certificado expedido por el mismo Notario de Bucaramanga el 18 de febrero de 1960 sobre la circunstancia de haberse presentado en la Notaría los contratantes Amado y Mutis y de haber expresado este último que no suscribía los instrumentos dichos.

d) La declaración del Notario, en la cual confirma éste lo expuesto en los certificados expresados.

e) La diligencia de inspección ocular practicada sobre las dos escrituras que Amado ordenó extender en la Notaría Segunda.

f) Las posiciones absueltas por los litigantes Amado y Mutis Blanco.

g) Las declaraciones rendidas por Jesús A. Rueda López, Esteban Ardila, Saúl Ordóñez Rey, Pedro A. Cuervo, Gustavo Mantilla, José D. Pinzón, Pedro Ardila Beltrán y Pedro A. Gómez.

El recurso transcribe la mayoría de estas probanzas, comenta cada una de ellas y sostiene en síntesis que tales elementos acreditan que Plutarco Amado acudió con sus comprobantes a la Notaría con el fin de suscribir las escrituras y de ejecutar así lo pactado y que fue el señor Mutis Blanco quien incurrió en mora de cumplir por su parte, no obstante que también compareció ante el Notario, pues que no quiso firmar los instrumentos dichos, alegando, no que no hubiera llegado el plazo de celebrar el contrato prometido, sino otras circunstancias diferentes. Como el fallo omitió considerar estas pruebas y reconocerles su valor legal, sin embargo de formar parte del proceso, violó por ello los Arts. 593, 597 y 730 del C. Judicial y quebrantó también en consecuencia el Art. 1546 del C. Civil al no decretar la impetrada resolución del contrato de promesa.

Consideraciones de la Corte

I. La Corte ha tenido ocasiones múltiples de pronunciarse sobre diversos aspectos del precontrato o contrato de promesa, sobre los varios requisitos de su constitución y sobre sus efectos, y ha podido destacar así algunos de sus más sobresalientes caracteres. A este propósito no huelga recordar ahora lo esencial de unas cuantas de sus doctrinas.

El contrato de promesa constituye por sí mismo una convención sustantiva y acabada como cualquiera otra, o sea, que es un contrato nominado con fisonomía propia (Cas. de abril 9 de 1937-XLIV-1920, 72).

Por su naturaleza, por sus efectos y por su prueba, el contrato de promesa es una entidad jurídica distinta del contrato prometido, de modo que no puede confundirse con éste (Cas. de febrero 8 de 1908-XVIII-902, 131).

El contrato de promesa es una convención solemne; la forma escrita que exige la ley constituye un requisito esencial para su perfeccionamiento y validez; es una solemnidad requerida ad substantiam actus y no ad probationem y no puede por consiguiente suplirse con ninguna otra prueba, como la confesión o el testimonio. Tal solemnidad puede consistir en una escritura pública o en un documento privado (Cas. de septiembre 24 de 1908, XVIII, 934, 391. Cas. de julio 30 de 1941, LII, 1977, 24. Cas. de abril 16 de 1953, LXXIV, 2127, 671. Cas. de junio 6 de 1955, LXXX, 2154, 416).

La omisión o falta de cualquiera de los requisitos que establece el Art. 89 de la Ley 153 de 1887 para la validez del contrato de promesa, produce la nulidad absoluta de esta convención (Cas. de diciembre 13 de 1954, LXXIX, 2149, 245. Cas. de febrero 8 de 1908, XVIII, 902, 132).

Es absolutamente nulo el contrato de promesa que conduce a celebrar otro contrato que habría de resultar ineficaz o inválido al concertarlo en la forma prometida (Cas. de febrero 8 de 1908, XVIII, 902, 132).

Es absolutamente nulo el contrato de promesa que no determina los elementos esenciales de la convención prometida o que no especifica por sus linderos los bienes raíces cuando se trata de una promesa de compraventa de esta clase de bienes (Cas. de junio 19 de 1950, LXVII, 2083, 391).

La promesa bilateral de contrato es susceptible de ser resuelta por incumplimiento total o parcial de las obligaciones que engendra (Cas. de septiembre 20 de 1938, XLVII, 1941, 242. Cas. de mayo 11 de 1942, LIV, 1989, 46).

II. El Art. 1611 del C. Civil disponía que "la promesa de celebrar un contrato no produce en ningún caso obligación alguna". Este precepto, que era igual al 1614 del C. Civil del Estado Soberano de Santander, le desconocía eficacia jurídica al contrato de promesa, y ello cuando ya el Código Civil chileno lo había consagrado como fuente de obligaciones al reunir los requisitos que señala el Art. 1554 de esa obra.

Dicho Art. 1611 fue derogado y sustituído por el 89 de la Ley 153 de 1887, cuyo texto no es exactamente igual, pero sí similar al

de la norma chilena. El citado Art. 89 prescribe que "la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes", y enumera a continuación los elementos específicos que el contrato debe contener para el efecto de adquirir eficacia jurídica. La forma negativa que ofrece la redacción de este texto legal ha dado origen al concepto de que él consagra una prohibición, o mejor, de que es una norma prohibitiva del contrato de promesa y de que solo por excepción puede celebrarse este contrato mediante el cumplimiento estricto de los requisitos que la misma disposición señala. Lo cual vale decir que esta convención no tiene eficacia jurídica sino por vía de excepción y que por ello mismo es de derecho estricto. No obstante el arraigo que esta concepción tiene en la doctrina y en la jurisprudencia, no ha de olvidarse que la forma negativa de un precepto legal no entraña siempre una prohibición y que muchas veces se la emplea con el único objeto de imprimirle a la ley un carácter imperativo o restrictivo. Tal ocurre con el Art. 89 de la Ley 153, citado. Su texto ofrece una combinación de dos proposiciones, una negativa y otra positiva. La positiva autoriza el contrato de promesa, señala sus elementos constitutivos y le atribuye efectos jurídicos. La negativa no le reconoce estos efectos sino a la promesa que reune los requisitos que enuncia la proposición positiva. El precepto no es, pues, prohibitivo, sino simplemente restrictivo de la forma que ha de adoptar esta convención para integrar su estructura y adquirir eficacia jurídica. El giro negativo de la norma no tiene otro alcance que acentuar la exigencia de los requisitos esenciales del contrato para que él se perfeccione y pueda producir efectos entre los prometientes.

El contrato de promesa tiene una finalidad económica peculiar, cual es la de asegurar la celebración de otro contrato posterior cuando los interesados no quieren o no pueden realizarlo de presente. No es un fin en sí mismo, sino un medio o un instrumento que conduce a efectuar otro negocio distinto. Ofrece además estos caracteres: es un contrato preparatorio de orden general porque puede referirse a cualquiera otra convención; es principal y solemne, y puede ser unilateral o bilateral, según que la obligación de celebrar el contrato prometido haya sido contraída por una sola de las partes o recíprocamente por ambas. Tiene su individualidad propia y si algo ofrece de excepcional ello obedece al modo imperativo como la ley exige la presencia de todos los elementos que lo configuran, desde luego que esos factores son de la esencia misma del contrato.

Fuera de estos caracteres, el contrato de promesa presenta otra particularidad que no debe perderse de vista. La finalidad económica que persigue, la circunstancia de no ser un fin en sí mismo, sino un medio encaminado a celebrar otra convención futura, le imprime al contrato de promesa un carácter provisional y transitorio. Esta transitoriedad, esta modalidad de convenio preparatorio y temporal, es de la propia esencia del contrato. No es, pues, una convención perdurable, ni está destinada a crear una situación jurídica de duración indefinida y de efectos perpetuos.

Consecuente con este carácter transitorio de la promesa de contrato, dispone el ordinal 3º del Art. 89, citado, que, para su validez, se requiere "que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato". Como la promesa es un pacto provisional y como las partes no pueden quedar ligadas por ella de manera indefinida o intemporal, la ley busca evitar toda incertidumbre sobre la época en que ha de concertarse el contrato prometido y exige que se determine esa época. Su fijación puede hacerse mediante un plazo o una condición, pero debe tenerse presente que en este punto lo primordial o subordinante es el señalamiento de la época y que lo instrumental es el plazo o condición que sean adecuados para precisar tal época.

El Código emplea la palabra época en dos sentidos. En la mayoría de las veces (Arts. 92, 400, 799, 1551 y 1882) la usa en su acepción tecnológica de instante o momento, esto es, de un breve espacio de tiempo que sirve de punto de referencia para calcular

o medir la duración del mismo tiempo. En otras ocasiones (Arts. 97, 108 y 215) la toma en el significado ordinario de intervalo, período o espacio de tiempo. El expresado ordinal 3º del Art. 89 de la Ley 153 de 1887 la emplea en la primera de las acepciones anotadas, o sea como sinónima de instante o momento. De manera que en dicho precepto a expresión "fijar la época" equivale a señalar o determinar el momento preciso y cierto en que ha de celebrarse la convención prometida. No se opone, sin embargo, a la índole provisional del contrato de promesa entender el vocablo época en el sentido vulgar de espacio más o menos prolongado de tiempo, como un día, una semana, un mes o un año, para admitir la fijación de un período de esta clase como época de la celebración del contrato, con tal que se lo designe y delimite en forma precisa y que no quede incertidumbre alguna sobre el cuándo de esa celebración.

La referida fijación de época puede hacerse mediante la designación de un plazo o de una condición, bien sean solos o bien combinados el uno con la otra. Según el Art. 1551 del C. Civil por plazo se entiende "la época que se fija para el cumplimiento de una obligación", es decir, el momento futuro en que ha de ejecutarse una obligación. El plazo es, pues, un acontecimiento futuro y cierto. Cierto en el sentido de que siempre habrá de suceder. El plazo se divide en legal, convencional y judicial, suspensivo y resolutorio, determinado o indeterminado. El convencional puede ser a su vez expreso o tácito. El citado Art. 1551 explica lo que es el plazo suspensivo. Plazo resolutorio o extintivo es la época que se fija para que cese el cumplimiento de una obligación. Plazo determinado es el que necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, e indeterminado aquel que tambien ha de suceder, pero no se sabe cuándo, en qué fecha ni época, como el día de la muerte de una persona (C. C., 1139).

La condición es un suceso futuro e incierto, esto es, que puede suceder o no (C. C., 1128 y 1530). Entre las varias clases de condiciones importa recordar aquí la suspensiva y la resolutoria, la determinada y la indeterminada. Suspensiva es la que suspende la adquisición de un derecho, y resolutoria aquella cuyo cumplimiento produce la extinción de un derecho. Condición determinada es aquella que, sin perder sus caracteres de futura e incierta, ofrece la particularidad de que, si llega a realizarse, por anticipado se sabe cuándo o en qué época ha de suceder. Indeterminada es la condición que se halla estrictamente sometida a la incertidumbre, esto es, que no se sabe si sucederá o no, ni cuándo.

Si de acuerdo con el ordinal 3º del Art. 89 de la Ley 153, citada, la promesa de contrato debe fijar la época precisa en que ha de celebrarse la convención prometida, bien se comprende que para cumplir tal requisito no puede hacerse uso de un plazo o de una condición de carácter indeterminado, porque ni el uno ni la otra sirven para señalar esa época. La propia naturaleza del plazo y de la condición indeterminados los hace inadecuados para fijar la época en que debe concertarse el contrato prometido. De consiguiente, siendo el requisito de la fijación de época de la esencia del contrato de promesa, esta convención será inválida o carente de eficacia jurídica cuando le falte ese requisito bien por no contenerlo en realidad o por hallarse él subordinado a un plazo o a una condición indeterminados.

En casación de dos de mayo de 1957 (LXXXV, 2181, 59 y 60), se expresó que en el contrato de promesa la indicación precisa del momento en que ha de celebrarse el convenio prometido puede hacerse mediante una condición determinada o indeterminada. En cuanto concierne a la condición indeterminada, esta doctrina no se concilia con la naturaleza del contrato expresado, que requiere, como factor esencial de su estructura jurídica, la fijación de la época en que debe concertarse la convención prometida, fijación que no puede obtenerse por intermedio de una tal condición, cuya característica distintiva radica precisamente en la indeterminación del momento en que puede suceder, si acaso llega a realizarse. Por este motivo la Corte recoge esa doctrina para sustituirla por la que viene bosquejada en esta providencia.

III. En el caso presente, como se ha visto, las partes acordaron que el contrato de compraventa o el otorgamiento de las escrituras se haría tan pronto como estuviesen listos los certificados de paz y salvo de las fincas. Es esta la única estipulación que hace referencia al tiempo en que habría de ajustarse la compraventa prometida. El fallo acusado consideró que tal estipulación constituye una condición indeterminada, que con ella no quedó fijada en la promesa la época de la celebración de la compraventa y que en consecuencia dicho contrato de promesa quedó viciado de nulidad absoluta, nulidad que la misma sentencia decretó de oficio.

El recurrente en casación no formula reparo alguno contra la tesis de que en el contrato de promesa la celebración del convenio prometido no puede quedar sujeta a una condición indeterminada, porque la ley exige para ello la fijación de una época precisa. Todos sus esfuerzos dialécticos aparecen dirigidos a demostrar que el fallo incurrió en un error manifiesto de hecho al interpretar la estipulación referida como una condición indeterminada y no como un plazo tácito. Sostiene el impugnante que la cláusula anotada lo que estipula es un plazo de carácter tácito y no una condición y que la sentencia al estimar lo contrario cometió un error evidente de hecho que la condujo a violar el Art. 89 de la Ley 153 de 1887.

Según el contrato de promesa ajustado por los actuales litigantes, las escrituras relativas a la compraventa prometida deberían otorgarse tan pronto como estuvieran listos los certificados de paz y salvo de las fincas. Constituye esta estipulación un plazo tácito, como lo sostiene el recurso, o una condición indeterminada, como lo estimó la sentencia?

Está dicho que, según el Art. 1551 del C. Civil, plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación y que de esta definición se colige que el plazo consiste en un suceso futuro y de realización cierta, esto es, en un hecho que habrá de suceder de manera indefectible. Esta certeza en su acaecer es lo que caracteriza principalmente al plazo y uno de los factores que lo distinguen de la condición, la cual constituye por el contrario un acontecimiento incierto (XLVIII, 1951, 889). Por la forma de acordarlo, el plazo convencional se divide en expreso y tácito. Es expreso el que los contratantes convienen de modo explícito, y tácito el que, a falta del expreso, se sobreentiende implícitamente estipulado como tiempo indispensable para cumplir una obligación. Hay obligaciones que por la naturaleza de la prestación debida, o por el lugar en donde ésta ha de ejecutarse, o por la necesidad de realizar un hecho o trabajo previo, o por otras circunstancias similares, no pueden ser cumplidas de inmediato, sino dentro de un término o espacio de tiempo adecuado. Este término, limitado a lo necesario, es el plazo tácito que la ley supone haber sido pactado por las partes para dar cumplimiento a una obligación de las mencionadas. Expreso o tácito, el plazo es siempre un hecho futuro y cierto, de modo que por ser tácito no pierde este carácter de certeza o de realización infalible. La existencia y duración indispensable del plazo tácito son cuestiones de hecho que corresponde apreciar a los jueces de mérito, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación contraída, las circunstancias relativas a su cumplimiento y aun los usos locales.

La estipulación de que las escrituras de compraventa se otorgarían tan pronto como estuvieran listos los certificados de paz y salvo de las fincas, ofrecía seguridad o certeza de que esos comprobantes serían conseguidos y presentados? La cláusula denota que las partes entendieron obligarse en verdad a obtener y aducir tales certificados, pero la circunstancia de haber contraído los prometientes esta obligación no era suficiente para imprimirle certeza al hecho de la consecución de dichos documentos. Eran los propios contratantes quienes debían proveerse de sus respectivos certificados, pero es incuestionable que, aunque contractualmente obligados a ello, podían llegar a incumplir esta estipulación, dejando de conseguir y allegar esos comprobantes. Esta contingencia de que los prometientes cum-

plieran o no lo pactado, esta eventualidad de que ellos obtuvieran o no sus certificados de paz y salvo, constituye un factor de incertidumbre que no permite reconocerle a la cláusula mencionada el contenido de un plazo tácito, sino de una simple condición, y por añadidura de carácter indeterminado, porque, de llegar a realizarse, no era posible saberse al tiempo de la promesa en qué momento o cuándo se produciría ese cumplimiento.

La sentencia entendió así la estipulación expresada, y no hay duda de que esa inteligencia no constituye ningún error de hecho y menos de carácter manifiesto, porque esa cláusula no envuelve en verdad un plazo expreso ni tácito, sino una condición suspensiva e indeterminada y por lo mismo impropia para fijar la época en que debería concertarse la compraventa prometida. Por igual razón, tampoco cometió el fallo quebranto alguno del Art. 89 de la Ley 153 de 1887 al considerar nulo el contrato de promesa por falta del requisito de fijación de época para celebrar la convención que fue objeto de la misma promesa.

También resulta obvio que, al juzgar inválido ese contrato de promesa, el fallo no tenía por qué ni para qué acometer el análisis de las pruebas relacionadas con el cumplimiento o la inejecución de las obligaciones que las partes creyeron haber contraído. La conclusión aludida, que es el fundamento medular e invulnerable de la sentencia, hacía innecesario y superfluo el examen de esas probanzas, de tal suerte que el haber omitido su consideración no entraña en este caso ningún error de hecho. Esa abstención era una consecuencia procesal ineludible de la nulidad reconocida y declarada en el fallo.

Estos razonamientos demuestran que el recurso no puede prosperar.

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y uno dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este juicio ordinario de Plutarco Amado contra Gustavo Mutis Blanco.

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

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, (con salvamento de voto), *Arturo C. Posada, Enrique López de la Pava.*

Ricardo Ramírez L., Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado Doctor José Hernández Arbeláez

Sobre el punto discutido rigen dos normas sustanciales: a) "Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato" (3º, 89, L. 153 de 1887); y b) Que "son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga". (1, 1535 C. C.). O sea: que para la validez de la promesa no exige la ley copulativamente el término y la condición para fijar la época en que ha de celebrarse el contrato. Por el contrario, admite una u otra de las dos modalidades en forma claramente disyuntiva. De donde aparece que "cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". 1, 27 C. C.).

Pero la ley si exige con la misma claridad que el evento futuro e incierto en que la condición se tipifica, sea admisible en derecho como modalidad de la obligación. Si no es así, la promesa resulta absolutamente nula por faltarle uno de los elementos de su esencia. En tanto que la condicion valedera en derecho es suficiente por sí sola, y por

voluntad manifiesta de la ley, para fijar la época de la celebración del contrato prometido.

Cuando las partes subordinan la promesa a la mera voluntad de pagar impuestos, o nada más que a la obtención del certificado de **paz y salvo** necesario para extender la respectiva escritura pública, no es que la condición sea indeterminada, porque se sabe muy bien en qué consiste. Sucede apenas que la condición no es valedera porque depende en lo jurídico del querer pagar o no querer pagar los impuestos, del querer obtener o no querer obtener aquel certificado, según sea el albedrío favorable o adverso que en el futuro se tenga sobre la celebración del contrato por cualquiera de las dos partes en la hipótesis a que el pleito se refiere. Lo que suprime del todo la seriedad y firmeza de la convención. Pero hay más: si en contrario se considerara que no se trata aquí de una condición potestativa simple del supuesto obligado, sino de "un hecho voluntario de cualquiera de las partes", la modalidad condicional sería entonces plenamente válida (2, 1535 C. C.), y como consecuencia la promesa de contratación.

De todos modos, cualquiera exigencia adicional a que la condición sea de recibo en el campo de las obligaciones, se divorcia de las normas citadas, y recorta, además, el artículo 1602 del Código Civil, que consagra la autonomía de la voluntad dentro del marco del orden público y las buenas costumbres.

Son, en síntesis, los motivos de mi disentimiento.

Fecha **ut supra.**

José Hernandez Arbeláez.

REIVINDICACION

Consecuencias de la no contestación de la demanda en cuanto a la posesión e identidad del inmueble. — Error de hecho y de derecho. — No se pueden alegar, simultáneamente respecto de un mismo medio probatorio. — Certificados del Registrador. — Cuándo suplen el título de dominio. — Título anterior a la posesión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, once de junio de mil novecientos sesenta y cinco.

(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 11 de abril de 1962, en el juicio ordinario seguido por Deogracias Hernández Flórez frente a Margarita González Guerra.

I

El litigio

Ante el Juez 2º Civil del Circuito de Facatativá, Deogracias Hernández Flórez demandó a Margarita González Guerra, en reivindicación de un predio denominado "Las Matas", sito en la vereda de El Cajón del municipio de Nocaima y determinado por los linderos que reza el libelo, a que acompañó, con el fin de probar su derecho, la primera copia formal de la escritura número 371 de 28 de septiembre de 1957, de la Notaría de Villeta, registrada el 17 de octubre del mismo año, por la cual el actor compró tal inmueble a Gregorio Flórez Melo. Adujo también un certificado del Registrador de Facatativá en que consta el registro de tal título y la situación jurídica del inmueble.

Sin contestación de la demanda y sin ninguna otra producción de pruebas, surtióse la primera instancia a que recayó la sentencia de 28 de abril de 1960, en la cual se denegaron las peticiones del actor. Por apelación de éste, abrióse el segundo grado de la causa, en el que de parte del mismo se produjeron algunas pruebas y que concluyó con la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 11 de abril de 1962, por la cual se confirmó la del inferior.

Consideraciones de este pronunciamiento son las de que el demandante no demostró ciertas condiciones fundamentales de la acción, "como son la posesión por parte del demandado y la identidad entre el predio que éste posee y el que reclama el actor". Cuanto a lo primero, el juzgador se detiene en afirmar que el silencio e inactividad de la demandada "no pueden ser interpretrados como un tácito allanamiento a las peticiones formuladas en su contra, ni como una confesión también tácita de los hechos fundamentales afirmados por el demandante", y que "una de las posiciones que puede asumir la parte demandada en juicio ordinario es la de no contestar el traslado inicial, sin que su omisión la perjudique pues se ha dado vigencia al principio de que quien calla ni otorga ni niega".

II

El recurso extraordinario

Contra este fallo interpuso el actor el recurso de casación, cuyo libelo al respecto,

no contestado oportunamente por la opositora, pasa la Corte a considerar:

Contiénese la censura en un capítulo único, en donde, con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., se ataca la sentencia por errores de hecho y de derecho en la apreciación de unas mismas pruebas, errores que, —se dice— ocasionaron, en último término, el quebranto de los artículos 946, 950 y 952 del C. Civ., por falta de aplicación al caso del litigio.

Lo sustancial de la acusación se reduce a lo siguiente: que el sentenciador ignoró la diligencia de inspección ocular, con intervención de peritos, efectuada en la segunda instancia, el 14 de octubre de 1960, y, por lo tanto, dejó de estimar los medios probatorios que en la misma diligencia se contienen, a saber: La inspección judicial misma, en que se identificó la finca perseguida; la confesión de la demandada Margarita González, a quien se encontró en el sitio de la diligencia y quien, al ser interrogada, "manifestó al personal del Juzgado y peritos que se hallaba en posesión del terreno y mejoras desde hace varios años"; las declaraciones de los testigos que en el mismo acto depusieron sobre la posesión de la demandada; y el dictamen de los peritos rendido allí mismo y según el cual, éstos en asocio del Juzgado y de la demandada efectuaron la identificación de la finca denominada "Las Matas", la que "se encuentra actualmente poseída por la señora Margarita González Guerra y ejerce en ella actos posesorios", punto éste sobre el cual los expertos concluyeron así: "Por tales circunstancias, así como por la versión de los testigos, conceptuamos que la nombrada señora Margarita González se halla en posesión y goce de la mencionada finca 'Las Matas', posesión que consideramos de diez años atrás a esta fecha". Y como consecuencia del error de hecho consistente en no haber visto o considerado estos medios, sostiénese que el sentenciador violó los preceptos del Código Judicial relacionados con su valoración, así: artículos 724 y 730 relativos a la inspección ocular; 605 y 606 concernientes a la confesión; 697 sobre testigos; y 722 y 723 tocantes al dictamen pericial, del que, se alega, que, si bien demuestra la posesión actual de la demandada, no sirve para acreditar el tiempo de esa posesión, a mérito de los artículos 593, 596 y 597 ibídem, por no haberse decretado con este objeto. Todo lo cual se tradujo, según el impugnante, en quebranto, por falta de aplicación, de las normas del derecho civil sobre reivindicación al principio señaladas. Aunque también se cita como disposiciones de medio infringidas los artículos 630, 632 y 635 del C. J., no se advierte qué relación tengan con las pruebas de que se trata.

Consideraciones de la Corte

1. Tratándose de la causal primera de casación, es contrario en principio a la técnica de este recurso el atacar por error de hecho y de derecho simultáneos en la apreciación de una prueba, como ocurre con la acusación que se estudia. La organización del cargo, empero, hace resaltar como predominante la cuestión del error de hecho, que será la que haya de contemplarse, dejando de lado esotra, que lógicamente no tiene cabida.

2. No estuvo acertado el Tribunal, cuando luego de suponer que el actor había acreditado el dominio sobre el predio, objeto singular de sus pretensiones, concluyó que la falta de contestación de la demanda no podía tomarse como asentimiento de la demandada a los demás hechos fundamentales de la acción. Porque, la razón de que "quien calla ni otorga ni niega" no puede ser valedera sino cuando la ley no le atribuya al silencio una significación determinada. Entonces, en el presente caso, dado el supuesto en que se colocó el sentenciador, éste no podía discurrir como lo hizo, frente al artículo 214 del Código Judicial. Bien al contrario, como lo ha dicho la Corte, "cuando el reo no da respuesta a la demanda en la cual se le señala como poseedor, acepta implícitamente este carácter con las consecuencias determinadas en el artículo 214 citado". "Califíquese el hecho de callar, en la contestación de la demanda al respecto de la posesión atribuída al demandado, o el hecho de no dar respuesta a ella, de confe-

sión ficta, de presunción, de allanamiento, de modalidad de la confesión, de consentimiento tácito, la doctrina jurisprudencial es uniforme en el sentido de que el silencio, sobre la posesión, al contestar o al dejar de contestar la demanda, implica asentimiento por parte del demandado, a la afirmación de que es el poseedor de la cosa, objeto de la acción; de manera que al probar el actor la titularidad de su derecho, aquél se hace responsable de la cosa o de su valor, a menos que el demandante proceda con mala fe comprobada... La identidad del fundo es un corolario del asentimiento del demandado al hecho de la posesión, como antes se expuso. El silencio, se repite, demuestra a la vez la posesión en el momento de la demanda y la identidad del objeto materia de la reivindicación" (Cas. 25 febrero 1949, LXV, 2068, 2069, Pág. 340; 5 mayo 1952, LXXII, 2115, Pág. 199; 22 octubre 1954, LXXVIII, 2147, Pág. 920; 27 abril 1955, LXXX, 2153, Pág. 81; 23 mayo 1955, LXXX, 2154, Pág. 351; y 10 junio 1960, XCII, 2225, 2226, Págs. 927 y 928).

3. Pero, si hubieran sido necesarios otros medios para demostrar la posesión de la demandada y la identidad del inmueble perseguido, se justificarían los cargos que hace el recurrente en cuanto a que el Tribunal erró de hecho, al no estimar la diligencia de inspección ocular con peritos efectuada por medio de juez comisionado, en la segunda instancia, y dentro de la cual obran las siguientes pruebas: el acta en lo referente a la inspección misma, en que consta que por el juez comisionado se hizo la identificación del predio; la manifestación de la demandada de estar en posesión de éste, desde hace varios años; unas declaraciones de testigos corroborantes de la posesión actual de la demandada; y el dictamen uniforme de los peritos, quienes conceptuaron sobre la identificación del inmueble reivindicado, ser la demandada su actual poseedora y tener esta posesion un tiempo de diez años atrás a la fecha de la diligencia. Ciertamente, estas pruebas fueron ignoradas por el sentenciador, quien se encerró en la consideración de que, fuera de la escritura número 371 del 28 de septiembre de 1957 otorgada en la Notaría de Villeta y del certificado que acredita la vigencia de su registro, el demandante "ninguna prueba adujo para demostrar los otros presupuestos fundamentales de la acción de dominio, como son la posesión por parte del demandado y la identidad entre el predio que éste posee y el que reclama el actor".

4. Sin embargo, a pesar de los yerros que se le anotan, la sentencia recurrida tendrá que mantenerse en pie, porque si se casara, la Corte, al entrar a dictar fallo de instancia, teniendo que estudiar en su totalidad la materia del litigio, sin recortes en la apreciación probatoria, y sin otra limitación que la que se originase en la reformatio in pejus, que no es el caso de ahora, encontraría, como ciertamente encuentra, que el título de dominio presentado por el actor, consistente en la escritura número 371 de 28 de septiembre de 1957, de la Notaría de Villeta, registrado el 17 de octubre del mismo año, es de fecha posterior a la posesión de la demandada, lo que resulta de la declaración del propio demandante contenida en la formulación de los hechos 10 y 11 de la demanda presentada el 6 de agosto de 1959, puesta en relación con el dicho de la demandada al respecto y el concepto pericial contenidos en la diligencia de inspección ocular ya referida.

5. Efectivamente: el tenor de los hechos 10 y 11 de la demanda es así: "10º La señora Margarita González Guerra diciéndose poseedora de la totalidad de la finca aquí alinderada, demandó y obtuvo de las autoridades policivas la posesión de la totalidad de ésta, privando en esta forma a mi mandante de su posesión de lo adquirido por él por medio de la escritura 371 de 28 de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete. 11º La señora Margarita González Guerra expresó en el juicio policivo haber tenido una posesión de quince años, y tanto por esta razón, como por no tener título alguno inscrito, está en incapacidad de adquirir esta finca por prescripción" (se subraya).

Si, pues, la propia parte actora, en el libelo incoativo de este juicio, a fin de atacar la posibilidad de que la demandada se considerase constituída en prescripción extra-

ordinaria, como argumento de no haberse consumado el tiempo indispensable al efecto, se acogió a la afirmación que ella había hecho antes en el aludido juicio de policía, de haber poseído el inmueble por quince años, quiere decir que quedó desde un principio, admitido por el actor, que esa posesión de Margarita González Guerra se inició con anterioridad al día 28 de septiembre de 1957, fecha del título del demandante. Anterioridad cuya demostración corrobora el dictamen de los peritos, cuando conceptúan que esa posesión actual tiene diez años, sin que obste el argumento de que a ellos no ha podido constarles directamente esa duración, porque su afirmación en el particular no la hicieron como testigos, es decir, como sujetos presenciales de los hechos posesorios, sino por vía indirecta o de inferencia, en razón de los accidentes actuales de la posesión que ellos verificaron y de los demás elementos informativos que en la inspección incidieron, todo lo cual implica ya un proceso pericial legitimado por el artículo 705 C. J.

Ni puede decirse que este preciso punto no fuese materia comprendida en el decreto de la prueba porque ésta se ordenó tal como fue solicitada por la parte actora, quien, en el punto b) de su petición al respecto, habló de que los expertos se pronunciasen sobre la actual posesión de la finca por la demandada, "que se deduce de los actos posesorios que ha ejercido y ejerce actualmente en ella tales como corte de maderas, cerramientos, plantaciones y sementeras, hechos que se remontan a poco tiempo atrás, según vestigios de los mismos actos". Vale decir que a los peritos se les pidió relacionar la posesión actual con hechos anteriores, **"según vestigios de los mismos actos"**. Solo que para el peticionario éstos **"se remontan a poco tiempo atrás"**, afirmación que, como punto de verificación, no ligaba a los peritos, quienes conceptuaron, como lo hicieron, atendidos los elementos de información que en la diligencia tuvieron a su alcance. Y como, por otra parte, ese dictamen pericial no fue atacado en la instancia en ninguna de las oportunidades que para ello tuvo el actor, no habría ahora razón para desconocer su mérito.

6. Ni tiene poder para demostrar que la titularidad de dominio del demandante se remonta a época anterior a la posesión de la demandada, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Facatativá que se acompañó a la demanda y que hace referencia a un título anterior a la venta que hizo Gregorio Flórez Melo al demandante Deogracias Hernández, por dos razones, ambas primordiales, a cual más: la una, porque es verdad consagrada la de que **los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos no suplen los títulos de dominio de los inmuebles, sino en el caso y en las condiciones excepcionales previstos en el artículo 2675 del Código Civil**, que no es la especie del litigio; y la otra porque, aunque así no fuese, el aludido certificado del Registrador de Facatativá, de lo único que da fe, como antecedente de la escritura número 371, es de que a Gregorio Flórez, vendedor de Deogracias Hernández, se le adjudicó, en la "partición material extrajudicial" de bienes de la sucesión de Bautista Aldana, "un derecho por la cantidad de ciento noventa y cuatro pesos con cuarenta y dos centavos y medio, con relación a un avalúo de quinientos pesos dado a un inmueble denominado 'La Mata', determinado por los mismos linderos señalados en el punto anterior, y como equivalente a ese derecho o cuota se le determinó un lote, parte del anterior, por linderos especiales", los que ni siquiera expresa el certificado. Lo cual querría decir que el demandante Hernández en manera alguna ha acreditado que su antecesor Gregorio Flórez Melo tuviera título de dominio sobre la totalidad del inmueble "Las Matas" que éste dijo vender a aquél y que es objeto de la reivindicación, ni siquiera cuál sea la parte que del mismo predio se le hubiera adjudicado a Flórez como cuerpo cierto.

7. No habiéndose, pues, demostrado que sobre la finca que se reivindica tenga el demandante un título de dominio registrado anterior a la posesión de la demandada, mal podría decretarse la reivindicación pedida, por lo que se impone el dejar en firme el fallo recurrido.

En atención a la rectificación de doctrina, no habrá lugar a condenación en las costas del recurso.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once (11) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1962), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada.

El Secretario,

Ricardo Ramírez L.

REIVINDICACION

Para demostrar la identidad del inmueble basta que razonablemente se trate del mismo predio según sus características fundamentales, y no es de rigor que los linderos se puntualicen de modo absoluto sobre el terreno. — Frente al demandado sería inoficiosa la condena a restituir un objeto de que no es responsable por hallarse exento de reticencia culpable y no haber estado nunca el bien en su poder. — Técnica de casación. — No son de recibo en casación los cargos subsidiarios, dubitativos o de términos medios. — En principio, no pueden concurrir los errores de derecho y manifiesto de hecho en el ámbito probatorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, once (11) de junio de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez).

Ha versado el presente litigio sobre la reivindicación para Rafael A. Correa Serna y Joaquín A. Correa Serna, como dueños en comunidad por partes iguales "de la finca La Granja, de treinta y cuatro hectáreas diez centésimos de cabida (H. 34, 10), situada en la sección de corte número 25, entre Pantoja y Neerlandia, en comprensión de este distrito (Ciénaga), así alinderada: Norte, en parte, tierras que fueron de Víctor y Mercedes Miranda; en parte, finca Santa Marta, de Mariana N. de Riascos; y en el resto, finca Colonia, de la familia Campo Serrano; Sur, finca Santa Rosa, de los citados Campo Serrano; Este, finca Colonia, de la familia Campo Serrano, camino real de Riofrío en medio; y Oeste, tierras que fueron de Víctor y Mercedes Miranda".

La demanda se entabló contra "la sociedad conyugal ilíquida Riascos-Labarcés, representada por la socia sobreviviente Carmen Labarcés v. de Riascos, mujer viuda, en su doble carácter de tal y de heredera declarada del ya heredero declarado Alejandro Riascos Labarcés, y por los restantes herederos declarados del socio difunto César Riascos Cifuentes, señoras Josefina Riascos de Llinás, mujer casada, y Carmen Cecilia Riascos v. de Carrillo, mujer viuda, y los señores Dr. Alfredo Riascos Labarcés, Raúl Riascos Labarcés, Armando Riascos Labarcés, César Enrique Riascos Labarcés y Rodrigo Riascos Labarcés, varones todos mayores, todos ausentes de este distrito, cuyos domicilios y residencias actuales ignoro..." aseveró el procurador de los actores, por lo que a los demandados se les dio curador para la litis, quien denunció el pleito "a la señora Clara Serna v. de Correa, madre de los demandantes, mayor de edad y de este vecindario, para que ella se presente a contestar la demanda y a estar a derecho en el juicio... porque la denunciada es la obligada a responder en este juicio, según se desprende de la promesa de venta que acompaño y de los recibos correspondientes al pago del precio del inmueble prometido en venta, recibos que ascienden a la suma de veinticinco mil cuatrocientos pesos moneda legal ($25.400.00 m/l.)".

Después de abierto el negocio a pruebas, varios de los demandados se apersonaron por medio de mandatario judicial.

Con sentencia plenamente absolutoria de 11 de marzo de 1961 el Juez 1º Civil del Circuito de Ciénaga puso término a la primera instancia. Y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en la suya de 24 de febrero de 1964 confirmó el pronunciamiento.

Resuelve ahora la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora.

El fallo acusado

Después de encontrar acreditado el dominio de los actores como herederos de Rafael A. Correa Barranco, cuyo juicio sucesorio fue protocolizado en la Notaría 2ª de Ciénaga por escritura 17 del 8 de enero de 1958, el Tribunal expresa:

"**Posesión de los demandados.** En un principio se tuvo que nombrar curador ad-litem a la parte demandada, nombramiento que recayó en el doctor ... quien después renunció, habiéndolo reemplazado el doctor ... En la contestación dada por éste a la demanda, escrito que aparece a folio 49 del cuaderno principal, acepta que su representada está en posesión del bien que se pone en la demanda, pero denuncia el pleito a la señora Clara Serna v. de Correa, madre de los actores, quien debe salir al saneamiento por la promesa de venta que hizo y por los recibos firmados por ella en virtud de las sumas recibidas por concepto del precio de la finca. Tales recibos aparecen de folios 41 a 48 del cuaderno citado.

"Está, por consiguiente, acreditada la posesión que se atribuye a los demandados, por expreso reconocimiento que de ello hacen.

"**Singularización e identificación del inmueble.** Este tercer elemento, que es la culminación del deber que tiene el actor de suministrar todas las pruebas indispensables para el éxito de la acción reivindicatoria, no aparece, a juicio de la Sala, plenamente demostrado. Ni en la primera instancia, ni en esta segunda, en que también se decretaron pruebas, pudo el apoderado de los actores identificar satisfactoriamente el bien materia de la acción. Desde luego que una propiedad puede cambiar de linderos según las transacciones que se hagan con las propiedades vecinas, cosa que puede suceder después de presentada la demanda, pero en tales casos se deben buscar los medios idóneos para llevar este convencimiento al juzgador y para que él pueda hacer un razonamiento y conclusiones lógicos y de acuerdo con la justicia. Lo importante, lo esencial en una reivindicación, es la comprobación que se hace o debe hacerse en la inspección ocular. Esta es la prueba fundamental, en ella debe quedar claramente determinado todo para que las pretensiones del demandante tengan cabal satisfacción. Probar lo de rigor en otro momento distinto o sea fuera de la inspección ocular, es hacer una demostración teórica pero no directa como lo exige la ley.

"En la demanda se ponen los siguientes linderos del predio: Norte, en parte, tierras que fueron de Víctor y Mercedes Miranda; en parte, finca Santa Marta, de Marina M. de Riascos; y, en el resto, finca Colonia, de la familia Campo Serrano; Sur, finca Santa Rosa, de los citados Campo Serrano; Este, finca Colonia, de la familia Campo Serrano, camino real de Riofrío en medio; y Oeste, tierras que fueron de Víctor y Mercedes Miranda.

"En la inspección ocular practicada por el Juez se tuvieron los siguientes resultados: Norte, finca La Colonia, de la familia Campo Serrano, en parte; en otra parte, finca Santa Marta de Marina M. de Riascos; y en otra parte finca El Carmen, de Carmen L. de Riascos o de la sucesión del señor César Riascos; Sur, finca del doctor Pablo Mercado Serna; Este, finca La Colonia, de los señores Campo Serrano, camino real de Riofrío en medio, y Oeste, potreros Primavera de los herederos del señor César Riascos.

"Como bien puede apreciarse no coinciden los linderos dados en la demanda con los que se constataron en la inspección ocular.

"La inspección ocular ordenada practicar, por comisión, por esta Sala, arrojó un

resultado análogo a la practicada en la primera instancia, ya que lo observado por el Juez y los peritos no es igual a lo afirmado en la demanda. Esta inspección ocular se desarrolló teniendo en cuenta un plano de la finca presentado y los peritos concluyeron su dictamen de la siguiente manera:

" 'Lo que se recorrió durante la inspección ocular fue solo una parte de lo registrado en el plano de replanteo que se adjunta y en el que se señala lo recorrido en dicha inspección, y en el que solo se observa diferencia en los recorridos en el lindero Norte'. Y al responder a la pregunta si el hectareaje del plano correspondía al predio recorrido en la diligencia respondieron: 'No corresponde ya que el perímetro o polígono recorrido fue menor. Hectáreas del replanteo: 34 Hct., 7 495 M2. En el plano está marcado dicho recorrido en esta forma ... y el del replanteo, una línea continua con sus puntos y rumbos'.

"No está pues demostrado este último elemento, indispensable como ya se dijo, para que prospere la acción reivindicatoria".

La acusación

Sobre la misma base de que en el campo jurídico el Tribunal solo concediera a la inspección ocular categoría probatoria para establecer la identidad de objeto en los juicios reivindicatorios, el recurrente invoca error de derecho y después error evidente de hecho, con violación consecuencial de los artículos 946, 949, 950, 952 y 961 a 970 del Código Civil, por no haberse aplicado el litigio.

I. En cuanto a error de derecho, el recurrente trae citas doctrinales de la Corte acerca de que todos los medios de la tarifa son de recibo para acreditar la identidad del objeto como elemento de la reivindicación, aunque al respecto la inspección ocular pueda considerarse en la práctica como la prueba por excelencia.

Encuentra así "desacertada la actitud del Tribunal que se niega a revisar pruebas distintas de la inspección porque contienen 'una demostración teórica pero no directa como lo exige la ley'." Por lo cual entiende la censura que "se cometió un error de derecho en la apreciación de esos otros medios, privados infundadamente de todo valor, contrariando el dictado legal y jurisprudencial que los acepta como base de plena convicción a efecto de acreditar la identidad de un fundo".

Enumera el libelo de casación como medios así omitidos por el sentenciador, varios memoriales de la parte demandada, copia de la diligencia de inventarios y avalúos en la sucesión de César Riascos Cifuentes, copias de escrituras públicas y del plano de La Granja protocolizado con uno de esos instrumentos; los testimonios de Santiago Méndez, José I. López, Juan M. Pacholas, Julio César Avendaño, Santander Rozo, Joaquín Miranda y Martín Villafañe, los cinco últimos aducidos por la parte demandada; e inspección ocular en la Oficina de Registro de Ciénaga. Después comenta:

"El error cometido al no haber considerado ninguna de tales demostraciones fue de derecho, pues para prescindir de ellas el Tribunal partió de negarles cualquiera relevancia, considerando que la identidad no puede desprenderse sino de inspección ocular al predio".

Y más adelante:

"De todos los medios probatorios señalados aparece nítidamente la precisión del inmueble materia de la reivindicación, como un cuerpo cierto, perfectamente determinado, con identidad absoluta y con una coincidencia total entre él como objeto de dominio por parte de los actores y de posesión por parte de los demandados.

"Resulta inconcebible y de contera inaceptable, que una extensión rural individualizada de un siglo atrás, perfectamente conocida y reconocida, de hecho y documentalmente, precisada a través de levantamientos topográficos, situada en medio de otras haciendas igualmente determinadas y conocidas, no sea identificada ni identificable, desaparezca de la superficie, tan solo porque

las inspecciones oculares fueron deficientes o no satisfacen el rigor de un Tribunal que pudiendo practicar el reconocimiento se abstuvo de hacerlo, o porque los poseedores actuales, que también lo son de los más de los predios circunvecinos, han procurado borrar los cercos antiguos, esfumar los caminos, levantar los mojones, todo con la exclusiva mira de impedir un pronunciamiento...".

Escruta uno por uno los linderos del predio a través de esos mismos medios, y dice:

"Observando los planos, leyendo los documentos, siguiendo la ruta de las inspecciones y repasando los dictámenes periciales, pruebas olvidadas de la sentencia, las primeras, y examinadas sin apoyo documental alguno, las segundas, surge la convicción absoluta de que la sentencia es infundada, de que por una estrechez conceptual y doctrinaria se ha sacrificado un derecho evidente; de que nadie puede dudar de que el predio reivindicado fue recorrido e identificado a satisfacción. Todos, comenzando por los demandados, saben y reconocen la existencia del fundo La Granja, de 34,10 hectáreas, comprendido dentro de los linderos señalados en la demanda, con las alteraciones propias del cambio de propietarios en tres de sus costados, perfectamente establecidas como contribución mayor al resultado; el único que ignora la singularidad de dicho fundo es el Tribunal. Y su actitud obedece, inicialmente, al rechazo de medios idóneos para la identificación; seguidamente, por cuanto fuera de haber apreciado erróneamente las diligencias de inspección y los dictámenes en sí considerados —como se anota en el otro cargo— los valoró sin el auxiliar aclaratorio conformado por el resto del acervo probatorio.

"De este modo se plantea con nitidez el recorrido de la argumentación judicial: Creyendo que solo la inspección judicial puede demostrar la identidad de un fundo, descartó de plano otros medios probatorios (error de derecho en cuanto a la apreciación de éstos), que por sí solo acreditan el hecho indagado; además, desatendió los resultados propios de las inspecciones oculares, y así no hubiera cometido esta segunda falta, los apreció aislados de los elementos de juicio complementarios que las dotaban de fuerza convictiva plena en torno a identificacion; solo así se explica su negación de este hecho cabalmente acreditado, y solo así se produjo la absolución, la cual, por ser contraria a lo que se demandó y probó, encarna quebranto de las normas que regulan la reivindicación y sus secuelas que no fueron aplicadas a una situación que las solicitaba e imponía".

II. En lo que atañe al invocado error manifiesto de hecho, vuelve el recurrente al examen de los linderos, y después de observar que no hay discrepancia por oriente, sur y occidente dice en cuanto al norte:

"Los peritos considerando que lo que recorrieron en la inspección no fue toda la finca La Granja, sino una porción de ella, pues entre el replanteo (34, 7 Hts.) y el recorrido (32,6 Hts.), existe una diferencia de 2,1 hectáreas, expresan que solo se observa diferencia en el lindero norte. O sea que para ellos hay perfecta claridad e identificación ya apenas una restricción de área, ocasionada por la pérdida de algunos mojones en el lindero norte".

Hace el recurrente una serie de consideraciones en torno de los mismos medios que el Tribunal no estimara, y concluye así:

"Resultando de inspecciones y dictámenes la prueba de la identidad; abundando ésta con el apoyo de las demás probanzas, el error de hecho se aprecia por mero cotejo entre las dos versiones; error que llevó a declarar no probado lo que se demostró fehacientemente, para por ese medio dejar de aplicar las reglas de la acción de dominio que fueron invocadas y debían emplearse"

Se considera

1. En técnica demasiado estricta pudiera descubrirse alguna impropiedad en los enunciados y acaso en el planteamiento mismo de la censura. Pero aún dentro del rigor que la naturaleza extraordinaria del recurso impone, sería regresivo a la fórmula sa-

cramental el criterio que desdeñara el contenido manifiesto del cargo para sacrificarlo al tecnicismo más o menos académico. Ello no estaría en concordancia con la vida del derecho, que se caracteriza por su poder de adaptación a la actividad justa y ascendente del medio social que en concreto rige.

2. Por manera que si la índole del recurso de casación rechaza los cargos subsidiarios, dubitativos o de términos medios; y si en materia de pruebas los errores de derecho y evidente de hecho no se predican al mismo tiempo, tampoco es improbable que el error conceptual sobre los medios idóneos para el esclarecimiento de los hechos, traiga por consecuencia que los ojos del sentenciador, por falta de luz jurídica, no vean lo que sin duda alguna está en forma notoria demostrado en los autos. Así es como en eventos semejantes, por no otorgar el mérito legal a todos los medios aceptados por la regulación probatoria para acreditar la causa petendi, el sentenciador llega a situarse en la ciega posición que, a tiempo de vulnerar el régimen de pruebas, no ve y por ello no valora los medios que obran en el proceso. Sucede entonces como si concurrieran los errores de derecho y manifiesto de hecho, aunque en último análisis toda la cuestión queda absorbida por el yerro de derecho.

3. Tal fue el espejismo que por erróneo rigor de criterio afecta el fallo acusado: De una parte, entendió que la inspección ocular es la única prueba de recibo para identificar el fundo reivindicable. Y de otra, que para el mismo fin es siempre necesario precisar sobre el terreno los límites de la respectiva heredad.

No lo primero, porque ninguna restricción existe en el ámbito probatorio si no es por virtud de ordenamiento expreso, que para el caso no aparece. Y no lo segundo, porque la cuestión de límites no es problema entre el reivindicante y el poseedor, sino que se proyecta, como es obvio, sobre los dueños de los predios colindantes.

4. Queda al abrigo de cualquiera duda que para hallar la identidad del fundo reivindicado no es de rigor que los linderos se puntualicen de modo absoluto sobre el terreno; o que la medición acuse exactamente la superficie que los títulos declaran; o que haya coincidencia matemática en todos y cada uno de los pormenores por examinar. Basta que razonablemente se trate del mismo predio según sus características fundamentales. No es posible, en efecto, confundir el deslinde y amojonamiento con la reivindicación.

5. Por el espíritu en que el artículo 214 del Código Judicial se informa, cabe observar la inoficiosidad frente al demandado de la condena que se le hiciera a restituir una cosa de la que no responde por hallarse exento de reticencia culpable y no haber estado nunca el objeto en tenencia suya. De esa suerte el hecho mismo de afrontar la litis reivindicatoria del bien determinado en el libelo, es claramente indicativo y, en las hipótesis de la ley, concluyente para hacer del demandado sujeto pasivo de sentencia adversa, supuesto que vengan a reunirse los demás elementos para basar en derecho la condenación.

6. Sin el espejismo atrás anotado, el sentenciador habría visto que las inspecciones sobre el terreno fueron de suyo suficientes para identificar el fundo de La Granja. Del mismo fallo acusado se desprende que la diferencia en los recorridos solo se refiere al lindero norte, y cuanto a la superficie de la heredad, a lo que va de 34 hectáreas y 7.495 metros cuadrados, a 32 hectáreas y 6.000 metros cuadrados, lo cual, en lugar de negativa, viene a ser clara afirmación de identidad esencial del objeto de la demanda con el que los demandados poseen. Máxime cuando los demás elementos que el proceso exhibe y la censura comenta e inventaría, del propio modo que la conducta misma de quienes afrontaron el pleito en todas sus fases, concurren a esforzar hasta la evidencia la demostración de la susodicha identidad.

7. La censura, en consecuencia, está fundada, mas no en cuanto califica de mala fe a quienes deben restituir. Porque aparte de que la buena fe se presume por ley, obran

en autos atestaciones documentales que la respaldan, como son la llamada promesa de venta a Carmen L. de Riascos por Clara v. de Correa en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Joaquín y Rafael Correa (hoy demandantes en el juicio) como sucesores de Rafael Correa; así como también los recibos consecuenciales por varios contados en dinero imputables a la suma convenida en calidad de precio. Esto acredita a todas luces la buena fe de los poseedores, y su derecho a ser tratados con ese carácter dentro de las provisiones legales para el juicio reivindicatorio que prospera, puesto que aparte de la identidad no se ha controvertido ninguno de los otros elementos de la acción.

Lo que a la vez justifica y motiva el fallo de reemplazo.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 24 de febrero de 1964 proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, REVOCA la de fecha 11 de marzo de 1961 dictada por el Juez 1º Civil del Circuito de Ciénaga, y en su lugar RESUELVE:

1º Dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento "la sociedad conyugal ilíquida Riascos-Labarcés, representada por la socia sobreviviente Carmen Labarcés v. de Riascos, mujer viuda, en su doble carácter de tal y de heredera declarada del ya heredero declarado Alejandro Riascos Labarcés, y por los restantes herederos declarados del socio difunto César Riascos Cifuentes, señoras Josefina Riascos de Llinás, mujer casada, y Carmen Cecilia Riascos v. de Carrillo, mujer viuda, y los señores Dr. Alfredo Riascos Labarcés, César Enrique Riascos Labarcés y Rodrigo Riascos Labarcés, varones todos mayores", restituirán a los demandantes Rafael A. Correa Serna y Joaquín A. Correa Serna en comunidad y por partes iguales el inmueble La Granja, por la ubicacion y determinaciones señalados en la demanda inicial, y los frutos desde el día 3 de septiembre de 1958 en que se ligó el vínculo procesal hasta la fecha de la entrega.

2º Las prestaciones mutuas se deben de acuerdo con el tratamiento legal para los poseedores de buena fe, se regularán por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, son compensables en su caso, y por el saldo resultante a su favor otorgan a los demandados el derecho de retención.

3º Inscríbase esta sentencia en el Registro competente

4º Sin costas. Ni en las instancias ni en casación.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbeláez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESTITUCION DE UN AUTOMOTOR

Interpretación errónea de la demanda. — Cuándo ocurre. — La matrícula en el Tránsito no es título de dominio sobre un automotor. — Caso en que puede la Corte glosar la interpretación de la demanda hecha por el Tribunal. — Causal 2ª de casación. — Sentencia judicial. — Para su validez no es menester que venga al juicio acompañada de todo el proceso a que puso fin dicha providencia. — Los Arts. 484, 506, 307, 308, 310, 312, 320 y 327 del C. Judicial no son normas sustanciales, y los Arts. 5º de la Ley 7ª de 1934 y 1º de la Ley 39 de 1961, no constituyen normas de valoración probatoria. — La confesión no perjudica sino a quien la hace. — No es dable acusar por error de hecho y de derecho simultáneamente, un mismo medio probatorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Ignacio Gómez Posse).

Juicio ordinario de Domingo Monsalve M. contra Luis y Francisco Monsalve M.

I

Antecedentes

Ante el juez del circuito promiscuo de Santo Domingo, trajo a juicio Domingo Monsalve M. a Luis y Francisco de los mismos apellidos, para que se hicieran los siguientes pronunciamientos:

"a) Que el vehículo automotor marca Ford, modelo 1960, Motor número F60DE-3006, Placas Nº A 59335 es de propiedad exclusiva de Domingo y Luis Monsalve M.

"b) Que como consecuencia de la declaración anterior, es nulo, de nulidad absoluta, el traspaso hecho por la Ford a favor de Francisco Monsalve Muñoz del carro Ford, modelo 1960, motor número F60DE-3006, placas Nro. A59335.

"c) Que también como consecuencia de la declaración del literal a) el señor Francisco Monsalve M., queda obligado a devolver, dentro del término que ese Despacho señale, el traspaso a los señores Domingo y Luis Monsalve Muñoz, a cada uno de ellos por mitad en pro indiviso del carro Ford, modelo 1960, motor Nro. F60DE-3006, placas Nro. A59335.

"d) Que el señor Luis Monsalve debe entregar a Domingo Monsalve Muñoz, la mitad de los producidos desde la fecha de adquisición del automotor tantas veces citado.

"e) Si temerariamente los demandados afrontaren este litigio, pido sean condenados en costas".

Los hechos fundamentales de la acción pueden reducirse a lo siguiente:

Luis Monsalve M. propuso, en marzo de 1960, al demandante que hicieran una com-

pañía o sociedad de hecho, para la adquisición de un vehículo automotor, con el fin de explotarlo económicamente en la línea Medellín-Santo Domingo y viceversa.

Domingo Monsalve M aceptó el negocio "siempre y cuando estuviese dispuesto (Luis Monsalve) a no ocasionarme problemas y que la administración del vehículo se hiciese de común acuerdo y en la mayor armonía".

Hecha la convención procedieron a comprar en la Agencia de Automóviles Ford de Medellín, el vehículo antes expresado, para lo cual fue necesario dejar una cuota de cuatro mil pesos, de los cuales Domingo aportó la suma de tres mil quinientos pesos, suma que entregó al recomendado de Luis y que este entregó a la Agencia en referencia mientras llegaban los chasises.

En su oportunidad la Agencia vendedora del carro exigió la primera cuota del precio o sea la suma de quince mil pesos, y para tal efecto Domingo entregó a Luis la suma de cuatro mil pesos m. c. que con los aportados antes completaba la suma de siete mil quinientos pesos que al primero le correspondía aportar para cubrir el primer contado del precio.

En la misma fecha Domingo entregó a Luis la suma de dos mil quinientos pesos m. c. para la adquisición de la carrocería, quedando a deber quinientos pesos, pues Luis le manifestó que dicha carrocería valía la suma de seis mil pesos.

Como los comprobantes relacionados con la compra del vehículo a la Agencia Ford se hicieron únicamente a nombre de Luis, Domingo le reclamó sobre el particular y aquél le manifestó que como el carro continuaba figurando a nombre de la Agencia vendedora hasta el pago total del precio, en el traspaso definitivo hecho ante el Tránsito, se haría figurar a Domingo como dueño de la mitad del automotor.

De acuerdo con el pacto celebrado entre Domingo y Luis, el resto del precio del carro fue pagado con los producidos del mismo vehículo, quedando un saldo de estos productos a favor de la compañía, el cual no se ha liquidado, pues Luis no ha rendido cuentas a Domingo.

Cuando estuvo cancelada la totalidad del precio, Luis autorizó a la Agencia vendedora para que el traspaso en el Tránsito se hiciera en cabeza de Francisco Monsalve M., incumpliendo así sus obligaciones para con Domingo.

Francisco Monsalve "no tuvo intención de adquirir ese vehículo, ni Luis Monsalve de vendérselo o de hacerle realmente el traspaso, pues Francisco Monsalve no ha dado suma alguna por ese vehículo, ni lo ha administrado un solo momento, ni se ha entendido con sus conductores y ayudantes, es decir, no ha ejercitado un solo acto de dominio, corroborando así que el traspaso que se le hizo es simulado o inexistente y que tuvo como único y exclusivo fin desconocerme como propietario de la mitad de dicho aparato y como dueño de la mitad de sus productos o utilidades —frutos civiles naturales—".

El carro no es de propiedad de Francisco Monsalve, sino de Domingo, y de Luis, de por mitad para cada uno

Admitida la demanda y corrido el respectivo traslado los demandados negaron la totalidad de los hechos fundamentales y se opusieron a que se hicieran las declaraciones suplicadas.

Previo el rito procesal correspondiente fue fallado el pleito en la primera instancia, mediante sentencia en la cual se reconoció pleno derecho a la parte demandante y se hicieron todas las declaraciones impetradas. Por apelación de los opositores subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en donde se dictó sentencia con fecha veintinueve de enero de mil novecientos sesenta y tres, para disponer:

"1º Se confirman los numerales primero, tercero y cuarto de la sentencia apelada, con la modificación o aclaración de que la

obligación a cargo del señor Francisco Monsalve es la de hacer el traspaso de la matrícula en las oficinas de Transportes y Tránsito del Departamento de Antioquia a favor de Luis y Domingo Monsalve M.; de que el señor Luis Monsalve está obligado a entregar al demandante la mitad pro indiviso del automotor de que trata el juicio; y de que al verificarse la liquidación de frutos se incluirán los percibidos y los que hubiera podido percibir el demandante con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, incluyendo los percibidos antes de la contestación de la demanda, previo abono de los gastos ordinarios invertidos en producirlos; se abonará al demandado Luis Monsalve la suma de setecientos cincuenta pesos ($ 750.00) pagada por éste a cuenta de la carrocería, que el demandante no probó haber pagado. 2º Se revoca el numeral segundo de la misma sentencia. Las costas de la primera instancia a cargo de los demandados".

II

La sentencia acusada

Estudia el Tribunal el acervo probatorio militante en el juicio, se detiene en la confesión presunta o ficta del codemandado Luis Monsalve M., y dice:

"Conforme al interrogatorio respectivo resulta forzoso dar por ciertos los siguientes hechos: Que en marzo de mil novecientos sesenta, Luis Monsalve le pidió al demandante que formaran una compañía, adquiriendo un carro para explotarlo en la línea Medellín Santo Domingo y viceversa; que habiendo aceptado el demandante sacaron en la Agencia de Automóviles (Ford) el carro Ford 1960-motor Nº F.60 D. O. E. 3.006; que cuando Luis Monsalve viajó a Medellín a escoger el carro, le dijeron que no habían llegado los chasises, pero que dejara una cuota de cuatro mil pesos para la cual el demandante aportó tres mil quinientos pesos, entregados a Rubén Zuluaga, recomendado de Luis Monsalve; que cuando vinieron los chasises, le ajustó el valor de la primera cuota que se debía dar que era de quince mil pesos, o sea que le entregó para tal fin cuatro mil pesos; que el mismo día le entregó dos mil quinientos pesos como abono a la mitad de lo que valía la carrocería; que cuando se trató de sacarle placas al carro, Luis Monsalve se hizo figurar solo en los comprobantes de la Ford, y al llamarle la atención, le explicó que ésto se arreglaría cuando se acabara de pagar y se hicieran los traspasos definitivos; que de acuerdo con lo convenido de que con los productos del carro se continuaría abonando a las letras mensuales, ya se cancelaron éstas; que el codemandado Luis Monsalve reconoce como condueño al demandante, con respecto a la mitad del carro".

Niega valor probatorio a la presunta respuesta de la posicion sexta por encontrarla vaga e indeterminada "y como consecuencia será para tener en cuenta en la liquidación de frutos percibidos tal circunstancia".

Hace el análisis de las pruebas presentadas por el demandado Luis Monsalve, para concluir que ellas no alcanzan a desvirtuar el valor de la confesión ficta o presunta, y continúa:

"Mediante la prueba comentada se ha de dar como acreditado el derecho del actor para que se le tenga como dueño de la mitad del automotor, y con la prueba testimonial aducida por las partes se comprobó que el demandado Luis Monsalve es el poseedor del vehículo ya que tampoco se ha discutido el hecho de la posesión".

Con relación a la identificación del objeto de la reivindicación, dice el Tribunal "En la segunda instancia se completó con la intervención de peritos la identificación y quedó claramente establecido que el aparato a que se refiere la demanda es el mismo secuestrado y que poseía el señor Luis Monsalve, con arreglo a los factores diversos como la marca, el número del motor, el número de las placas, etc. (Dictamen rendido por los señores Octavio Jaramillo y Alfonso Monsalve, de fecha 27 de agosto de 1962)".

Con fundamento en ese análisis probatorio considera que "Queda así establecida la

acción en armonía con las normas de los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. Civil y la jurisprudencia nacional, al demostrarse en el proceso que el demandante tiene la calidad de dueño de la mitad del carro; que el demandado Luis Monsalve es el poseedor y que, se trata en uno y otro caso del mismo bien, todo lo cual indica que la primera declaración pedida en la demanda y formulada en la sentencia que se revisa es procedente".

Por lo que hace al codemandado Francisco Monsalve dice que este "absolvió posiciones antes del juicio y que evidentemente reconoció que no tiene parte en el carro, y apenas figura su nombre en la matrícula, que nada tiene que ver con el vehículo, ni con su administración o con sus productos.

"En consecuencia se colige que al hacer la declaración que contiene el numeral tercero de la resolución apelada, con la aclaración de que el traspaso se refiere a la matrícula en la Oficina de Transportes y Tránsito, se restablece al demandante en su derecho, sin que haya lugar a declaración alguna de nulidad del traspaso hecho por la Agencia Ford, por falta de fundamento legal o técnica jurídica, puesto que se repite que para el caso el procedimiento jurídico es hacer efectiva por medio de la sentencia la respectiva acción sobre prevalencia en lo atinente a la matrícula, habida consideración además de que las certificaciones que obran en los autos dan fe de que en la matrícula está figurando Francisco Monsalve".

En lo atañedero a la restitución de frutos, afirma el sentenciador que ello es corolario de la restitución del objeto reivindicado, al tenor de lo mandado por los artículos 962 y 964 del C. C.; y agrega que esa restitución debe comprender los frutos percibidos con anterioridad a la contestación de la demanda, "por cuanto los hechos comprobados en la confesión ficta excluyen la buena fe del poseedor en el caso del pleito".

Contra esta sentencia se interpuso recurso extraordinario de casación, se presentó oportunamente la correspondiente demanda, la cual fue replicada por el apoderado de la parte opositora; y toca ahora a la Corte resolver sobre el particular.

III

La acusación

Once cargos se formulan en contra de la sentencia impugnada, los cuales se estudian en el orden que les corresponde:

Primer cargo

Cargos segundo, tercero y séptimo de la demanda.

Segundo cargo

Se impugna la sentencia por error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda. En desarrollo de la acusación, se refiere en primer lugar al siguiente concepto expuesto en la parte motiva de la sentencia:

"En consecuencia se colige que al hacer la declaración que contiene el numeral tercero de la resolución apelada, con la aclaración de que el traspaso se refiere a la matrícula en la Oficina de Transporte y Tránsito, se restablece al demandante en su derecho, sin que haya lugar a declaración alguna de nulidad del traspaso hecho por la agencia Ford, por falta de fundamento legal o técnica jurídica, puesto que se repite que para el caso el procedimiento jurídico es el de hacer efectiva por medio de la sentencia la respectiva acción sobre prevalencia en lo atinente a la matrícula, habida consideración además de que las certificaciones que obran en los autos dan fe de que en la matrícula está figurando Francisco Monsalve".

Sobre el particular dice el recurrente que "el Tribunal consideró que en la demanda se estaba instaurando una acción, mejor dicho una pretensión, de prevalencia en lo atinente a la matrícula' y que ésta podía prosperar en la sentencia sin necesidad de hacer declaración alguna de nulidad del traspaso del automotor".

Agrega en seguida que "en parte alguna de la demanda aparece que se está incoando

esa tal 'acción' o pretensión, que, dicho sea de paso, no existe en derecho". Afirma que el texto de la demanda es claro y hace, al respecto una enumeración de las peticiones del libelo; y dice que esas peticiones se fundamentan en dos bases: existencia de una sociedad de hecho entre el actor y Luis, conforme a la cual corresponde al primero la mitad del vehículo; y "nulidad de la venta y traspaso del vehículo a Francisco".

Considera que el Tribunal interpretó la demanda como si se pidiera la prevalencia del registro en la circulación, independientemente de aquellos dos claros y expresos fundamentos de la demanda, "con lo cual le dio un sentido distinto y aun opuesto al que tiene".

De otro lado declara que "el Tribunal creyó ver una petición de entrega al demandante de la mitad indivisa del automotor y por eso lo ordenó expresamente en la resolución"; pero que en parte alguna de la demanda se hace tal petición, ya que lo pedido es muy distinto. Destaca su afirmación de que no se hizo la petición de entrega material al demandante, "por la potísima razón de fundarse en una sociedad de hecho, lo que excluía tal entrega personal, pues en último caso correspondía hacerla a esa sociedad de hecho, ilíquida".

Considerando la cuestión desde otro aspecto expresa que "si bien el demandante invierte el orden de los cargos, es absolutamente claro a la luz de la lógica y la hermenéutica, que para la prosperidad de la petición de dominio tenía que prosperar primero la petición de nulidad del traspaso de la Ford a Francisco. Si este traspaso queda en pie, el dominio corresponde a Francisco; para que el dominio sea de Luis Domingo, es indispensable que ese traspaso a Francisco sea invalidado. Es decir, es absolutamente claro que no podía hacerse declaración de dominio, sin resolver primero sobre la declaración de nulidad del traspaso a Francisco. Sin embargo, el Tribunal creyó que en la demanda se intentaba una petición de dominio independiente de la petición de nulidad de dicho traspaso, como lo dice expresamente el párrafo transcrito".

Por último manifiesta el impugnante que el Tribunal interpretó la demanda "como si se ejercitara la acción de dominio (petición a), sin fundamentarla en la existencia de una sociedad de hecho, que en forma clara se alega en los hechos uno a tres, como causa de tal petición: "al hacerlo así, interpretó con error manifiesto, claro y protuberante el libelo".

Como consecuencia del error manifiesto de hecho que imputa a la interpretación de la demanda, deduce el recurrente la violación de los artículos 246 (sic) 247 (sic) 250 (sic), 952, 962 y 964 del C. Civil, por indebida aplicación ya que sirvieron al fallador de base para dictar la sentencia impugnada.

Por la causal 2ª del artículo 520 del C. Judicial, incongruencia, se impugna el fallo, y a propósito se expresa en el tercer reparo: "El Tribunal incurrió en una doble incongruencia: 1ª No tuvo en cuenta la causa petendi de la declaración de dominio pretendida en el punto 1º de la demanda, es decir, que ésta pretensión quedó basada sobre la existencia de una sociedad de hecho y de la nulidad del traspaso a Francisco Monsalve; 2ª decretó una restitución material que no estaba pedida".

Después de afirmar que hay incongruencia, no solo cuando se declara no pedido, sino cuando se hace por causa petendi distinta de la invocada en la demanda, por ser ésta uno de los elementos determinantes de la pretensión, agrega: "La demanda incurrió en clara ineptitud sustancial, al plantear como causa petendi esa sociedad, para luego abstenerse de formular declaración al respecto, previa a la de dominio. Pero el Tribunal no podía suplir esa omisión y los hechos 1º a 3º de la demanda lo vinculaban inexorablemente: solo podía declarar el dominio sobre la mitad del automotor, en cabeza del demandante, sobre la base de tales hechos o causa petendi".

Invoca en su favor algunas doctrinas de la Corte, contenidas en sentencias de 22 de junio de 1960 y 2 de diciembre de 1954 (To. XCII y LXXIX, respectivamente).

En el cargo séptimo, y para reafirmar su criterio sobre la causal propuesta, asevera:

"El Tribunal reformó la sentencia del a-quo, para condenar a Luis Monsalve 'a entregar al demandante la mitad pro indiviso del automotor de que trata el juicio'. (Fl. 28 vt.).

"Pero en parte alguna de la demanda se pide tal entrega. En la petición a) se solicita la declaración de dominio; en la b) la nulidad absoluta del traspaso; en la c) la devolución del 'traspaso' o sea que Francisco firme en la circulación la carta de traspaso; en la d) el pago de producidos; en la e) las costas.

"La incongruencia es patente: se decretó lo no pedido en la demanda. Por tanto, en el supuesto de que no prosperen otros cargos, la casación por este aspecto es imperativa".

Se considera

Por la íntima relación que existe entre los cargos a que aluden los párrafos anteriores, se procede al estudio conjunto de ellos.

Habría interpretación errónea de la demanda cuando el juez, por una equivocada noción acerca del contenido del libelo, no estimara lo que con toda claridad apareciera de los términos de ese elemento fundamental del proceso, o que admitiera un hecho distinto o contrario a lo que de la demanda resultara.

Si el Tribunal, basado en lo que aparece del libelo, origen del proceso, interpreta aquél en el sentido de considerar que la acción ejercitada es la de dominio y reivindicación, y no la de existencia de una sociedad de hecho, ello no da ocasión a la interposición del recurso extraordinario, salvo en cuanto del mismo libelo apareciera, de manera evidente, que la apreciación hecha por el fallador se encontrase absolutamente en contradicción con el contenido de la demanda.

La Corte ha dicho: "El error en la denominación jurídica de la acción no cambia su naturaleza jurídica "ya que una demanda debe interpretarse siempre en conjunto. debido a que la intención del actor está muchas veces contenida no solo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho'. Pero esto no significa que el fallador de instancia, pueda decidir indistintamente una acción por otra, sino que con la facultad de interpretación de la demanda, sí le es dado al mismo establecer cuál es la acción interpuesta. Y es bien sabido que 'la interpretación de la demanda que corresponde al fallador de instancia solo puede ser variada por la Corte en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error de hecho manifiesto". (G. J. tomo LXXX, Nº 2153, Pág. 33)'." (G. J. To. XC. Nos. 2207-2209, Pág. 45).

El primer aspecto bajo el cual considera el recurrente que se ha incurrido en error de hecho manifiesto en la interpretación de la demanda que corresponde al fallador de instancia solo puede ser variada por la Corte en el caso de que ante ella se alegue y demuestre un error de hecho manifiesto". (G. J. To. XC. Nros. 2207-2209, Pág. 45).

El primer aspecto bajo el cual considera el recurrente que se ha incurrido en error de hecho manifiesto en la interpretación de la demanda, no aparece demostrado.

Ni el demandante, ni el Tribunal, confunden el "traspaso" a que alude la petición b) de la demanda, con el contrato de compraventa del vehículo llevado a cabo entre la Agencia de Automóviles Ford y Luis Monsalve. Tanto el demandante como el Tribunal tomaron ese "traspaso" como lo que era, como la orden de inscribir en la Oficina de Transporte y Tránsito, el vehículo a nombre o en cabeza de Francisco, para los efectos correspondientes a la legislación de transportes y tránsito, mas no como título de propiedad sobre el vehículo litigioso, pues el traspaso o la matrícula en el Tránsito no es en sí título de dominio sobre los automotores, sino simplemente la demostración de la persona, que siendo propietaria o no, debe responder ante las autoridades de Tránsito en relación con el vehículo correspondiente.

Téngase en cuenta que el demandante no pidió declaración de nulidad de contrato alguno de compraventa, como lo sugiere el recurrente, que hubiera sido celebrado entre Francisco y Luis Monsalve, en relación con el carro materia de la controversia. Tal contrato no ha existido ni aún en apariencia como lo confiesa el mismo codemandado Francisco Monsalve. Lo que pidió el actor fue la nulidad del "traspaso", o inscripción o matrícula a nombre de Francisco. La intención clara del demandante era y es la de obtener una orden judicial para que el carro inscrito a nombre del codemandado Francisco se matriculara a nombre del actor y del codemandado Luis Monsalve, en su calidad de dueños únicos y exclusivos, en comunidad, del citado automotor.

Al interpretar así esa petición, como lo hizo el Tribunal en el párrafo de la sentencia que el recurrente transcribe, del libelo, en el cual se hace como única petición principal, la de dominio o propiedad en favor del actor y del codemandado Luis Monsalve, por mitad y en proindivisión, en su calidad de personas naturales, y no como miembros de una sociedad de hecho, no se incurrió en el error de hecho alegado por el recurrente en la interpretación de la demanda.

Por otra parte, la cita de las disposiciones legales en que se basa la demanda, están diciendo claramente que la acción instaurada es la de dominio o reivindicación para el demandante y el codemandado Luis Monsalve, pues si se hubiera tratado de pedir para una sociedad, legalmente constituída o de hecho, indudablemente se habría suplicado la correspondiente solicitud al respecto, y se habría fundado la demanda en las disposiciones que reglamentan el contrato de sociedad, o de la sociedad de hecho. Si ésto no se hizo, ello indica que otra era la intención del actor; y, por ende, no ha de imputarse error al fallador por interpretar así el libelo que dio origen al proceso.

Por último conviene recordar que en materia de interpretación de la demanda, como lo dice la Corte, el Tribunal goza de autonomía y que a la Corte le está vedado glosar esa interpretación, salvo el caso de que exista contraevidencia entre el contenido mismo de la demanda y la interpretación que de ella hace el sentenciador; y como en el presente juicio no se da el evento mencionado, es claro que la Corte no puede entrar a hacer variación alguna.

De lo anterior se deduce que no se ha demostrado error de interpretación de la demanda, y mucho menos que ese error fuera evidente, por lo cual no se violaron por el Tribunal las disposiciones sustanciales en que se fundamenta la declaratoria de dominio, y sus consecuenciales.

Viniendo ahora a los motivos por los cuales se acusa la sentencia de inconsonante, se observa:

La casación con base en la causal segunda del artículo 520 del C. C. —ha dicho la Corte— procede cuando el sentenciador ha deducido una acción distinta, variando los términos de la demanda. Mas ello no ocurre en el presente caso porque la sentencia se pronunció frente a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, como puede verse al comparar la parte petitoria del libelo con la resolución pronunciada, y sin que el Tribunal desconociera, ni mucho menos modificara o alterara los términos de la causa petendi y de la relación jurídico-procesal.

Se ha dicho que la sentencia acusada no está acorde con la causa petendi porque en algunos de los fundamentos de hecho se habla de una sociedad de hecho entre el demandante y el codemadando Luis Monsalve; y que es incongruente porque en la parte resolutiva del fallo nada se dijo sobre ese particular. El Tribunal nada decidió sobre ese extremo porque nada se le pidió al respecto, sin que por ello hubiera incurrido en desconocimiento, variación o modificación de la causa petendi. Fue el mismo demandante, quien sin objeción alguna por parte del demandado, y dejando de lado lo consignado en el hecho primero del libelo, pidió para sí y para el codemandado Luis Monsalve que se les declarara dueños, en comunidad, del vehículo materia de la contro-

versia. No puede, entonces, hablarse de inconsonancia de la sentencia desde ese punto de vista.

Como segundo aspecto de incongruencia aduce el recurrente, que el sentenciador dispuso y ordenó la restitución de la cuota de mitad del automotor materia del juicio, a cargo del demandado Luis Monsalve, y a favor del demandante, sin que tal restitución se hubiera pedido expresamente.

Lo hasta aquí dicho indica que no proceden los cargos segundo, tercero y séptimo de la demanda de casación.

Segundo cargo

(Cargos primero y quinto de la demanda)

En el primer cargo de la demanda se acusa la sentencia por error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión presunta. Y en el cargo quinto se la impugna por la misma causal, bajo un "nuevo aspecto". A lo primero el recurrente expresa:

"El fundamento principal de la demanda consiste en la declaración de confesión presunta que se pretendió probar con las copias que aparecen a folios 19 y ss. del C. 2º. El Tribunal le dio pleno mérito probatorio a esas copias y creyó encontrar en ellas la confesión presunta contra el demandado Luis Monsalve".

En seguida considera: "Para que esa prueba hubiera tenido valor legal, se habría necesitado lo siguiente: a) que se hubiera traído copia auténtica de la demanda para la absolución extrajuicio de las peticiones, del auto admisorio y de su notificación, pues de otra manera no aparece el requisito de tratarse de asunto controvertido, ni puede el fallador del presente juicio apreciar si efectivamente se dio la orden de comparecencia y se notificó legalmente, sin lo cual no puede apreciar tampoco si tiene valor legal o no el auto que declaró confeso al señor Monsalve y el posterior que calificó las preguntas; b) que se hubiera traído copia no solo del auto de confeso, sino de su notificación y constancia de su ejecutoria o por lo menos copia de los autos que hayan agotado todo posible recurso (reposición, apelación y reconsideración del primero del tribunal); c) que se hubieran traído las mismas copias indicadas y de las mismas notificaciones y constancias, respecto del auto que calificó las preguntas (auto del juez, notificación, auto de reposición y notificación, constancia de ejecutoria del último o auto del tribunal y sus notificaciones); d) que se hubiera traído copia del pliego de posiciones, debidamente autenticado".

Dice que "las únicas copias traídas al juicio son parciales, incompletas e insuficientes; que solo aparece copia de lo siguiente: "auto de 1º de julio de 1961, del juzgado del circuito de Santo Domingo, por el cual se declaró 'la presunción de ser ciertos los hechos contenidos en las posiciones pedidas por el señor Domingo Monsalve Muñoz, al señor Luis Monsalve Muñoz en este juicio con fecha marzo 21 de este año.'; "del auto del Tribunal Superior, de 18 de agosto de 1961, sin constancia de a qué juicio o diligencias corresponde, por el cual se resuelve: 'confirma en todas sus partes por ser legal el proveído materia del recurso de alzada en las presentes actuaciones de las cuales se hizo el comentario respectivo en la parte motiva de esta providencia' "; y que, "por último aparece copia de la diligencia de calificación de las preguntas". Pero agrega que no aparece constancia de las notificaciones de tales autos, ni se sabe si hubo o no reposición.

Avanzando en su exposición agrega:

"No aparece copia de la articulación completa, con el auto de traslado, oposición, apertura a pruebas, pruebas respectivas, fallos, recursos, todo con sus notificaciones. De modo que es imposible conocer si se tramitó con las formalidades legales, si tiene mérito legal por consiguiente. Ni del auto que ordenó las posiciones. Cierto es que en las motivaciones de los autos se hace referencia a diversos hechos relacionados con la articulación y a que fue notificado el señor Monsalve del auto que le ordenó comparecer para absolver las posiciones. Pero es doctrina universal, sustentada en varias oca-

siones por la Corte, que las motivaciones no prueban los hechos en ellos enunciados, ni siquiera cuando se trata de sentencia, luego mucho menos cuando se trata de simples autos interlocutorios: esos hechos deben probarse por los medios legales comunes, para que el juzgador del nuevo juicio pueda apreciar libremente esa prueba y calificar libremente si aparece o no demostrada su existencia. De lo contrario se desconocería la soberanía del nuevo juez para decidir sobre la causa".

Trae en cita varias sentencias de la Corte. sin transcribir la doctrina en ellas contenida, lo mismo que varios autores extranjeros, como sustentación de que las motivaciones carecen de valor para la demostración de los hechos enunciados en ellas; y concluye aseverando que esas copias parciales carecen absolutamente de valor para estructurar la confesión presunta que el Tribunal halló comprobada.

Deduce que el Tribunal erró de derecho "porque se trata de darle mérito legal que no tiene a tales copias parciales, con violación de los artículos 632, 484, 506, 312, 320, 327, 661 y 632 del C. J., 1760, 1758 y 606 del C. Civil, y que la violación de estas disposiciones llevó al fallador a violar por aplicación indebida los siguientes textos sustanciales: 1494, 1495 y ss., 1602, 1603, 1741, 2091, 962, 964, 946, 947, 950 y 952 del Código Civil.

Finaliza su exposición manifestando que no se trata de un medio nuevo en casación "Porque el apoderado del demandado alegó en ambas instancias que 'los elementos integrantes de tales medios (de prueba) son tan burdos, tan fuera de la ley, procedimental y probatoria, tan viciados de formalidades y de contenido', con lo cual objetó en general esa prueba por no reunir los requisitos legales de forma y de contenido (c. 5º, folio 20 v.), que es, exactamente, lo que ahora estoy alegando". Además dice que se trata de materia de orden público la del valor de las formalidades procesales, y que es bien sabido que en ésta no cabe la noción de medio nuevo

En el "Nuevo aspecto", que expone en el cargo quinto, acusa al Tribunal por haberle dado valor contra Luis Monsalve, a la declaración que en posiciones hizo Francisco Monsalve, ya que anota el Tribunal que "El demandado Francisco Monsalve absolvió posiciones antes del juicio y evidentemente reconoció que no tiene parte en el carro, y apenas figura su nombre en la matrícula, que nada tiene que ver con el vehículo, ni con su administración o con sus productos".

Para fundar su aserto dice que entre los demandados existe una "litisconsorcio necesaria" y que esto lleva a la consecuencia de que la confesión del uno no produce efectos probatorios contra el otro y que como "no puede escindirse o dividirse la decisión de la sentencia, en esta clase de litisconsorcio, resulta que mientras la confesión no sea conjunta ningún mérito probatorio tiene en el proceso". Destaca la diferencia que —según él— existe en materia de confesión cuando se trata de la litisconsorcio necesaria y la litisconsorcio voluntaria o facultativa "porque como en ésta puede haber sentencia en contra de uno de los litisconsorcio (sic) y en favor de otro, la confesión vale contra quien la hizo, ya que no perjudica a los demás. Pero precisamente en el necesario lo que perjudica a uno perjudica a los otros, ningún efecto probatorio produce la confesión que no sea de todos. Excepto, aclaro, como simple indicio".

Según el recurrente "Al aplicar el Tribunal la confesión de Francisco para fallar contra los dos litisconsortes demandados, lo hizo producir efectos contra Luis y le dio valor de plena prueba; por estos dos aspectos incurrió en error de derecho al apreciarla"; y como también —dice el mismo impugnante— le dio pleno valor probatorio a la confesion de Luis, con lo cual le hizo surtir efectos contra Francisco, acusa la sentencia de violación de los artículos 604 y 605. lo mismo que del 606 del Código Judicial.

Hace luego algunas consideraciones en relación con las confesiones, y concluye que "Por tanto, ninguna de las dos confesiones, si existe prueba de la presunta (que no exis-

te), puede producir efectos contra el otro litisconsorte necesario y por tanto apenas puede tener el valor de un indicio. No de plena prueba, como le dio el Tribunal".

De todo deduce que fueron violados los artículos 946, 947, 250 (sic), 952, 962 y 964 del C. Civil. Afirma también que no se trata de un nuevo medio de casación.

La Corte considera

Al dar pleno valor probatorio a la confesión presunta o ficta de Luis Monsalve, en orden a la solución y decisión del litigio, el sentenciador no incurrió en error de valoración probatoria, ya que esta clase de confesión tiene el mismo valor que el asignado por la ley a otra clase de confesión judicial, cuando, como ocurre en el presente caso, no se adujeron pruebas para desvirtuarla, tal como lo prevé el artículo 606 del C. Judicial

Con citación y audiencia de los demandados Luis y Francisco Monsalve se trajeron al proceso, en calidad de prueba, las sentencias interlocutorias de primera y de segunda instancia, en las cuales se declaró confeso a Luis Monsalve, en relación con las preguntas que le fueron sometidas por el demandante en orden a lo que es objeto o materia del presente litigio. En la misma forma se trajo la providencia por medio de la cual el Juez calificó las preguntas y concretó su declaración sobre los puntos a que la declaración de confeso debía aplicarse. Esas providencias vinieron al juicio rodeadas de las formalidades legales y procesales correspondientes, sin objeción alguna por parte de los demandados.

El artículo 632 del C. J. dice que hacen plena prueba además de las escrituras públicas, los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos de autoridad pública en lo referente al ejercicio de sus funciones, lo mismo que a las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los Secretarios o empleados encargados de los archivos. A esa clase de documentos pertenecen la sentencia por medio de las cuales el Juez declaró confeso a Luis Monsalve y calificó las preguntas que contenían los hechos que debían presumirse como ciertos.

Esas providencias traídas en copia debidamente autenticadas, y cuya prueba fue decretada con citación y conocimiento de la contraparte, fueron expedidas de acuerdo con las formalidades que manda la ley, y para que el sentenciador les reconozca el valor que señalan los artículos 632 y el 606 del C. J. no era necesario, como lo pretende el impugnante, que vinieran acompañadas de todo el expediente que contiene las diligencias sobre declaratoria de confeso, pues mientras no se demuestre lo contrario debe presumirse que la tramitación se llevó a cabo dentro del marco procesal que señala la ley.

Si los demandados Luis y Francisco Monsalve hubieran considerado que en el trámite de la declaratoria de confeso se habían pretermitido las normas conducentes, a ellos correspondía atacar la prueba desde ese punto de vista y aducir, a su vez, los elementos demostrativos de sus afirmaciones. Mas esto no ocurrió. Antes por el contrario, dichos demandados, por conducto de su apoderado en las dos instancias del juicio, se mostraron conformes en este particular, como se ve del siguiente comentario que hace el último en relación con la decisión sobre declaratoria de confeso, en los siguientes términos: "Razones humanamente atendibles determinaron a don Luis Edo. Monsalve Muñoz a no concurrir al despacho del señor Juez en la hora prefijada para que absolviera las posiciones extrajudiciales en que luego se le declaró confeso. No es el caso de volver sobre el particular porque la declaración de confeso es ya un hecho procesal que hay que afrontar". (C. Nº 1, Fl. 14).

Por otra parte, no existe ninguna disposición legal en materia probatoria que mande, determine u ordene que para que una sentencia judicial tenga el valor que le asigna el artículo 632 del C. J., y en el caso presente el 606 del mismo estatuto, sea preciso que venga al juicio acompañado de todo el proceso a que puso fin la dicha providencia. Esa sentencia goza de pleno valor probato-

rio por sí misma, como acto auténtico de acuerdo con la ley, y conlleva la presunción de que ha sido la culminación de un proceso legalmente rituado.

En el presente caso no se trata de probar si la tramitación de declaración de confeso se hizo ceñida a las normas legales, porque eso no fue materia del debate en las instancias; lo que se quiere demostrar es el dominio de un inmueble, con base, además de otras pruebas que militan en el expediente, en la confesión presunta o ficta que aparece demostrada con las que debidamente pedidas y decretadas, obran en los autos.

De suerte que cuando el Tribunal apreció como plena prueba la confesión presunta de Luis Monsalve, no solo no violó las disposiciones de los artículos 632 y 606 del C. J., y las sustanciales señaladas por el impugnante, sino que precisamente lo hizo en acatamiento a dichas normas.

Debe anotarse también que los artículos 484, 506, 307, 308, 310, 312, 320 y 327 del C. Judicial no son normas sustanciales cuya violación dé lugar a casación a menos que por el quebrantamiento de ellas pudiera llegarse a incurrir en una de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del C. Judicial. Y por otra parte, la violación de tales normas no las refiere el impugnante al presente juicio, sino a la tramitación de la absolución de posiciones extrajuicio y declaratoria de confeso del demandado Luis Monsalve Muñoz.

Por lo que hace al "nuevo aspecto" que señala el recurrente como demostrativo de error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión, es evidente que ese "error" no aparece demostrado.

Es principio de doctrina y jurisprudencia, basado en las normas legales que reglamentan la prueba de confesión, que ésta no perjudica sino a quien la hace, precisamente porque ella es la manifestación de la parte de ser cierto el hecho que le perjudica, afirmado por la otra.

En este proceso existe, de un lado, la confesión presunta o ficta de Luis Monsalve, y de otro lado, la confesión expresa de su codemandado Francisco Monsalve; y ambas confesiones versan sobre los mismos hechos que se relacionan con la demanda de dominio instaurada contra ellos por Domingo Monsalve y son coincidentes.

A más de dichas pruebas de confesión, la sentencia tuvo en cuenta para solución del litigio, y para hallar reunidos los presupuestos procesales de la acción de dominio, la prueba testimonial y la prueba de peritos.

Del contexto de la sentencia no aparece que el fallador se haya servido de la prueba de confesión de Luis para dictar sentencia contra Francisco; ni de la confesión de este último, para sentenciar en contra de aquél. Cuando el juzgador valora la prueba de confesión ficta de Luis, lo hace para deducir frente a éste que "Mediante la prueba comentada se ha de dar como acreditado el derecho del actor para que se le tenga como dueño de la mitad del automotor" (C. Nº 5 folio 27 vto.). Y cuando valora la prueba de confesión de Francisco, lo hace para tener en cuenta que éste "evidentemente reconoció que no tiene parte en el carro, y apenas figura su nombre en la matrícula, que nada tiene que ver con el vehículo, ni con su administración o con sus productos" (Ibídem, Pág. 28).

Como se ve, la prueba de confesión la valora y aplica el fallador a cada uno de los confesantes, y no dio a ninguna de ellas un mayor valor del que conforme a la ley les correspondía, y, por ende, no es valedera la alegación que se hace bajo ese "nuevo aspecto" que contempla el recurrente.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Tercer cargo

(Cuarto de la demanda)

Se acusa la sentencia por haber incurrido —según el demandante— en "Error de derecho en la prueba de testigos". Para fundamentar el cargo expresa que el Tribunal basó su conclusión de que estaba probada la posesión del demandado, en la prueba

testimonial; que para la validez de una declaración debe identificarse el declarante con la respectiva cédula de ciudadanía si es mayor de edad; que el Tribunal olvidó esta formalidad legal y le dio mérito a las declaraciones de Emilio García, Rubén Zuluaga, Pedro García, Héctor Alfonso Monsalve, Octavio Franco y José Manuel Vásquez, "a pesar de que ninguno de estos señores presentó cédula ni la mencionó siquiera, ni se indica en el expediente; y a la declaración de Enrique Cano, quien se limita a citar su cédula, sin que aparezca que la haya exhibido o haya sido vista por el Juez o su secretario".

Por tal razón el recurrente dice que esos testigos "carecen de todo valor legal y por tanto se incurrió en error de derecho al dárselo"

Asevera que el requisito de la identificación con la cédula hace parte de la formalidad de la prueba y que ello se encuentra consagrado en el artículo 5º de la Ley 7ª de 1934 y del artículo 1º de la Ley 39 de 1961.

Se manifiesta que el anterior error condujo al Tribunal a considerar demostrado "ese elemento básico de la acción reivindicatoria" y que, por consiguiente, se aplicaron indebidamente los artículos 246, 247, 250, 952, 962 y 964 del C. Civil, "en los cuales basó su decisión y que cita expresamente"

Dice que como el apoderado alegó la falta de formalidades de las pruebas del demandante. no hay cargo nuevo.

Cuarto cargo

(Sexto de la demanda)

Por "error de hecho, sobre controversia de la posesión. Y en la apreciación de los testimonios" se plantea un nuevo ataque contra la sentencia, impugnación que desarrolla refiriéndose a la apreciación que hace el Tribunal cuando dice (Fl. 27 vto.) "Que tampoco se discutió el hecho de la posesión". A propósito expone que es clarísimo y manifiesto el error; que en la demanda no se alegó expresamente la posesión de Luis, ni de Francisco, sino que se afirmó que el "dueño" era el primero; y que en las contestaciones de la demanda se negaron los hechos 10 y 11 "que contienen aquellas afirmaciones"; que Luis afirmó que la venta era real, "lo que equivale a negar su posesión"; y que el error es absolutamente manifiesto

"Unido este error —dice el impugnante— a los dos anteriores, resulta que el Tribunal no podía dar por probada la posesión de Luis, para condenarlo, como lo hizo, a restituirla, en la mitad indivisa, al demandante".

De allí deduce que ese error condujo al Tribunal a aplicar indebidamente, para declarar el dominio y ordenar la restitución material y la de los frutos, los artículos 246, 247, 250, 952, 962 y 964 del Civil, "pues sin la prueba de posesión del demandado Luis no podía aplicarlos".

Afirma, por último, que "las declaraciones de testigos no probarían la tal posesión, porque no hablan de ella con conocimiento personal y en realidad nada les consta al respecto". Señala que se trata de todos los testigos que declararon a solicitud del demandante.

Se considera

En múltiples ocasiones ha repetido la Corte que es contrario a la técnica de casación acusar por error de hecho y de derecho, simultáneamente, una determinada prueba, porque un proceder semejante va directamente en contra del ordinal 1º del artículo 520 del C. J., según el cual ha de afirmarse si la violación de la ley, en el caso de errónea estimación de la prueba, tiene lugar por error de derecho o por error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Además, porque resulta contradictorio que la acusación se produzca en ambos sentidos, cuando la impugnación por error de valoración legal supone necesariamente que la prueba existe materialmente en el proceso y que ha sido estimada. Y siendo esto así no es posible hablar de error de

hecho, que implica desconocer la prueba que obra en el proceso o dar por militante en él una que allí no existe.

El impugnante incurre en la falta de técnica anotada, pues a la par que acusa la sentencia por error de valoración de los testimonios rendidos por los señores Emilio García, Rubén Zuluaga, Pedro García, Héctor Alfonso Monsalve, Octavio Granco (sic) José Manuel Vásquez y Enrique Cano, la acusa también por error de hecho en la apreciación de estos mismos testimonios, y de los de William Vélez Sierra y Bernardo Monsalve.

Ante tal estado de cosas, y dentro de una estricta técnica de casación, corresponderá no otra cosa que el rechazo de ambos cargos, pues la Corte no podría saber cuál de las dos vías señaladas por el impugnante debería adoptar en el estudio y decisión del recurso.

No obstante, obrando con toda amplitud, se procede al examen de lo que constituye el fondo de la impugnación.

En el cargo por error de derecho, considera el recurrente que los testimonios traídos por el demandante, y en los cuales se basó el sentenciador para dar por demostrada la posesión en la persona del demandado Luis Monsalve, del vehículo materia del debate, carece de todo valor probatorio porque —dice— no aparece que los declarantes se hayan identificado con la respectiva cédula de ciudadanía.

A lo anterior **cabe observar, que los artículos 5º de la Ley 7ª de 1934, 1º de la Ley 39 de 1961, no constituyen normas de valoración probatoria por lo cual en el supuesto, no demostrado, de su inobservancia, ello por sí misma no le restaría valor al testimonio ni incidiría en el recurso.**

Por otra parte en el caso de autos no hay duda de que los testigos se identificaron debidamente al tiempo de rendir sus testimonios, ya que el apoderado de los demandados estuvo presente para contrainterrogar personalmente a casi todos, sin que hubiera hecho la menor objeción en relación con la identidad de tales personas.

Y en cuanto al cargo por error de hecho, se observa que el Tribunal consideró probada la posesión con fundamento en los mismos testimonios que señala el impugnante, testimonios que llegaron al proceso y que obran en él, con el lleno de todas las formalidades legales y de acuerdo con lo previsto en el artículo 597 del C. J.

En tales testimonios, que sí fueron considerados por el fallador, los testigos aseveran sobre hechos y circunstancias, unos percibidos directamente por ellos, y otros, por habérselos comunicado los mismos demandados. De estos hechos así conocidos por los testigos, dedujo el Tribunal, sin que su deducción pueda considerarse contraria a la evidencia misma, que la posesión del objeto litigioso se encuentra en manos del demandado Luis Monsalve.

Y aún en el supuesto contrario, este demandado debe responder como poseedor, al tenor de lo dispuesto por el artículo 214 del C. J., ya que se abstuvo de manifestar que no tuviera la posesión de la cosa.

Finalmente, no hay duda acerca de este elemento de la acción, ya que el demandado confesó el hecho de la posesión, cuando por conducto de su apoderado, dentro del término probatorio, formuló al demandante la siguiente pregunta, en posiciones: "Es cierto, sí o no, de la misma manera, que la posesión material del citado automoviente (sic) la ha tenido siempre el señor don Luis Monsalve M., que la ha ejercido con ánimo de señor y dueño?

No ha habido, conforme a lo dicho, ni error de derecho ni error de hecho en la apreciación de la prueba de testigos y, por ende, no prosperan los cargos mencionados.

Quinto cargo

(Noveno de la demanda)

La acusación se hace por "Error de hecho en la prueba de la identificación del vehículo".

Al exponer los fundamentos del reparo manifiesta que "en la demanda se pidió la declaración de dominio, nulidad del traspaso, devolución del traspaso, del vehículo de motor F6ODE-3006, placas Nro. A59335" y que "En la inspección ocular practicada en la 2ª instancia, se identificó un vehículo de motor Nº F6ODOE 30061". Asevera que hay dos numeraciones completamente distintas, pues èn la segunda hay una "O" en la primera parte y un "1" en la segunda, "que no aparecen en la demanda". Agrega que en la demanda, las placas son A59335 y que en "el despacho comisorio se habla de placas 59335". Concluye de ahí que son dos vehículos distintos.

Razona diciendo que "El Tribunal no vio esa palpable diferencia en los números y letras del motor, y sabido es que un solo número o una sola letra distintos identifican ya a un automotor diferente. El error de tener por identificado el automotor con esa inspección es, por tanto, palpable, evidente, manifiesto".

Se refiere en seguida a 'las copias de la Dirección Departamental de Transporte y del Ministerio de Fomento", en las cuales dice que "aparece también la letra "O" y el número "1", en el motor del vehículo del cual se certifica"; y que "Por tanto, el Tribunal incurrió en el mismo manifiesto error de hecho al precisar esta otra prueba y creer que ella establecía el requisito de la identidad del vehículo objeto de la demanda, con el vehículo de que trata esa certificación, o copia".

Apunta después su comentario y glosa a los testimonios traídos al juicio por el demandante y quienes "hablan también de un camión de Motor "EOD3006", o que no se refieren al vehículo por su número de motor ni de placas, ni de otra manera, para deducir que "el error manifiesto de hecho se extiende a la apreciación de las declaraciones de estos testigos, en cuanto dio por probada la identidad del vehículo reclamado en la demanda".

Expone que "esos errores de hecho condujeron al Tribunal a violar, por indebida aplicación los artículos 246, 247, 250, 952, 962 y 964 del C. Civil, al declarar el dominio, decretar la restitución material y la de frutos o productos, para todo lo cual necesitaba la prueba de la identidad del bien reclamado en la demanda con el poseído por el demandado".

Adiciona el cargo "para extenderlo al error de dar por identificado el automotor reclamado en las peticiones de la demanda, con el relacionado en la certificación o copia de las Oficinas de Circulación... por los mismos motivos". "De manera que tampoco se probó que el automotor comprado por Francisco Monsalve o transferido a éste por 'Agencia de Automóviles Ltd.' de que da cuenta dicha copia, es el mismo vehículo reclamado en la demanda, sino, por el contrario, aparece protuberante que se trata de dos vehículos diferentes. El Tribunal dio por sentado que existía esa prueba, cuando solo existe la copia comentada y en ella se relaciona algo muy distinto".

Se considera

El impugnante detuvo su atención, para la elaboración del cargo que se estudia, únicamente en la inspección ocular, en los testimonios del actor reivindicante, y en los documentos de inscripción o matrícula del vehículo en las Oficinas públicas correspondientes, para deducir como lo hace que no ha habido identificación de lo demandado con lo que se enuncia en la demanda. Pero el mismo recurrente desvía su atención de la verdadera prueba que tuvo en consideración el Tribunal para dar por demostrada la identidad del objeto materia del litigio. Efectivamente, la censura no tiene en cuenta la prueba pericial, practicada en concurrencia con la inspección ocular, en la segunda instancia del juicio, y de la cual aparece, sin lugar a duda alguna, que el vehículo de que se trata sí estuvo debidamente identificado, llenándose con ello otro de los requisitos necesarios para la prosperidad de la acción reivindicatoria o de dominio.

El Tribunal tuvo en cuenta para dictar sentencia todo el acervo probatorio; y cuando analizó la prueba correspondiente a la

identidad del objeto demandado con el poseído por el demandado, se detuvo especialmente en la prueba pericial, como aparece del siguiente aparte del fallo: "En la segunda instancia se completó con la intervención de peritos la identificacion, y quedó claramente establecido que el aparato a que se refiere la demanda es el mismo secuestrado y que poseía el señor Luis Monsalve, con arreglo a los factores diversos como la marca, el número del motor, el número de las placas, etc. (Dictamen rendido por los señores Octavio Jaramillo y Alfonso Monsalve, de fecha 27 de agosto de 1962". (C. 5º, Fol. 27 v. y 28).

Ahora bien, como la prueba de peritos no fue objetada en la debida oportunidad y se produjo con el lleno de todas las formalidades legales, es obvio que el fallador, sin cometer error de hecho, podía dar por demostrada la identificación del objeto litigioso, como efectivamente lo hizo en la decisión del pleito. Y como, por otra parte, las pruebas a que se refiere el cargo no constituyeron el fundamento de la sentencia, en cuanto a la identificación de que se trata, resulta claro que el cargo no puede prosperar, pues aún suponiendo que esas pruebas mencionadas por el impugnante no dieran base para dar por demostrada la identidad, la prueba pericial sí tiene la virtualidad suficiente para ello, por lo cual en el supuesto mencionado tampoco habría lugar a infirmar el fallo.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Sexto cargo

(El undécimo de la demanda)

En este aparte de la demanda se impugna la sentencia del Tribunal "por error de hecho en la apreciación de la prueba de la participación del demandante en el pago de la segunda mitad del precio del vehículo y de su participación en el dominio del mismo".

"El Tribunal —dice el recurrente— creyó encontrar la prueba de que Domingo Monsalve participó en el pago de la segunda mitad del precio del vehículo, en la declaración de confeso contra Luis, respecto de la pregunta novena, que dice: 'Novena: Es cierto sí o no que de acuerdo con lo convenido entre usted y yo de que el carro continuaría abonando o cancelando las letras mencionadas con los producidos, **usted ya acabó de pagar las letras que se debían?**

"Pero resulta que el compromiso de pagar con el producido del carro, no significa que efectivamente así se hubiera hecho el pago y con esos dineros. Tener el compromiso es una cosa; cumplirlo es otra; y que el producido del carro hubiera servido para ese pago, aún con la voluntad de quien así se comprometió, es también muy diferente.

"La parte final de la pregunta que subrayo, significa que Luis acabó de pagar las letras, pero no se afirma que con ese dinero del producido del carro. Son dos preguntas mezcladas en la misma, pero no quedó la segunda ligada a la primera y menos como el Tribunal la entendió".

Dice que en cuanto a la pregunta décima, de que Luis lo reconocía como dueño, "quedó plenamente desvirtuada con la contestación de la demanda, los hechos mismos de la demanda, el traspaso a Francisco, y las declaraciones de testigos de la parte demandada". De ahí deduce que tampoco en la pregunta décima "podía encontrar el Tribunal base para aquella conclusión"; y que es manifiesto el error de hecho al no ver en esas pruebas "la demostración en contrario tanto frente a esa pregunta décima, como a la novena".

Toma pie del hecho de haber solicitado el demandante "la devolución de la mitad de todos los productos del vehículo", para afirmar que "esto equivale a **confesión en los hechos de la demanda**, de que con esos productos no se canceló suma alguna a la empresa vendedora Agencia de Automóviles Ltd." Asevera que "ahí existe otra prueba perfecta contra las preguntas novena y décima"; y que el Tribunal no vio siquiera esta confesión del demandante.

Considerando que el sentenciador incurrió en los errores de hecho en la apreciación de

las pruebas que le imputa, el impugnante sostiene que fueron violados los artículos 246, 247, 250, 952, 962 y 964 del C. Civil, en forma indirecta por indebida aplicación parcial.

Vuelve sobre "la prueba documental del demandado" para afirmar que ella corrobora "que fue con dineros suyos y para sí mismo, que adquirió y pagó la segunda mitad del vehículo (si no la totalidad)"; y agrega que esa prueba resulta así sin apreciación alguna, o apreciada con manifiesto error de hecho.

Se considera

En este aparte de su demanda, como en otros ya estudiados, el impugnante más parece invitar a la Corte a entrar en un nuevo estudio del acervo probatorio, como si se tratara de una tercera instancia. Siempre se ha dicho, y se repite, que el fallador tiene facultad y poder para apreciar las pruebas del juicio y, por consiguiente, para formar su convicción en cada caso, basándose sobre un determinado medio probatorio, o mediante la combinación de varios o de todos ellos. Y ante este poder de apreciación no corresponde a la Corte pronunciar nuevas o distintas conclusiones sino cuando la estimación del sentenciador de instancia resulta evidentemente contraria a la naturaleza y realidad misma de los hechos que han pretendido demostrarse.

El impugnante puede tener un criterio de apreciación distinto del aplicado por el juez; pero mientras éste no sea evidentemente erróneo, no puede quebrarse el fallo para producir otro diferente, simplemente porque aquél no esté de acuerdo con el modo como las partes aprecian los hechos.

En este proceso, y para la elaboración de la sentencia que es materia de la acusación, el fallador tuvo en consideración todo el acervo probatorio para llegar a la conclusión, que no puede calificarse de errónea, de que el vehículo materia de la controversia es de propiedad común por igual entre demandante y el demandado Luis Monsalve.

Esto es evidente si se tiene en cuenta el siguiente aparte de la sentencia:

"Mediante la prueba comentada se ha de dar como acreditado el derecho del actor para que se le tenga como dueño de la mitad del automotor..." Y más adelante reafirma lo mismo, al decir: "Queda así establecida la acción en armonía con las normas de los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. Civil y de la jurisprudencia nacional, al demostrarse en el proceso que el demandante tiene la calidad de dueño de la mitad del carro..."

Por otra parte, la prueba de confesión ficta o presunta del demandado Luis Monsalve, debe tomarse en toda su integridad, pues que todas las preguntas calificadas, que implican respuestas afirmativas concurren a la demostración plena del contrato celebrado entre demandante y demandado, en cuya virtud ambos son dueños, en común y por igual del vehículo comprado a Agencia de Automóviles Limitada.

Por demás está decir que de las preguntas novena y décima sí se deduce con absoluta claridad y certeza que la parte del precio que quedó pendiente de pago, fue solucionada con dineros provenientes del producto de la explotación del vehículo; y que el demandado sí reconoció al demandante como condómino en la propiedad del mismo automotor.

Hacer las diferencias que expresa el recurrente, cuando se refiere a la respuesta a la pregunta novena, es completamente inaceptable, pues si eso fuera de esa manera, acusaría, de parte del demandado, intención manifiesta de no cumplir el contrato; y también constituiría el hecho una excepción que ha debido comprobar y no lo hizo, pues no pueden tenerse como tales los documentos a que se refiere el recurrente, ya que éstos no demuestran la procedencia del dinero empleado para la extinción de la obligación.

Lo afirmado por el recurrente, en cuanto dice relación con la respuesta ficta a la pregunta décima, no es bastante para configu-

rar ningún error de hecho por parte del Tribunal en la apreciación de esa prueba, ya que la contestación de la demanda carece de eficacia jurídica para desvirtuarla, puesto que nadie puede crear pruebas en su propio beneficio y con su sola afirmación; y porque ni de los hechos de la demanda, ni de la prueba testimonial a que alude el recurrente, resulta que el Tribunal haya errado evidentemente en la apreciación de la prueba de que se trata.

Finalmente, el hecho de que el demandante haya pedido la devolución de la mitad de los frutos o producidos del vehículo, no puede llevar a la conclusión de que el fallador cometió error de hecho, como el que se le imputa, porque es obvio que esa devolución de frutos no se refiere a los productos brutos sino a los líquidos, previa deducción de los gastos y expensas invertidas en su producción, dentro de los cuales se encuentra naturalmente el pago de la parte del precio que quedó pendiente, de acuerdo con lo estipulado al verificarse la compra del automotor.

No procede, por consiguiente, el cargo

Séptimo cargo

(Cargos octavo y décimo de la demanda)

El cargo octavo lo plantea el recurrente bajo el reparo de "Violación directa del artículo 769 del C. Civil"; y el décimo, por "Violación directa de las normas sustanciales aplicadas en la sentencia".

Respecto del primero afirma: "El Tribunal aplicó la confesión presunta a la prueba de la mala fe del demandado Luis. Pero al tenor del artículo 769 del C. Civil, la mala fe no puede presumirse y, por el contrario, se presume la buena fe, salvo disposición especial de la ley. Esto significa que la mala fe no puede probarse por la declaración de confesión presunta, porque ésta equivale a presumirla, con violación, por falta de aplicación, del texto citado. De lo cual acuso el fallo del Tribunal.

"Esta violación sustancial lo condujo a condenar a Luis Monsalve a pagar o devolver los productos del vehículo, aún desde antes de la demanda".

Desarrolla el cargo décimo exponiendo: "Siendo así que en la demanda se afirma, como base esencial, la existencia de una sociedad de hecho, que el Tribunal consideró probada con la confesión presunta; lo mismo que la afirmación de que el automotor pertenecía a esa sociedad, y que el traspaso a Francisco es nulo o simulado (hechos 1º, 2º, 3º, 7º) sobre lo primero; hechos 9º, 10 y 11, sobre lo segundo), resulta que sobre esa base tanto de la causa petendi de la demanda como de la prueba que dio por existente el Tribunal y que ahora supongo cierta, para los efectos de este cargo), **el Tribunal no podía acceder a las peticiones de dominio, restitución del trazo** (la material no se impetró), **pago de productos, sin que antes se hubiera declarado en la sentencia la existencia de tal sociedad y la nulidad o simulación del traspaso a Francisco".**

Afirma que las declaraciones que hizo en la sentencia el Tribunal, tenían que ser la consecuencia ineludible de las que dejó de hacer y "no podía hacer por no habérsele pedido".

Agrega que el fallador guardó silencio sobre la mencionada sociedad de hecho, y manifestó 'que no era el caso de resolver sobre la nulidad del traspaso''... sin que haya lugar a declaración alguna de nulidad del traspaso hecho por la Agencia Ford, por falta de fundamento legal o técnica jurídica'."

Para el impugnante "Es elemental, que si la sociedad no existió y el traspaso a Francisco permanece en pie, o si uno solo de estos dos extremos se presenta, no podía accederse a las peticiones de dominio, restitución, pago de frutos o productos. Es decir tenía que absolverse a los demandados".

Como consecuencia de lo expuesto proclama que se violaron así directamente, por aplicación indebida, los textos legales que la sentencia cita como fundamento de derecho, a saber: 246, 247, 250, 252 (sic), 962

y 964 del C. Civil, de los cuales creyó sacar la razón para las indebidas condenas que impuso. El Tribunal ha debido considerar sustancialmente inepta la demanda, por no incluir en sus peticiones la de existencia de la sociedad afirmada en los hechos y la de simulación (en vez de nulidad absoluta), que también se afirma en los hechos".

Por último afirma que no se trata de un medio nuevo porque ante el Tribunal se alegó "la inconsonancia de los hechos de la demanda con el fallo del juez, que es igual al del Tribunal en su esencia", lo que equivale —dice el recurrente— a "haber planteado, con distintas palabras el mismo cargo que ahora formulo". "Dice así el alegato de instancia: '... claros caminos de la ley que concreta en normas luminarias, como la plasmada en el artículo 593 del C. J. ..' (Fl. 20).

"En el fondo se alegó así, que no podía accederse a las peticiones de la demanda, porque los hechos planteados en ella no lo permitían".

Se considera

El fallador, al pronunciar sentencia de condena a la restitución de frutos, lo que hizo con fundamento en los artículos 962 y 964 del C. C., dispuso esa restitución teniendo en cuenta que "los hechos comprobados en la confesión ficta excluyen la buena fe del poseedor en el caso del pleito".

En cuanto a la restitución de frutos, como secuela necesaria de la sentencia que reconoce el dominio en el reivindicante, el poseedor vencido puede ser considerado como poseedor de buena o mala fe, según lo que aparezca probado; y conforme a una u otra clase de posesión, los frutos deben restituirse desde la contestación de la demanda, o desde antes de ésta.

La buena fe en materia de posesión "es conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio", como lo expresa el inciso primero del artículo 768 del Código Civil.

La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse. Así lo estatuye el artículo 769 del Código citado.

Esta última disposición no fue violada por el Tribunal, como lo pretende el recurrente, al considerar aquél que el demandado era un poseedor de mala fe. En el proceso encontró el fallador elementos suficientes para demostrar que el demandado Luis Monsalve, al comprar el vehículo para sí y para el demandante, por mitad para cada uno, no podía estar obrando de buena fe al pretenderse dueño absoluto y exclusivo del automotor, con prescindencia de su condómino.

El impugnante dice que la mala fe no se presume; que el Tribunal con base en una presunción consideró al demandado como poseedor de mala fe, y por ello violó el artículo 769 del C. Civil. Mas ello no es así: Se pretende crear un espejismo para hacer aparecer que se está presumiendo de la mala fe, cuando lo que ocurre es que la confesión ficta dio por ciertos y demostrados legalmente los hechos básicos de la acción de reivindicación y dominio, y de esos hechos, cuya prueba es completa por cuanto no fue desvirtuada, resulta que la posición jurídica del demandado es la de un poseedor de mala fe. No se trata de una conclusión judicial basada en una presunción contraria a la establecida en el artículo 769 del Código Civil; esa convicción del fallador se funda en hechos que constan en el proceso y que se han demostrado plenamente.

Por otra parte, la apreciación de la buena o de la mala fe tiene sus fundamentos en una serie de factores subjetivos, que, con asiento en el acervo probatorio, vienen a formar la convicción íntima del fallador para estimar debidamente ese fenómeno jurídico. La Corte se ha expresado así:

"La prestación de frutos en la acción reivindicatoria depende de la mala fe del poseedor en aplicación del artículo 964 del C. C., y ese factor subjetivo de la posesión corresponde apreciarlo al juzgador conforme

a las pruebas del proceso". (Cas. de 26 de agosto de 1959, XCI, 466).

Por consiguiente, si como lo dice la sentencia acusada, el fallador, con base en las pruebas del juicio llegó a la conclusión de que Luis Monsalve es poseedor de mala fe, no es válido afirmar que, al asignarlo así, se violó el dispositivo legal del artículo 769 de Código Civil.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, en relación con el cargo que es materia de examen, éste debería haberse formulado no por violación directa de la ley, sino por infracción indirecta, a través de la apreciación probatoria.

En el cargo décimo el impugnante repite las mismas alegaciones y argumentaciones expuestas en sus acusaciones por error de hecho en la interpretación de la demanda, y por inconsonancia o incongruencia. Al estudiar esos reparos se consignaron las razones por las cuales se consideraron no aceptables y fueron rechazados. Esas mismas razones y consideraciones tienen vigencia para desechar la presente glosa que se hace ahora con el mismo planteamiento anterior, para deducir y predicar una supuesta violación directa de las normas sustanciales que sirvieron de soporte al fallador para dictar la sentencia recurrida.

Cabe observar por otra parte, que a todo lo largo de su alegato de casación el impugnante viene proclamando que la sentencia violó tanto en forma indirecta como directa, los artículos 246, 247, 250, 252, 962 y 964 del C. Civil; y ese reparo lo hace también en la presentación del cargo décimo, por violación directa de las normas sustanciales aplicadas en la sentencia.

Pues bien, el sentenciador no se basó en momento alguno en los artículos 246, 247 y 250 del Código Civil, para cimentar la decisión del litigio. Esas normas no aparecen en parte alguna del fallo, ni podrían aparecer ya que se trata de normas que hacen parte del cuerpo de leyes que regulan o reglamentan el derecho de familia, materia que no es la de este pleito.

Y si se examina el proceso a la luz de los artículos 952, 962 y 964 antes mencionados, se ha de ver claramente que la acción se dirigió contra el poseedor del objeto litigioso, en consecuencia con lo mandado por el artículo 952; y en cuanto a la restitución de los frutos, el fallador la ordenó teniendo en cuenta el mandato de los artículos 962 y 964 del Código Civi, artículos que reglamentan precisamente la restitución de frutos, dentro del tratado de las prestaciones mutuas consecuenciales necesarias de la sentencia de dominio o reivindicación.

Lo dicho es suficiente para desechar los cargos de violación directa de las normas sustanciales.

Decisión

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por Domingo Monsalve Muñoz contra Francisco Monsalve Muñoz y otro, fechada el veintinueve (29) de enero de mil novecientos sesenta y tres (1963).

Costas a cargo del recurrente.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, Ignacio Gómez Posse, José Hernández Arbeláez, Enrique López de la Pava, Julio Pardo Dávila

Ricardo Ramírez L., Secretario.

Sala de Casación Penal

LA CORTE NO TIENE COMPETENCIA PARA CONOCER DE PROCESOS PENALES QUE POR DELITOS COMUNES SE SIGAN CONTRA MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR.

Por regla general, únicamente están sometidos a fuero los funcionarios públicos que cometan delitos oficiales. — Fuero pleno y fuero restringido. — Qué debe entenderse por delito común.

1. El fuero es una especial competencia para conocer de los procesos penales que se sigan contra los altos funcionarios del Estado, previo el cumplimiento —en algunos casos— de particulares trámites por el Organo Legislativo de la República. Así entendido, es una consecuencia de la responsabilidad de los funcionarios públicos y de la necesidad de tutela de la dignidad misma del Estado y de la imparcialidad del juzgamiento.

2. Como únicamente los delitos cometidos por razón del servicio oficial o con ocasión del mismo comprometen el prestigio del Estado, como regla general solo los funcionarios públicos que cometan esta clase de infracciones (delitos oficiales) están sometidos al fuero.

Motivos diferentes, como el de asegurar la estabilidad de las instituciones, explican que el juzgamiento del Presidente de la República, del Encargado del Poder Ejecutivo, de los Ministros del Despacho, del Procurador General de la Nación, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Consejeros de Estado, aún por delitos comunes, se adelante mediante una competencia especial, la de la Corte Suprema de Justicia, y previa la intervención del Parlamento, para acusar la Cámara de Representantes ante el Senado y para autorizar esta última Corporación Legislativa el juzgamiento del alto funcionario del Estado por la Corte Suprema de Justicia

Se puede decir, entonces, que para estos altos funcionarios de la Nación se consagra un fuero pleno, comprensivo de los delitos oficiales y de los delitos comunes que cometan, y que con respecto a otros servidores de la República se establece un fuero restringido, pertinente solo en cuanto a las infracciones oficiales.

Los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito, así como los demás altos empleados que menciona el ordinal 2º del Art. 151 de la Constitución, el Art. 35 de la Ley 89 de 1948 (el Registrador Nacional del Estado Civil), el ordinal 6º Art. 42 del Código de Procedimiento Penal (a más de los que cita la Carta, el Tesorero General de la Nación y los Intendentes y Comisarios) y los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, únicamente están sometidos a juzgamiento por la Corte Suprema de Justicia cuando se trata de delitos oficiales. Para conocer de los delitos

comunes son aplicables las disposiciones generales que regulan la competencia

3. Si bien el Art. 320 del Código de Justicia Penal Militar indica que "la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en relación con la Justicia Penal Militar, tiene las siguientes atribuciones: ...3ª Conocer en única instancia de los procesos penales que se adelantan contra los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar", mal puede entenderse esta norma como consagratoria de un fuero pleno, esto es, pertinente tanto para los casos de delitos oficiales como comunes, indicado en la Carta solo para el juzgamiento del Jefe del Estado, de los Ministros del Despacho, del Procurador General de la Nación, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Consejeros de Estado, y del cual están excluídos, como se desprende de la atribución 2ª del Art. 151 de la Constitución Nacional, antes transcrito, el Contralor General de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y otros altos funcionarios de la República, pues éstos son juzgables por la Corte Suprema de Justicia, en única instancia, solo cuando se les sindica de delitos oficiales. Semejante interpretación extensiva del referido Art. 320 (ordinal 3º) del Código de Justicia Penal Militar resulta en franca contradicción con los preceptos de la Carta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, enero veintiséis de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

El Juzgado 8º Penal Municipal de Bogotá dispuso enviar a esta Sala el proceso seguido contra un Magistrado del Tribunal Superior Militar por el delito de lesiones personales, a fin de que se resuelva lo que sea pertinente con respecto al conocimiento del negocio.

Anota dicho juzgado que, "si bien es cierto que el sindicado ostenta su calidad de Magistrado de la Rama Castrense, no es menos cierto que su actitud adquiere las características de un delito común, por cuanto su realización no tuvo por causa el desempeño de sus funciones ni se concretó por ocasión de las mismas", por lo cual "la competencia le está atribuída a ese Despacho".

Sin embargo, tanto el señor personero del sindicado, como éste, expresan que, en virtud de lo previsto en el artículo 320 del Código de Justicia Penal Militar, corresponde conocer de este asunto a la Corte Suprema de Justicia, en única instancia. Dice el procesado lo siguiente:

"El citado artículo 320 del estatuto militar, al establecer que compete privativamente a la Honorable Corte Suprema, en única instancia, el conocimiento de los procesos que se sigan contra los Magistrados del Tribunal Superior Militar, ha consagrado en relación con dichos funcionarios lo que se conoce con el nombre de fuero especial; esto es, un instituto jurídico tendiente a mantener y resguardar la necesaria distinción que ha de existir siempre entre gobernantes y gobernados. En tal forma, que las diferentes jerarquías jurisdiccionales conserven sus respectivas escalas y dignidades, a objeto de que una autoridad de rango superior no pueda estar supeditada jamás a otra de inferior categoría, entre otras cosas, para salvaguardiar el prestigio y la dignidad de la organización judicial. Y esa institución procesal no dice relación únicamente al desarrollo de la causa y al pronunciamiento del fallo, sino también, como es obvio, a la etapa de la instrucción sumarial; pues tan contrario resultaría al respeto debido a las jerarquías legalmente instituídas el hecho de que quien ocupa un nivel supeditado, pretendiese juzgar al funcionario de más alto escalafón jurisdiccional, como el de que éste viniera a estarle sometido al inferior en el plano investigativo, y hubiera de subordinarse sumisamente al cumplimiento de mandatos, tales como el de rendir indagatoria, o el de ser preventivamente privado de libertad. Ello, como se comprende, sería nada menos que el desquiciamiento, por la base, de las estructuras orgánicas del Estado, e implicaría la más aberrante inversión en los valores forenses".

Consideraciones de la Sala

El fuero es una especial competencia para conocer de los procesos penales que sigan contra los altos funcionarios del Estado, previo el cumplimiento —en algunos casos— de particulares trámites por el Organo Legislativo de la República. Así entendido, es una consecuencia de la responsabilidad de los funcionarios públicos y de la necesidad de tutela de la dignidad misma del Estado y de la imparcialidad del juzgamiento.

Mas como únicamente los delitos cometidos por razón del servicio oficial o con ocasión del mismo comprometen el prestigio del Estado, como regla general solo los funcionarios públicos que cometan esta clase de infracciones (delitos oficiales) están sometidos al fuero.

Motivos diferentes, como el de asegurar la estabilidad de las instituciones, explican que el juzgamiento del Presidente de la República, del Encargado del Poder Ejecutivo, de los Ministros del Despacho, del Procurador General de la Nación, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Consejeros de Estado, aún por delitos comunes, se adelante mediante una competencia especial, la de la Corte Suprema de Justicia, y previa la intervención del Parlamento, para acusar la Cámara de Representantes ante el Senado y para autorizar esta última Corporación Legislativa el juzgamiento del alto funcionario del Estado por la Corte Suprema de Justicia.

Se puede decir, entonces, que para estos altos funcionarios de la Nación se consagra un fuero pleno, comprensivo de los delitos oficiales y de los delitos comunes que cometan, y que con respecto a otros servidores de la República se establece un fuero restringido, pertinente solo en cuanto a las infracciones oficiales.

Lo anterior se desprende de los siguientes preceptos de la Carta:

"Art. 151. Son atribuciones especiales de la Corte Suprema de Justicia:

"1ª Juzgar a los altos funcionarios nacionales que hubieren sido acusados ante el Senado, por el tanto de culpa que les corresponda cuando haya lugar, conforme al artículo 97.

"2ª Conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes , o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los Jefes de Departamentos Administrativos, el Contralor General de la República, los Agentes Consulares y Diplomáticos de la Nación, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales de Distrito, los Comandantes Generales y los Jefes superiores de las Oficinas Principales de Hacienda de la Nación.

"3ª Conocer de todos los negocios contenciosos de los Agentes Diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional.

"4ª Las demás que le señalen las leyes".

"Art. 102. Son atribuciones especiales de la Cámara de Representantes: ... 5ª Acusar ante el Senado, cuando hubiere justas causas, al Presidente de la República, los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia".

"Art 96. Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que intente la Cámara de Representantes contra los funcionarios de que trata el artículo 102, inciso 4 (hoy atribución 5ª".

"Art. 97. En los juicios que se sigan ante el Senado se observarán estas reglas:

"1ª Siempre que una acusación sea públicamente admitida, el acusado queda de hecho suspenso de su empleo.

"2ª Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, pero se le seguirá juicio criminal al reo ante

la Corte Suprema, si los hechos le constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

"3ª Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.

"4ª El Senado podrá someter la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, a lo menos, de los votos de los Senadores que concurran al acto".

"Art. 131. El Presidente de la República, durante el período para que sea elegido, y el que se halle encargado del Poder Ejecutivo, mientras lo ejerza, no podrán ser perseguidos ni juzgados por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a la formación de causa".

Este último precepto hace procedente el fuero pleno que corresponde al Jefe del Estado, durante el período para que es elegido y mientras ejerza sus funciones el Encargado del Poder Ejecutivo, aún con respecto a delitos comunes u oficiales cometidos antes del ejercicio del cargo.

Se desprende, pues, de las normas transcritas que los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito, así como los demás altos empleados que menciona el ordinal 2º del Art. 151 de la Carta, el Art. 35 de la Ley 89 de 1948 (el Registrador Nacional del Estado Civil), el ordinal 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal (a más de los que cita la Carta, el Tesorero General de la Nación y los Intendentes y Comisarios) y los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial únicamente están sometidos a juzgamiento por la Corte Suprema de Justicia cuando se trata de delitos oficiales. Para conocer de los delitos comunes que cometan son aplicables las disposiciones generales que regulan la competencia.

Y si bien el artículo 320 del Código de Justicia Penal Militar indica que "la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en relación con la Justicia Penal Militar, tiene las siguientes atribuciones: ... 3ª Conocer en única instancia de los procesos penales que se adelantan contra los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar", mal puede entenderse esta norma como consagratoria de un fuero pleno, esto es, pertinente tanto para los casos de delitos oficiales como comunes, indicado en la Carta solo para el juzgamiento del Jefe del Estado, de los Ministros del Despacho, del Procurador General de la Nación, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Consejeros de Estado, y del cual están excluídos, como se desprende de la atribución segunda del Art. 151 de la Constitución Nacional, antes transcrito, el Contralor General de la República, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y otros altos funcionarios de la República, pues éstos son juzgables por la Corte Suprema de Justicia, en única instancia, solo cuando se les sindica de delitos oficiales. Semejante interpretación extensiva del referido artículo 320 (ordinal 3º) del Código de Justicia Penal Militar resulta en franca contradicción con los preceptos de la Carta atrás copiados.

Esta Sala, sobre el precepto contenido en el ordinal 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, que se ocupa del fuero restringido indicado para algunos altos empleados de la Nación, entre los cuales se encuentran los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y los Gobernadores de los Departamentos, ha dicho:

"La Corte es competente, de manera privativa, para conocer de los juicios que se sigan contra los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito por motivos de responsabilidad, no solo por mal desempeño de sus funciones, sino por infracción de la Constitución y de las leyes, según lo estatuyen los Arts. 151, ord. 2º, de la Constitución Nacional, y 42, ord. 6º, del C. de P. P. Para ello ha de tenerse en cuenta únicamente la naturaleza del hecho ilícito, de suerte que de los delitos de responsabilidad

juzga la Corte a los Magistrados de los Tribunales, ya estén en ejercicio de su cargo o bien hayan dejado de ejercerlo; y si se trata de delitos comunes, el juzgamiento no corresponde a la Corte sino a los jueces ordinarios, aun cuando el sindicado haya ejecutado el hecho en ejercicio de una función que le diera competencia a la Corte", (Sent. 12 de febrero de 1946, G. J. T. LX, p. 182).

"El C. de P. P., en su artículo 42, ord. 6º, atribuye competencia a la Corte Suprema, Sala Penal, para conocer de las causas que por motivos de responsabilidad por infracciones de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan, entre otros, contra los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial: es decir, que solo para aquellos casos en los cuales se imputa a un Magistrado la comisión de un delito realizado por razón de su cargo o en ejercicio de funciones judiciales, debe conocer la Corte, pero en ningún caso, de las infracciones que cometa sin tener en cuenta para nada esa calidad de funcionario de la rama jurisdiccional", (Autos de 8 de julio de 1946, G. J. T. LXI, P. 131; de 13 de febrero de 1957, G, J. T. LXXXIV, P. 435; de 2 de diciembre de 1957, G. J. T. LXXXVI, P. 638; de 4 de agosto de 1958, G. J. T. LXXXVIII, P. 748, y de 6 de noviembre de 1958, G. J. T. LXXXIX, P. 578).

"La sola investidura oficial del sindicado no es causa suficiente que confiere a la Corte facultad legal para ampliar las normas relativas a jurisdicción y competencia; estas son de orden público y su aplicación no puede hacerse con criterio analógico sino restringido, ya que aplicando este principio analógico se llegaría a la conclusión de dar a los simples delitos comunes el carácter de delitos de responsabilidad. El fuero especial de que gozan los Gobernadores no es para los delitos comunes, sino para los de responsabilidad; de aquéllos conocen los jueces ordinarios", (Autos de 15 de abril de 1947, G. J. T. LXIII, P. 156, y de 17 de enero de 1951, G. J. T. LXIX, P. 103).

"Este...", el C. de P. P...., "lejos de ampliar la jurisdicción que como privativa le confiere a la Corte el artículo 148..." (151) ... "de la Constitución, restringió los llamados fueros, no atribuyó a la Corte la facultad para juzgar por delitos comunes a los Magistrados de los Tribunales, y le dejó el juzgamiento de ellos únicamente en cuanto a los cargos o delitos de responsabilidad relacionados con sus funciones de Magistrados. El nuevo estatuto procedimental se atuvo, para fijar la competencia legal de la Corte, exclusivamente a la naturaleza del hecho juzgable. Y así, el delito cometido en ejercicio de la Magistratura o con abuso o pretexto de las funciones correspondientes debe ser juzgado por la Corte, ya sea que se trate de un Magistrado en ejercicio o de quien haya dejado de serlo. En cambio, si se trata de un delito común, el juzgamiento del asunto no corresponde a la Corte sino a los jueces ordinarios, aun cuando el hecho haya sido ejecutado..." durante el ejercicio del cargo, (Sentencia de 30 de septiembre de 1942, G. J. T. LV, Nros. 1996-1997, P. 324 y ss.)

Ahora bien:

Sin embargo de que no ofrece reparo alguno la calificación de delito común dada en este proceso a los hechos que se averiguan, no sobra recordar lo que la doctrina ha entendido por esta clase de infracción punible, a saber:

El tratadista Eugenio Cuello Calón ("Derecho penal", T. 1º, P. 362, VII Edición, Barcelona, 1945) dice que "se reputan delitos comunes aquéllos que lesionan bienes jurídicos individuales, verbigracia, los delitos contra la vida, contra la honestidad, contra la propiedad, etc."

El profesor colombiano Luis Carlos Pérez ("Derecho penal colombiano", V. IV, P. 260, Editorial "Temis", Bogotá, 1959), expresa que son delitos especiales aquéllos "que requieren determinada calidad en el sujeto activo (cuando, por ejemplo, solo los puede cometer un funcionario público); políticos, los que hemos definido en el número 77 (V. I.); comunes, los que pueden ser cometidos por cualquiera".

Y el doctor Samper anota que son delitos comunes los que "se cometen contra el común de los individuos o contra el orden social, sin que la ejecución atente a los derechos del Estado o dependa del ejercicio mismo de las funciones públicas".

Resulta, de lo dicho, que este proceso corresponde, por competencia, a los jueces ordinarios, pues, por tratarse de un delito común, el Magistrado del Tribunal Superior Militar acusado no está sometido al juzgamiento especial por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que no tiene competencia para conocer del proceso de que se ha hecho mención y DISPONE devolver el expediente al Juzgado 8º Penal Municipal de Bogotá.

Cópiese y notifíquese

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

Pioquinto León, Secretario.

FALLO PRONUNCIADO EN JUICIO VICIADO DE NULIDAD. — CUESTIONARIOS SOMETIDOS AL JURADO SIN SUBORDINACION AL AUTO DE PROCEDER.

Actuaciones procesales en los juicios en que interviene el Tribunal Popular. — Violación del Art. 28 de la Ley 4ª de 1943. — Nulidad constitucional. — Causal 4ª de casación.

1. En los juicios de Jurado existen tres actuaciones procesales, en que cada una de ellas es base de la siguiente, guardando entre sí una íntima relación de dependencia, referida, la primera, al auto de proceder, que formula los cargos contra el procesado; la segunda, al cuestionario, que ha de sintetizar este pliego de cargos; y, la tercera, a la sentencia, que desarrolla el veredicto.

La ruptura de esa armónica dependencia, mediante la formulación de cuestionarios sin subordinación al auto de proceder y, por lo tanto, de manera arbitraria, viola el Art. 28 de la Ley 4ª de 1943, que indica claramente la forma como deben ser redactados, y plantea una situación que impide al Jurado calificar los hechos sometidos a su intervención, como lo prescribe el Art. 480 del C. de P. Penal.

2. El Jurado, en los juicios que lo requieren, corresponde a una forma sustancial y entonces su pretermisión o ineficacia, determinada a través de cuestionarios que, divorciados del auto de proceder, le impiden pronunciarse en relación directa con los cargos allí formulados, quebranta el Art. 26 de la Carta y, en esa suerte, vicia de nulidad el juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres)

Vistos

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta contra la sentencia del 20 de mayo del año pasado, mediante la cual se absolvió a Jaime Rangel Toro en razón de los delitos de homicidio en José Estrada y lesiones personales en José del Carmen Garzón, Eustasio Mora y José de la Paz Mora.

Antecedentes

En auto del 5 de febrero de 1963, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia el Juzgado 2º Superior de Cúcuta llamó a juicio, en razón de los delitos de homicidio en José Estrada y lesiones en José del Carmen Garzón, Eustasio Mora y José de la Paz Mora a Jaime Rangel Toro, especificando, dentro de la motivación de esa medida, que esos delitos, "cometidos en accidente de tránsito", eran culposos.

No obstante la referida especificación, el mismo Juzgado, al interrogar al Jurado, señaló como intencionales aquellos delitos, según lo acreditan las siguientes dos cuestiones que sometió a su consideración:

"Primera cuestión: El acusado Jaime Rangel Toro es responsable sí o no, conforme se

analiza en el auto de proceder de haberle causado la muerte a **José Estrada Bermúdez** a consecuencia del volcamiento que se produjo del vehículo que conducía, según el concepto Médico, hecho cometido el nueve de febrero de mil novecientos sesenta y dos, en el Municipio de "El Carmen", (N. de Sder.), en la carretera que de ese lugar conduce al Departamento del Magdalena, y en la ejecución de este delito procedió el acusado **con el propósito de matar?**

Respuesta: "No es responsable".

"Segunda cuestión": El mismo acusado es responsable **sí** o **no**, según el análisis hecho en el auto de proceder, de haberle causado a **José del Carmen Garzón, Eustasio Mora** y **José de la Paz Mora**, las lesiones descritas en los reconocimientos Médicos hecho ocurrido en las mismas circunstancias de tiempo lugar a que se refiere la cuestión anterior y en la ejecución de este delito procedió el acusado **con intención de herir?**

Respuesta: "No es responsable".

El citado Juzgado, fundándose en las respuestas obtenidas, mediante sentencia del 28 de noviembre de 1963 absolvió a Rangel Toro, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 20 de mayo del año pasado.

La demanda

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca, en el carácter de única, la causal de casación prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del C. de P. Penal, a cuyo amparo sostiene que el fallo acusado se pronunció en un "juicio viciado de nulidad", lo que es evidente en fuerza de que en el auto de proceder los hechos imputados se calificaron de **culposos** y en los cuestionarios se propusieron como **dolosos**, por lo que, a más de resultar violado el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, se quebrantaron las "formas propias del juicio", garantizadas en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Para resolver se considera

a) En los juicios de Jurado existen tres actuaciones procesales, en que cada una de ellas es base de la siguiente, guardando entre sí una íntima relación de dependencia, referida, la primera, al auto de proceder, que formula los cargos contra el procesado; la segunda, al cuestionario, que ha de sintetizar ese pliego de cargos; y, la tercera, a la sentencia, que desarrolla el veredicto.

b) La ruptura de esa armónica dependencia, mediante a formulación de cuestionarios sin subordinación al auto de proceder y, por lo tanto, de manera arbitraria, viola el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, que indica claramente la forma como deben ser redactados, y plantea una situación que impide al Jurado calificar los hechos sometidos a su intervención, como lo prescribe el artículo 480 del C. de P. Penal.

c) El Jurado, en los juicios que lo requieren, corresponde a una forma sustancial y entonces su pretermisión o ineficacia, determinada a través de cuestionarios que, divorciados del auto de proceder, le impiden pronunciarse en relación directa con los cargos allí formulados, quebranta el artículo 26 de la Carta y, en esa suerte, vicia de nulidad el juicio.

d) La Corte, por lo demás, en sentencia del 10 de diciembre de 1955, publicada en el Tomo LXXXI de la **Gaceta Judicial**, Págs. 377 y ss. expresó:

"Conviene no perder de vista la extensión de la doctrina, porque ella le quita toda su fuerza al argumento de que solo es nulo un proceso cuando se menoscaba el derecho del procesado, que es una parte del juicio penal, pero no la única, puesto que el Ministerio Público, que representa los intereses de la sociedad y cuya misión estriba en velar porque se castiguen los delitos, es decir, en que se cumplan los fines de la justicia, es parte legítima y no está colocada, por lo tanto, en condiciones de inferioridad en el proceso penal, que es una relación de derecho y no actuación unitaria en donde lo único que prevalezca sea la situación de quien con el delito violó el orden social establecido.

"El artículo 26 de la Constitución consagra, es cierto, un mínimo de garantías

para el acusado; pero también atiende a todos los estados substanciales del procedimiento, precisamente por constituir como se acaba de expresar, una relación en la que obran varios derechos igualmente respetables y dignos de ser amparados.

"Al encabezamiento de este artículo ('Nadie podrá ser juzgado...'), no puede dársele una interpretación precaria o parcial, porque el juzgamiento es de orden público y porque las formas propias del juicio no están establecidas en provecho exclusivo del infractor.

"Esa norma hace parte de un título que comenta el doctor Tulio Enrique Tascón, en su libro 'Derecho Constitucional Colombiano', diciendo que es deficiente porque en él no se trata solo de los derechos civiles sino de los derechos públicos (Pág. 69, obra citada). Y en cuanto a las garantías, al ser sociales deben comprender a todos los miembros de la comunidad, pues han sido dictadas, como dice el señor Samper, 'en bien de los asociados, que es el objeto y tendencia de la reunión y vida sociales'. (Derecho Público, tomo 2º Pág. 46)'."

e) La causal de casación que invoca el recurrente debe, pues, prosperar, en fuerza de que, evidentemente, los cuestionarios sometidos al Jurado se redactaron sin subordinación al auto de proceder y de este modo, teniendo en cuenta las razones expuestas, se incurrió en la nulidad del juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida y DISPONE devolver el proceso, por conducto del Tribunal de origen, al Juzgado 2º Superior de Cúcuta para que se reponga el procedimiento a partir del auto que señaló fecha para el sorteo total de Jurados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA JUDICIAL

CUADRUPLE HOMICIDIO, HOMICIDIO FRUSTRADO Y ROBO. — MOTIVOS DE NULIDAD EN LOS JUICIOS POR JURADO.

Nulidad de orden constitucional que solo afecta a los sindicados recurrentes. — Derecho de defensa. — Aplicación del inciso b) del Art. 560 del C. de P. P.

Es indudable que esta Sala de la Corte en repetidas ocasiones ha resuelto que es motivo de nulidad, en los juicios por jurado, el no haberse notificado a las partes el auto que señala día para celebración de la audiencia pública. Y que asimismo ha aceptado que constituye nulidad sustancial el que el reo o sindicado quede privado de defensa en la audiencia pública, por no haberlo asistido su abogado en dicho acto, o porque no obstante haberse presentado, haya renunciado ambas veces al uso de la palabra o se haya abstenido en alguna forma o por cualquier motivo de hacer la efectiva defensa de su patrocinado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por sentencia del 13 de febrero de 1963, condenó, entre otros, a los señores **Gabriel Montilla** (padre) y **Gabriel Montilla** (hijo), a la pena principal de veintidós años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsables de cuádruple homicidio, homicidio frustrado y robo consumados en Aco, Municipio del Prado, Departamento del Tolima, el día 12 de julio de 1951, en las horas de la noche.

Contra esta providencia interpusieron oportunamente el recurso de casación los procesados Montilla, padre e hijo, y el defensor de éstos.

Cumplidos los trámites propios del recurso se procede a resolver lo que sea del caso, en esta providencia.

Hechos y actuación procesal

Los resumen los jueces de instancia y aún el demandante en los siguientes términos:

"Los hechos, según la narración que hacen los testigos presenciales y que lograron sobrevivir, fueron los siguientes:

"La expresada noche del 12 de julio se encontraban durmiendo en su casa de habitación el occiso Abraham Jiménez, su mujer Evangelina Godoy, sus hijos y algunos trabajadores; siendo aproximadamente las doce de la noche se presentaron varios sujetos, armados de pistolas, solicitando les abrieran las puertas de la habitación diciendo ser el Inspector del lugar y la Policía; como los moradores tardaron en abrir, los asaltantes violentaron la puerta y entraron; inmediatamente procedieron a sacar los moradores y atarlos con lazos y, luego, les dieron muerte a puñaladas a Abraham Jiménez, Joaquín Godoy, Víctor Manuel Avilés Perdomo y Alberto Cortés Jiménez, habiendo logrado sobrevivir el menor Julio César Godoy, gracias al hecho de que después de recibir él la primera puñalada, se dejó caer al suelo, quedando debajo de los demás cuerpos y allí permaneció inmóvil logrando así hacer creer a los forajidos que estaba

muerto. Estos, antes de dar muerte a Abraham, lo azotaron fuertemente, lo colgaron y se hicieron hacer entregar de él la suma de quinientos pesos; también sustrajeron al occiso Alberto Cortés la suma de doscientos pesos y al menor Julio César Godoy la de cuatro pesos treinta centavos. Se sustrajeron, además, algunas prendas y otros objetos de la casa de habitación y, mientras se llevaban a cabo esta serie de atentados, uno de los malhechores, identificado como Miguel Ramírez, alias "El Valluno", sometió por la fuerza al acceso carnal a la menor Efigenia Godoy".

Perfeccionada la investigación fue enviada a los jueces superiores de Ibagué, habiéndole correspondido por sorteo al Juez 4º Superior de dicha ciudad, quien por auto de 9 de diciembre de 1957, calificó el mérito del sumario abriendo causa criminal, con intervención del jurado, por los delitos de cuádruple homicidio, homicidio imperfecto y robo contra los sindicados Tito Roberto Burgos Correa, Rafael Antonio Acosta Matamoros o Rafael Acosta, Gratiniano y Jorge Antonio Rico Díaz, Alfonso Godoy Rodríguez, Gabriel Montilla (padre e hijo), Miguel Ramírez (alias "el Valluno"), Juan y Modesto Amórtegui e Isidro Montalvo o Navarro; asimismo se abrió causa contra Miguel Ramírez, por el delito de violencia carnal y se sobreseyó definitivamente a favor de José del Carmen Morales Ortiz y de José Alberto Vásquez Martínez. Este auto de proceder fue confirmado por el Tribunal el 1º de octubre de 1958 (Fls. 80 a 89, Cuad. 6º).

Adelantado el trámite respectivo se verificaron las audiencias públicas, pronunciándose los correspondientes veredictos en relación con los varios cuestionarios propuestos al jurado. El juez del conocimiento, acogiendo en su totalidad los veredictos emitidos por los jueces de conciencia, condenó, entre otros, a los Montillas (padre e hijo), absolviendo a algunos de los sindicados y condenando a otros; ciñéndose en ésto a la decisión adoptada por el jurado.

El Tribunal de Ibagué, al conocer, por consulta y por apelación, de la sentencia de primera instancia, declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto absolutorio pronunciado a favor de los sindicados Rigoberto Burgos, Antonio Acosta y Jorge Rico, y dispuso convocar un nuevo jurado, aplazando la revisión de la sentencia de primera instancia hasta tanto volviera el negocio con veredicto definitivo.

En la nueva audiencia, celebrada con otros jurados, fueron absueltos los sindicados nombrados últimamente. En desarrollo de este segundo veredicto, el juez del conocimiento dictó fallo con fecha de 10 de abril de 1962, en el que condenó a los procesados Gabriel Montilla, padre e hijo, a la pena de veintidós años de presidio y a las accesorias correspondientes, determinando lo procedente en relación con los demás procesados.

El Tribunal Superior de Ibagué, al revisar por apelación y consulta el fallo de primera instancia, lo confirmó en todas sus partes (Fls. 436 a 446 del Cuad. 6º).

Demandas de casación

Los sindicados Montilla, padre e hijo, otorgaron poder al doctor Fernando Villalobos Arango para que sustentara el recurso de casación, lo que hizo este profesional presentando dos demandas del mismo tenor, en nombre de sus poderdantes. Estas demandas se ajustan a los requisitos formales exigidos por la ley, puesto que después de hacer un resumen de los hechos y una referencia a las principales pruebas que sirvieron de fundamento para condenar a sus defendidos, propone como causales de casación, en dos capítulos separados, la 4ª que consagra el artículo 567 del C. de P. Penal, por considerar que la sentencia acusada es violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad. Subsidiariamente impugna la sentencia con fundamento en la causal 7ª de la misma disposición procesal, por estimar que se dictó sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Causal cuarta de casación

Con invocación de esta causal prevista en el Art. 567 del C. de P. Penal y para fun-

damentarla, el recurrente afirma que se han violado el Art. 26 de la Constitución Nacional; los ordinales a) y c) del Art. 171 del C. de P. Penal, así como los Arts. 172 y 433 del mismo código.

Con el fin de sustentar la nulidad constitucional que afecta el procedimiento, el demandante expone lo siguiente:

"El artículo 26 de la Constitución Nacional consagra el derecho de defensa no a título de mera concesión graciosa que hace el Estado al reo, sino como un verdadero derecho natural del hombre que, por lo mismo, no admite alienación ni prescripción. La sociedad tiene interés en que sea condenado o absuelto el reo, pero luego de cumplidas estrictamente todas y cada una de las formalidades esenciales que establecen las leyes. Si el Código Procesal erige en causal de nulidad la mera falta de notificación del auto que señala día y hora para la celebración de la audiencia, porque esa omisión lesiona gravemente el derecho de defensa, con mucho mayor razón tiene que ser nulo el juicio, si el procesado, lejos de estar asistido por un abogado que lucha en su favor, es víctima de la negligencia, el descuido o el silencio absoluto de éste. Verdad que entre las causales de nulidad no está expresamente incluída la falta de defensa para el reo en la audiencia; en cambio sí están erigidas como causales de nulidad ciertas irregularidades que aparentemente son de forma, pero cuya omisión en realidad incide directamente en el juicio. Y como el episodio decisivo en el juicio por los jurados es la audiencia, constituye motivo de nulidad constitucional el hecho de haberse llevado a cabo sin que el procesado haya tenido la asistencia de un defensor. Entre las formas propias del juicio (artículo 26 de la Carta) las más importantes son aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, bien sea que el inculpado lo haga por sí mismo; cuando para ello sea apto, bien que lo haga por medio de un abogado. La sentencia que condena a un reo indefenso, ya provenga la indefensión de la incapacidad de éste, ya de la carencia de abogado que lo asista, o ya de la no actuación del mismo, es violatoria no solo de la ley procedimental común, sino también de las garantías que consagra la Ley de Leyes.

"En el caso que nos ocupa, mi representado Gabriel Montilla (hijo) no fue defendido en la audiencia, según se desprende de las siguientes constancias procesales: al folio 209, acta de la audiencia, se expresa que concurrieron al acto ... y "el Doctor Carlos A. Lozano Agudelo, defensor de los procesados ausentes Gabriel Montilla (padre), Gabriel Montilla (hijo), Isidro Montalvo o Navarro y de los presentes Jorge y Gratiniano Rico. Tenemos pues que al Doctor Lozano Agudelo le estaba confiada la defensa de varios sindicados, entre ellos aquél a quien represento.

"En el mismo folio 209 se lee·

" Carlos Lozano Agudelo (pidió se leyeran) las indagatorias de Jorge y Gratiniano Rico, lo que así se hizo por el señor Secretario, haciendo constar el mismo defensor que sus defendidos Jorge y Gratiniano Rico, una vez que rindieron indagatoria fueron puestos en libertad, no habiéndose llevado al proceso todas las declaraciones que ellos citaron, con especialidad las de conducta y que cuando fueron capturados nuevamente y puestos a disposición de este Juzgado el 11 de agosto de 1959, ya el término de pruebas estaba vencido y que por ello había solicitado la recepción de unas declaraciones dentro de la audiencia".

"Hasta aquí tenemos, sin lugar a la menor duda, que el abogado en mención asumió la defensa de los señores de apellido Rico, a quienes representaba en virtud de poder conferido por los mismos, pero no asumió la defensa de Gabriel Montilla (hijo) a quien representaba en virtud de designación oficiosa por parte del Juez.

"En el folio 209 vuelto consta que todos los defensores renunciaron al uso de la palabra por la primera vez. Se lee en el folio 213 vuelto que al Doctor Lozano, defensor de oficio de mi patrocinado se le concedió el derecho al uso de la palabra por segunda vez y entonces asumió únicamente y exclu-

sivamente la defensa de Jorge y Gratiniano Rico, pero no defendió a Gabriel Montilla (hijo), como se desprende indubitablemente de las siguientes transcripciones, que empiezan en el folio últimamente citado:

" 'Por segunda vez el señor Juez concedió el derecho al uso de la palabra a cada uno de los procesados Jorge y Gratiniano Rico, y como manifestaran se la cedían a su defensor, el señor Juez procedió a concederle ese derecho, también por segunda vez, al Doctor Carlos Lozano Agudelo, también defensor de los procesados ausentes Gabriel Montilla (padre), Gabriel Montilla (hijo) e Isidro Montalvo o Navarro, quien en uso de ella dijo: Yo antes de hablar en esta audiencia pido que se lea el artículo 418 del Código de Procedimiento Penal (El Secretario dio lectura al artículo citado) Señores del jurado: ya habéis oído el contenido de esa disposición y tenemos que desde la fecha en que se sucedieron los hechos han pasado nueve años y eso hace que estos procesados esperan que se les defina su situación, que se les haga justicia; mis defendidos Jorge y Gratiniano Rico fueron llamados a rendir indagatoria oportunamente y luego de practicar esa diligencia fueron puestos en libertad porque ellos no debían nada; ellos fueron puestos en libertad porque no huyeron, se quedaron residiendo en la región, tranquilamente en sus labores de trabajo, puesto que sus conciencias no los acusaban de nada. Estos señores Rico contrajeron matrimonio en la ciudad de Cunday formaron su hogar y siguieron allí hasta cuando fueron capturados. Pido al señor Juez sea agregada al acta las copias de las partidas de matrimonio de los Ricos para mejor constancia de lo aseverado. (El señor defensor hace entrega al señor Secretario de dos copias de las partidas de matrimonio de Jorge y Gratiniano Rico, lo mismo que trae constancias sobre conducta de los mismos y otra sobre buen comportamiento en el establecimiento de reclusión suscrita por el respectivo Alcaide). Estos señores Rico fueron capturados cuando se encontraban en sus parcelas trabajando y fueron remitidos a este Juzgado el día once de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, cuando ya el término de prueba estaba vencido y por eso solicité la recepción de algunas declaraciones dentro de la audiencia, las cuales se recibieron ayer..." (míos los subrayados).

"A continuación el Doctor Lozano se refirió a la prueba de cargo, la que criticó y analizó, pero sin que en ningún momento de su intervención aludiera, siquiera de paso, a la situación judicial de Gabriel Montilla (hijo) quien, de consiguiente, fue condenado indefenso. Mi acusación no se fundamenta en una defensa deficiente, lo que nunca constituiría causal de casación por no conllevar nulidad, sino en carencia absoluta de defensa, fenómeno que sí anula el juicio por implicar violación de las garantías constitucionales, ya que el Doctor Lozano Agudelo, en quien hay que reconocer una de las más brillantes figuras del foro tolimense, por causas que no me es dado precisar, omitió todo intento de defender a mi patrocinado. En ninguna parte del expediente consta que persona alguna hubiera defendido a mi poderdante y éste tampoco pudo hacerlo porque estaba ausente".

En relación con esto el señor Agente del Ministerio Público considera que la causal invocada, en lo que respecta al quebrantamiento de la Constitución, debe prosperar, y que por lo tanto debe casarse la sentencia acusada, fundándose para ello en lo que en otras ocasiones ha sostenido la Corte con relación a la falta de defensa en juicio del sindicado, expresando el señor colaborador Fiscal lo siguiente:

"Glosa el demandante el contenido del Art. 26 de la C. N. que consagra el derecho de defensa, no a título de mera concesión graciosa que hace el Estado al reo, sino como un verdadero derecho natural del hombre que, por lo mismo, no admite alienación ni prescripición. Insiste, —entrando en materia—, que no pudo hacerse nunca efectivo por parte de los Montillas el derecho de defensa que consagra la Carta y que para el caso en estudio se hace patente su omisión al no haberse intentado por el abogado que defendía sus intereses en la audiencia y frente al jurado el menor esfuerzo por realizarlo. Mi acusación no se funda-

menta, —dice el recurrente—, en una defensa deficiente, lo que nunca constituiría causal de casación por no conllevar nulidad, sino en carencia absoluta de defensa, fenómeno que si anula el juicio por implicar violación de las garantías constitucionales...

"Para el impugnador parece de bulto en el expediente la indefensión de los Montillas, lo que conlleva la violación de Art. 26 de la C. N., porque no se observó la plenitud de las formas propias del juicio "en consecuencia, éste es nulo de nulidad constitucional".

"En refuerzo de su aserto el impugnador hace hincapié en el contenido del acta de audiencias públicas y sobre la manera como el defensor de los Montillas derivó su actividad a la presentación y examen del caso de otros procesados, —que también defendía—, sin siquiera insinuar propuesta o fórmula, tácita o expresa, que envolviera solución para el caso dentro del cual se vieron envueltos los Montillas. Al Fl. 209 se encuentra el acta de las sesiones públicas de audiencia que luego examinaremos con detención.

"Considera este Despacho

"Ha sostenido la H. Corte que la defensa es una de las partes en el proceso penal, y que, por ende, su actuación tiene amplia garantía, tanto por las normas del procedimiento, como por la misma constitución. La ausencia u omisión de defensa en los procesos penales crea, inobjetablemente, motivos de nulidad insubsanable. En el caso de autos los Montillas padre e hijo tuvieron como defensor de oficio a un distinguido abogado cuyo nombre no es el momento mencionar. Este mismo profesional defendía los intereses de Jorge y Gratiniano Rico.

"Consta de la misma acta que los procesados Gabriel Montilla, padre, y Gabriel Montilla, hijo, se encontraban dentro de la situación jurídica de reos ausentes, no así Jorge y Gratiniano Rico. El defensor de éstos, que, —cabe insistirse—, lo era a la vez de los Montilla, en su condición de tal había venido haciendo esfuerzos tendientes a una mejor defensa de éstos; para ello puede observarse el memorial obrante al Fl. 161, en el cual formula solicitudes al Juez de la causa para obtener la comparecencia en audiencia pública de algunos testigos. Jorge Antonio Rico y Gratiniano Rico habían designado como su defensor al profesional aludido; al Fl. 119 obra el memorial dirigido en tal sentido al Juez Cuarto Superior, y al 120 vto. la diligencia de posesión del cargo. De lo anterior se resume fácilmente que, entre tanto que la defensa de los Ricos fue activada con todo celo por el abogado que se encontraba al frente de ella, lamentablemente se dejó en indiferencia completa lo atinente al fuero defensivo que le había deferido el juzgado con respecto a los Montillas. Para aclarar situaciones de confusión debe agregarse que por auto de agosto 29 de 1957 el Juzgado Superior había declarado reos ausentes a los procesados Montilla y hecho la correspondiente designación de apoderados de oficio.

"Resulta de lo dicho que en el expediente se evidencia la indefensión de los Montillas, lo que trae como consecuencia la violación del Art. 26 de la C. N. Para con ellos no fue cumplida la plenitud de las formas propias del juicio, luego, debe aceptarse, que al ser condenados se incurrió en una nulidad de tipo supralegal".

Se considera

Es indudable que esta Sala de la Corte en repetidas ocasiones ha resuelto que es motivo de nulidad, en los juicios por jurado, el no haberse notificado a las partes el auto que señala día para celebración de la audiencia pública. Y que asimismo ha aceptado que constituye nulidad sustancial el que el reo o sindicado quede privado de defensa en la audiencia pública, por no haberlo asistido su abogado en dicho acto, o porque no obstante haberse presentado, haya renunciado ambas veces al uso de la palabra, o se haya abstenido en alguna forma o por cualquier motivo de hacer la efectiva defensa de su patrocinado.

En el presente caso, aparece demostrado con el acta respectiva que el defensor de oficio, que le fue nombrado a los Montillas (padre e hijo), después de haberlos emplazado como reos ausentes, aunque concurrió a la primera audiencia que se celebró en este proceso se limitó a hacer la defensa de los sindicados Jorge y Gratiniano Rico, sin que en dicho acto hubiera hecho alusión alguna para intentar la defensa de los Montillas (que fueron juzgados en ausencia), y quienes por lo tanto, carecieron de defensa en juicio, por cuanto el veredicto pronunciado por el primer jurado los declaró responsables de los varios ilícitos por los cuales fueron llamados a juicio, veredicto que quedó en firme en el proceso y sobre el cual se fundaron los jueces de instancia para dictar la sentencia condenatoria contra estos sindicados.

Síguese de lo expuesto, que la causal 4ª de casación, propuesta primeramente en la demanda, fundándose en que se incurrió en una causal de nulidad de orden constitucional, debe prosperar, y en consecuencia, se debe casar la sentencia acusada dándose cumplimiento a lo previsto en el inciso b) del Art. 560 del C. de P. Penal, disponiendo que vuelva el negocio al juzgado de origen para que se reponga lo actuado, en relación con los recurrentes Montilla, ordenando para ello que se convoque a un nuevo jurado a fin de que defina la responsabilidad de estos procesados, una vez cumplida con respecto a ellos la formalidad cuya omisión ha ocasionado la nulidad decretada.

Como se ha explicado en otras ocasiones, es entendido que la nulidad aquí decretada, solamente afecta a los sindicados recurrentes y que ella no comprende a los sindicados absueltos, ni a los otros que fueron condenados en el fallo recurrido, puesto que la causal alegada y comprobada únicamente afecta en este caso a los Montilla (padre e hijo).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia de fecha 13 de febrero de 1963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué contra los procesados Gabriel Montilla (padre e hijo), y se dispone devolver el proceso al Juzgado de origen por conducto del respectivo Tribunal, con el fin de que se reponga la actuación en este proceso, convocando para ello un nuevo jurado.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

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

Pioquinto León L., Secretario.

DELITOS DE FALSEDAD Y ESTAFA. — INEXISTENCIA DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA POR REVOCATORIA DEL ENCARGO CONFERIDO AL MANDATARIO, CUANDO HAY DOLO

Acusación al fallo recurrido por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas fundamentales del proceso. — Alcance del Art. 2199 del C. C. — Contratos de mandato y de comodato. — Las situaciones de mandatario para enajenar lo que después se recibe en comodato para restituir, son recíprocamente excluyentes. — Fundamentales elementos del CUERPO DEL DELITO tanto para la FALSEDAD como para la ESTAFA. — El DOLO como parte del CUERPO DEL DELITO en los hechos intencionales. — Causal 1ª del Art. 520 del C. J. — No procede en un negocio penal involucrar un motivo civil de casación para efectos distintos a los que trata el Art. 559 del C. de P. P. — Causales 1ª, 2ª y 4ª de casación penal. — Cargo de doble nulidad: una de orden constitucional por quebrantamiento del Art. 26 de la Carta y otra de orden legal prevista en el Ord. 1º del Art. 198 del C. P. P. — Orbita jurisdiccional de la acción penal y de la acción civil en los juicios penales. — Acción de restitución de los bienes muebles e inmuebles como consecuencia de investigaciones o de juicios de carácter penal.

1. Al atribuir el demandante al sentenciador error en la apreciación fundamental de los hechos juzgados, por asignarles condiciones o notas de antijuridicidad no existentes en los actos cumplidos por los procesados, parte de una suposición enteramente gratuita, sin apoyo en los autos, según la cual los contratos de compraventa se llevaron a cabo en ejercicio de un poder legítimo, vigente a la fecha de las operaciones y con amparo en disposiciones de la ley civil.

Este aserto quiere hacerlo descansar el acusador en el Art. 2199 del C. C., disposición que regula la terminación del contrato de mandato y los efectos de los actos que se ejecuten, con relación a las partes y a los terceros.

El planteamiento del primer cargo no discute la expiración del mandato, por lo que, para descartar la conducta ilícita de los reos se toma en cuenta lo reglado por la disposición antes citada y se invoca la buena fe de los compradores, según el demandante, no contradicha con "prueba fehaciente".

El error que quiere encontrarse en la decisión del ad-quem no existe, confrontados los hechos con las disposiciones que describen los delitos de falsedad en documentos y estafa, pues si se admite que uno de los procesados al otorgar las escrituras de venta no era mandatario de los dueños del inmueble, su proceder necesariamente contrariaba el derecho y se revestía de condiciones subjetivas y objetivas de ilicitud. Quien simula un cargo, se atribuye una calidad que no tiene y así obra para realizar un acto jurídico, que aprovecha a él o a otras personas, con perjuicio de terceros, no puede

buscar amparo, justificación o excusa en las disposiciones de la ley civil cuando de modo expreso y como consecuencia racional de la defensa social, la ley penal estructura la conducta enunciada como ilícito criminal.

Admitido, en gracia de discusión, que en los actos de que da cuenta el proceso, no ya el vendedor, sino los compradores, obraron de buena fe, ese supuesto no liberaría de responsabilidad al primero, como es obvio, y cualesquiera fueran las consecuencias en el campo del derecho privado, se tipificarían los delitos que han sido imputados.

2. El demandante estima que si el poder se otorgó por Escritura Pública, solo por instrumento igual podía revocarse, tesis jurídica ésta inaceptable, si se tiene en cuenta lo dispuesto por los Arts. 2149, 2189, 2990 y concordantes del C. C.

Pero lo que principalmente importa para una correcta evaluación penal de los hechos es saber que los autos pregonan con meridiana claridad que en todo el proceder de los reos para llevar a término la venta de la propiedad hubo la conciencia de estar actuando, no solo a espaldas de los propietarios, sino con el conocimiento de su oposición a que se celebrara el negocio. En este empeño proditorio, los acusados recurrieron a diversos expedientes y maniobras demostrativos ellos de su mala fe y, consecuentemente del dolo de fraude en los actos cumplidos.

De otro lado, con posterioridad al contrato de mandato y por voluntad de los dueños de la finca, se celebró un contrato de comodato vigente a la fecha en que se negoció el inmueble. Este contrato estimado en su naturaleza jurídica frente a la ley civil colombiana, dejaba sin vigencia y sin efectos el mandato.

No es cierto, por otra parte, que el comodato, como contrato real, exige escritura pública, pues no es un contrato solemne y se perfecciona con la entrega de la cosa. Además, tratándose de definir aquí una conducta violatoria de la ley penal, más que las sutiles disquisiciones de derecho civil, lo que esencialmente importa es penetrar en las intenciones o propósitos de los sindicados para saber si efectivamente obraban con ánimo honesto y correcto o si, por el contrario, sus acciones iban encaminadas a la manifiesta consumación de un fraude en perjuicio del patrimonio de los dueños del inmueble.

3. Tomado el concepto del cuerpo del delito en su sentido pleno, lo que equivale a su integración objetiva y subjetiva con todos los elementos que tipifican una determinada infracción frente a las específicas definiciones de la ley penal, y admitido que para una correcta interpretación de los Arts. 272 y 273 del C. de P. P., el dolo debe tomarse como parte del cuerpo del delito en los hechos intencionales, no hay duda alguna, ni la prueba del proceso la autoriza, en cuanto a que los sindicados obraron en las conductas o actuaciones que se les han señalado como suyas, de manera deliberada y consciente, de un lado, y con avieso propósito de defraudar a los dueños y obtener un provecho ilícito de orden económico o patrimonial, recurriendo para el logro de esa finalidad al complejo expediente de engaño sobre el cual descansan las estructuras legales de los delitos de falsedad y estafa.

En cuanto al delito de falsedad, y por lo que al caso de autos se refiere, los elementos que, conforme a derecho, estructuran el ilícito, según los artículos 231 y 233 del Código Penal, hay que afirmar categóricamente que las instancias encontraron en el proceso un recaudo probatorio hábil e idóneo para dar por establecido el hecho, igual que la responsabilidad de los encausados, sin que surja en el debate de casación un motivo racional que conduzca a demostrar que en el fallo impugnado hubo la evaluación errada de los elementos de juicio, y, por ende, que pueda ser viable la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., por error en cuanto a la prueba del cuerpo del delito de falsedad.

El punto concretamente señalado por el actor hace referencia al elemento subjetivo (dolo) por parte de los agentes de la infrac-

ción. Pero es en un todo gratuita la afirmación de que ese elemento que, conforme a las propias palabras del demandante, "consiste en el conocimiento de la inmutación de la verdad y en el propósito de hacerla valer, a pesar de que el agente prevé el daño que pueda causar a otro con el documento falso", esté ausente en la conducta de los acusados, pues se hace evidente de que al obrar, como obraron, lo hacían a sabiendas de la no existencia del poder general para vender; de la expresa oposición de los dueños del inmueble al contrato, y con plena conciencia de la ilicitud del acto que iban a realizar.

Las escrituras de venta a que se refieren los autos contienen una falsedad documentaria, falsedad proveniente de la supuesta calidad que se atribuyó el vendedor, respaldada en otro documento con apariencia de verdadero, pero cuyos alcances jurídicos estaban extinguidos, para así consignar en esas escrituras, como hechos verdaderos, los que en realidad eran falsos.

Por lo que se refiere al delito de estafa, estima la Corte que su comprobación objetiva y subjetiva es plena, no habiendo incurrido, por tanto, las instancias en error que pueda dar pábulo a la causal segunda de casación por este particular planteamiento del acusador.

La estafa aquí es secuencia y parte, a la vez, de la compleja empresa criminal de los procesados, pues para lograr el fraude recurrieron a la falsedad (delito per se, lesivo de la fe pública, que no requiere resultado concreto o daño específico), lo que es, obviamente, la incorporación a la conducta del elemento más característico de la estafa, o sea, la maniobra engañosa o ardid, apto para consumar el fraude.

Acertadamente se ha dicho de la estafa que es el delito proteico por excelencia, como que, a la manera del camaleón, que cambia de colores, es conducta que suele asumir las más diversas formas, unas veces ostensibles y manifiestas, y otras, disimuladas, inaparentes o complejas, siendo respecto de éstas, en muchas ocasiones, difícil para el juez describir la naturaleza y modalidades de la maniobra engañosa empleada por el delincuente.

Precisamente, en el caso sub-judice, la estafa siguió un proceso de complicados aspectos, hasta el punto de que no hubo la inducción en error de las víctimas de la infracción, sino que los procesados simplemente obraron contra la voluntad de aquéllas, pero contando con la aquiescencia y conocimiento de los compradores, que se prestaron a los negociados para así consumar, con apariencia de legalidad y de licitud, lo que solo era un fraude en perjuicio del patrimonio de los ofendidos.

Esta manera de realizar el delito no significa que los actos cumplidos hubieran dejado de contener los elementos característicos de que da cuenta el artículo 408 del C. P., porque la inducción en error no exige que se produzca en la persona a quien se defrauda, y, lógicamente, al resultado del provecho ilícito puede llegarse induciendo a terceros, ajenos al daño patrimonial, o recurriendo, como en el presente caso, al calificado medio de la falsedad.

4. De acuerdo con la técnica del recurso de casación, y, muy en particular, con las reglas contenidas en los artículos 556 a 567 del C. de P. P., en armonía con el 42 ibídem, no es pertinente y repugna, además, examinar una causal expresamente prevista por el legislador para los juicios de orden civil, como la primera señalada en el artículo 520 del Código Judicial, para atacar de fondo la resolución que ha definido la responsabilidad penal; pues la autorización contenida en el artículo 559 del C. de P. P., únicamente se refiere "a la indemnización de perjuicios" provenientes de un delito, cuando sobre el responsable ha recaído sentencia condenatoria, no para discutir los presupuestos de esa responsabilidad penal, sino la existencia misma de los perjuicios que no pudo haberlos en una determinada infracción, o, para debatir el monto de ellos.

Consecuentemente, una causal civil de casación invocada para un fin vinculado a la responsabilidad y a la propia existencia del delito, no puede involucrarse dentro del

trámite que es pertinente al recurso en materia criminal, para efectos distintos a los de que trata el citado artículo 559, así se pretenda una equivalencia y una concatenación con la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P.

5. Siendo este motivo de impugnación (Causal 1ª de casación penal) "una consecuencia lógica y necesaria de la causal segunda", porque "ambos motivos de casación están íntimamente vinculados entre sí por un nexo de causa a efecto", según lo expresa el libelo, al no prosperar la causal segunda, tampoco puede prosperar la primera.

6. En términos generales la jurisdicción criminal se ejerce por los jueces y Tribunales que la ley determina, y esta órbita del ejercicio de una de las ramas del poder público es cuestión, como es claro, de orden público, lo que en el sentido propio entraña la obligatoriedad de las normas de competencia y la subordinación de los asociados a ellas, al mismo tiempo que la debida separación de materias para conformar jurisdicciones específicas (penal, civil, laboral, etc.).

Pero no es del todo absoluto que esta separación racional y técnica, en el sentido jurídico, inhiba de manera completa a la justicia criminal para adoptar en determinados casos, o mejor en determinados procesos, resoluciones que en apariencia son del resorte de la jurisdicción civil.

El delito, salvo casos excepcionales, no únicamente entraña un daño que, por lo que trasciende al ordenamiento social, exige a su autor la responsabilidad penal, representada, precisamente, en la pena, sino que ocasiona un daño privado o particular, cuya reparación, así en muchas hipótesis se estime pública, es de orden civil porque llena la finalidad privada de indemnizar al ofendido o perjudicado con la infracción, o a sus herederos; o restituir a los mismos las cosas o efectos que pudieron haber sido objeto de la conducta delictuosa.

En desarrollo de esas finalidades de la ley penal, las de procedimiento en la misma rama regulan como asuntos de mayor importancia lo relativo a la acción civil y lo concerniente a todas aquellas medidas cautelares que permitan asegurar los intereses de orden patrimonial, en defensa de la víctima del delito, cuando a ello, y según la naturaleza del reato, hay lugar.

En el Código de Procedimiento Penal Colombiano, al reglamentarse el mandato contenido en el artículo 92 de la ley sustantiva penal, si bien no es absoluto que la acción civil tenga todas las notas propias de la acción penal, tomada ésta en su acepción más corriente, lo cierto es que se inclina a la información de la Escuela Positiva, según la cual es la reparación civil del daño una parte de la sanción y "como una función social que el Estado debe cumplir en interés directo del perjudicado y en interés indirecto de la defensa social" (Estudios de Derecho Procesal Penal. Alfredo Vélez Mariconde).

Para llenar esa misión importante el Estado, como titular del derecho y de la acción penal, lógicamente quienes administran o imparten justicia en ese ramo, gozan por ministerio de normas de procedimiento, de poder decisorio, bien para definir de fondo relaciones jurídicas privadas o para adoptar resoluciones, provisionales o definitivas, garantes de los derechos del perjudicado.

Si es indudable, dentro de las instituciones jurídicas vigentes, que la jurisdicción penal no tiene a su cargo dirimir asuntos litigiosos civiles, la afirmación tiene validez y sentido siempre y cuando no esté de por medio un interés superior o preponderante, como el que surge cuando determinados actos que ofrecen la apariencia de ser el resultado de una simple relación de derecho privado, en realidad han tenido su causa en un delito, porque entonces, ante esa hipótesis, se impone como regla prevaleciente el reconocimiento de un mayor ámbito de la jurisdicción penal, a efecto de que el derecho violado pueda ser restablecido eficaz y oportunamente, pues en situaciones de ataque por medio del delito al patrimonio de las personas sería irritante dejar en

desamparo a la víctima con la sola contingente solución de trabarse en un juicio civil para su justa indemnización, como si el derecho penal, en su dinámica, no tuviera instrumentos sino para la sola represión mediante sanciones a sus infractores y le fuera indiferente el daño al agraviado, o extraño a su poder, lo que no es admisible, ni tampoco es cierto en la normación jurídico penal colombiana.

7. Cuando el artículo 21 del C. de P. P. extiende a los jueces y Tribunales penales su competencia "a las cuestiones civiles y administrativas que surjan en el proceso penal" advirtiendo que "para el solo efecto de la represión", no debe perderse de vista que en muchos casos "tales cuestiones" pueden referirse "a hechos que sean elementos constitutivos de la infracción perseguida", y de no haber juicio civil, previo al delito mismo, la facultad de competencia de la jurisdicción penal no queda supeditada a ninguna resolución de la jurisdicción civil, ni podría quedarlo porque no hay prejudicialidad operante, para los fines restrictivos del nombrado artículo 21.

De otro lado, el artículo 22 ibídem impone al Juez penal que "haya de decidir cuestiones civiles o administrativas" la obligación de calificar "las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación civil", con lo que está enseñando que no es tangencial, accidental o simplemente precaria la jurisdicción extensiva de la administración de justicia en lo criminal, y que las restricciones de orden prejudicial tienen por principal objeto salvar o evitar los conflictos entre dos o más jurisdicciones simultáneas sobre una misma cuestión, y, en consecuencia, impedir resoluciones que pudieran ser contradictorias en su fondo.

8. Cuando las investigaciones o los juicios penales se refieren a delitos que, por su naturaleza, por el fin perseguido o por, inclusive, los medios de comisión, han afectado el patrimonio de la víctima o de terceros, el Código de Procedimiento Penal brinda a los dueños, poseedores o tenedores legítimos "de las cosas aprehendidas" una acción para "demandar su restitución ante el Juez", o "funcionario de instrucción", reiterada y aclarada en varias disposiciones (artículos 30, 703, y 704). Esa acción para quien tiene un título legítimo sobre determinados bienes no hay motivo para entenderla restringida a los bienes o cosas muebles, dado que el daño al patrimonio económico o el perjuicio en relación con este bien puede vincularse a otros bienes, como los inmuebles, que no podrían quedar por fuera de la proteccion de la ley y, más en concreto, fuera de la jurisdicción del Juez Penal.

Es claro que, tratándose de contratos de compraventa de inmuebles, el registro de los instrumentos o escrituras significa, jurídicamente, la tradición y con ésta el título o posesión legítima. Al ordenarse por el Tribunal "la cancelación de los registros de inscripciones de las escrituras públicas" de que se ha venido tratando, esa decisión, de inmediato restituye las cosas a su estado anterior a la venta, lo cual no significa que enerve una futura controversia, esa sí ante la jurisdicción civil, pero promovida por quienes se estimen afectados por la resolución penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero once de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria).

Vistos

Surtidos los trámites competentes, procede la Corte a decidir del recurso extraordinario de casación interpuesto en esta causa en relación con la sentencia proferida el 1º de agosto de 1963 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante la cual condenó a Neftalí Mogrovejo Tovar y José Antonio Mogrovejo Cabrera, como responsables de los delitos de falsedad y estafa, a la pena principal de dos (2) años y un (1) mes de presidio, aparte de las correspondientes accesorias.

El recurso fue interpuesto por la defensa y admitido por la Corte en los términos de

que da cuenta el auto de 18 de febrero del año en curso (folios 75 a 79. Cuad. número 10).

Antecedentes

1º Los hechos que originaron el proceso los expone el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, adoptando en parte la relación contenida en la providencia de siete de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, por la cual el Tribunal confirmó el auto de calificación del sumario dictado por el Juez de instancia.

Dice el concepto Fiscal:

"Mediante la escritura pública número 1106, de doce de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, otorgada ante el Notario Cuarto del Circuito de Bogotá, y registrada en la misma ciudad el veintiocho de abril siguiente, Julia Guzmán v. de Torres, María de Jesús Guzmán S. y Aniceto Guzmán S. constituyeron 'apoderado de todos sus negocios que deban realizarse en el Departamento del Cauca' a Neftalí Mogrovejo Tovar, quien quedó facultado para representarlos en los asuntos de los poderdantes en el departamento del Cauca y autorizado 'para recibir dinero; especies o valores que pertenezcan a los comitentes' para transigir, comprometer y sustituir', para enajenar toda clase de bienes gravarlos con hipoteca o prenda', contraer obligaciones comerciales y civiles', etc., sin limitación alguna. (Fls. 14 del Cuaderno Nº 1).

"Basándose en dicho poder, Neftalí Mogrovejo Tovar otorgó ante el Notario Público del Bordo (Cauca) las escrituras números 48 y 49, ambas de siete de abril de mil novecientos cincuenta y seis, por medio de las cuales vendió una parte de la hacienda de "Palo de Leche" sobre la cual estaba el asiento principal de su Administración, al señor Vicente Emilio Trujillo y de otra parte, a los señores José Leonardo Sánchez y Alvaro Trujillo".

"Cabe advertir que el primero de los últimamente nombrados, o sea Sánchez, es pariente del vendedor Mogrovejo Tovar, pues está casado con una sobrina legítima suya.

"Dichas escrituras fueron registradas en El Bordo (Cauca) en la misma fecha antes anotada, esto es el 7 de abril de mil novecientos cincuenta y seis. De conformidad con lo pactado en la escritura número 48, a que ya se ha hecho referencia, el precio de la venta a Vicente Emilio Trujillo fue de cuatrocientos mil pesos m.c. ($ 400.000.00) de los cuales Mogrovejo recibió ciento cinco mil pesos m.c. ($ 105.000.00) y el resto a pagarse en contados y por las sumas allí especificadas, habiendo quedado el inmueble gravado con hipoteca de primer grado en favor de los mandantes Guzmán Sánchez, como garantía del dinero que se quedaba a deber, todo ello dentro de los plazos estipulados para los respectivos pagos. Por medio de la escritura número 49, también ya citada, se transmitió el dominio del inmueble a Alvaro Trujillo y a José Leonardo Sánchez, por la suma de ciento cincuenta mil pesos m.c. ($ 150.000.00) pagaderos en contados de cincuenta mil pesos ($ 50.000), cada uno, dentro de los plazos señalados, constituyéndose, también, hipoteca de primer grado en favor de los de apellidos Guzmán Sánchez.

"Conviene hacer resaltar, desde ahora que en dichos instrumentos Neftalí Mogrovejo Tovar se dice mandatario de Aniceto Guzmán Sánchez y de María de Jesús Guzmán Sánchez, a la vez que autoriza a los compradores para obtener las copias de ellas correspondientes a lograr su registro.

"Hay constancias procesales que indican que Aniceto y María de Jesús Guzmán Sánchez, mediante telegrama y marconigrama, datados en Bogotá el dos de marzo de 1956, dirigidos a El Bordo (Cauca) y al Hotel Colonial, en esta ciudad de Popayán respectivamente, hicieron saber al mandatario Neftalí Mogrovejo Tovar que habían cancelado el poder que le había sido conferido para la administración de Patía.

"El señor Mogrovejo Tovar insistentemente ha negado haber recibido dichos mensajes, diciendo que si los hubiera conocido, o que si por cualquier otro medio hubiera sabido la terminación del mandato, se habría

abstenido de efectuar la negociación de la Hacienda de "Palo de Leche". En todo caso, dentro de la investigación no ha logrado establecerse de manera precisa, si realmente dichos mensajes llegaron o no a su destinatario.

"Además, los mismos Aniceto y Jesusita Guzmán, desde Palmira, el doce de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, dirigieron otro despacho telegráfico al Registrador de Instrumentos Públicos de El Bordo (Cauca), informándoles que el poder que ellos habían otorgado a Neftalí Mogrovejo Tovar, para que administrara sus propiedades de Patía, le había sido cancelado.

"Este telegrama sí fue recibido el trece (13) de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de El Bordo (Cauca) señor Alfonso Gómez.

"Dicho funcionario puso en conocimiento de Neftalí Mogrovejo Tovar y de Alvaro Trujillo ese mensaje telegráfico el día 20 del mismo mes de marzo de 1956, cuando en esa fecha comparecieron a su oficina, con el objeto de hacer registrar la escritura número 1106 de 12 de marzo de 1952, de la Notaría Cuarta de Bogotá, por la cual se había celebrado el contrato de mandato a que tantas veces se ha hecho referencia.

"Luego, el 7 de abril de 1956 el Registrador Alfonso Gómez, puso nuevamente, en conocimiento de Neftalí Mogrovejo, José Antonio Mogrovejo, Vicente Emilio Trujillo, Alvaro Trujillo, José Leonardo Sánchez y doctor Jesús María Murgueitio, el mismo telegrama de Aniceto y Jesusita Guzmán, cuando los nombrados se presentaron a su despacho a hacer registrar las escrituras de compraventa de la "Hacienda de Palo de Leche" de dicho mensaje tomaron copia Alvaro Trujillo y el doctor Murgueitio.

"Que dicho mensaje telegráfico es auténtico, lo afirman sus propios signatarios, Aniceto Guzmán Sánchez y María de Jesús Guzmán Sánchez, en declaraciones visibles a folios 157 a 159 del cuaderno Nº 1.

"El 25 de junio de 1954, había fallecido en Bogotá la señora Julia Guzmán Vda. de Torres, condueña de la Hacienda de "Palo de Leche" y una de las poderdantes de Neftalí Mogrovejo (Fls. 65 cuaderno Nº 1). Con anterioridad, la señora Guzmán v. de Torres había traspasado sus bienes a su hermana María de Jesús Guzmán, a cambio de una renta vitalicia, según escritura número 252 de once de febrero de 1952, otorgada en Bogotá y registrada en El Bordo (Cauca) el 27 de enero de 1953 (Fls. 38 a 73 cuaderno Nº 2).

"El 24 de julio de 1954, en la Ciudad de Palmira Guillermo Guzmán Cabal, como representante de Aniceto Guzmán S. y María de Jesús Guzmán S., por una parte, y Neftalí Mogrovejo y José Antonio Mogrovejo, por otra, suscribieron un documento, que fue reconocido ante la Notaría de esa ciudad, haciendo constar lo siguiente: Guzmán Cabal dio en venta a Neftalí Mogrovejo y a José Antonio Mogrovejo todos los ganados de propiedad de sus representados, existentes en la Hacienda de "Palo de Leche", mediante la forma de pago allí debidamente estipulada, Guzmán Cabal entregó a los de apellido Mogrovejo la Hacienda de "Palo de Leche" con todos sus enseres y por los linderos conocidos, dándola éstos por recibida, obligándose a su costa, a mantenerla en buen estado y a restituirla, solidariamente, expirado el término del comodato, que se estipuló en dos (2) años a partir del siete de mayo de 1954; además, Guzmán Cabal concedió a los Mogrovejo opción de compra de la misma "Hacienda" determinándose para ello un plazo de dos años, contados desde el mismo siete de mayo de 1954 acordando un precio de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) por la finca, estipulándose allí mismo la forma de pago y haciendo constar que si los presuntos compradores no cancelaban el primer contado de $ 200.000.00 dentro de un plazo convenido se entendía que no hacían uso de la opción; finalmente prevén los contratantes que la Hacienda, puede ser vendida a un tercero en razón del mayor precio ofrecido al estipulado en la opción, caso en el cual convienen bases para proceder y determinan cómo deben en-

tenderse en caso de diferencias (Fls. 267 cuaderno Nº 1).

"De todo lo anterior se desprende: que al suscribir Neftalí y José Antonio Mogrovejo el documento de comodato el 24 de julio de 1954 con Guillermo Guzmán Cabal, documento que fuera reconocido ante el Notario 2º del Circuito de Palmira (V.) quedó revocado y sin efectos el contrato de mandato a que hace referencia la escritura pública 1106 de 12 de marzo de 1952 corrida ante la Notaría 4ª de Bogotá y registrada el 28 de abril del mismo año.

"Se afirma por el Tribunal, que, con pleno conocimiento de ello Neftalí Mogrovejo otorgó en la Notaría del Circuito de Patía las escrituras públicas números 48 y 49 de 7 de abril de mil novecientos cincuenta y seis por las cuales, diciéndose apoderado general de Aniceto Guzmán y de María de Jesús Guzmán, dio en venta a Vicente Emilio Trujillo parte de la Hacienda de "Palo de Leche" de que son dueños sus poderdantes, por un valor de $ 400.000.00 m.cte. y a Leonardo Sánchez y Alvaro Trujillo M. (Escritura número 49) otros predios, también de la dicha Hacienda de que son dueños los Guzmán Sánchez, por un valor de $ 150.000.

"Así Neftalí Mogrovejo cometió el ilícito de "falsedad en documentos" al decirse en dichas escrituras apoderado general de don Aniceto Guzmán y de María de Jesús Guzmán. Por otra parte, el mismo Mogrovejo incurrió en el delito de "estafa" cuando sorprendió la buena fe de los empleados de la Notaría y del Registro de El Bordo al presentarles la escritura número 1106, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, referente al contrato de mandato y el certificado del Registrador de Instrumentos públicos y privados de Bogotá, sobre vigencia de ella. Asimismo, ocultó a los compradores de la Hacienda la cancelación de su mandato, para poder enajenar el bien, logrando de esta manera una notable disminución en el patrimonio de los Guzmán S. y un provecho ilícito con los dineros recibidos por concepto de la negociación.

"José Antonio Mogrovejo fue coautor de tales infracciones "por cuanto sabía que el contrato de mandato había sido revocado, y que al igual que Neftalí era en ese entonces un comodatario. Luego contribuyó a ocultar la verdadera calidad de Neftalí Mogrovejo, aparte de que disfrutó de gran parte de los dineros recibidos por concepto de la compraventa del inmueble". De esta manera se expresa el Tribunal en su sentencia de agosto primero de mil novecientos sesenta y tres, al folio 958". (Fls. 210 a 217 del cuaderno Nº 10).

2º Clausurada la investigación por el Juzgado Tercero Superior, por providencia de 6 de mayo de 1958, oído el concepto del Colaborador Fiscal y resueltos algunos memoriales de las partes, la instancia calificó el mérito del sumario con la providencia que obra a folios 467 a 498 del cuaderno 1º, haciendo los siguientes ordenamientos:

"1º **Abrir causa criminal** contra **Neftalí Mogrovejo Tovar**, de 70 años de edad, Hijo de José Antonio Mogrovejo y Ramona Tovar, soltero, Alfabeto, natural de Altamira (Huila), vecino del Municipio de Patía (Cauca), por los delitos genéricamente denominados "De la falsedad en documentos" y "De la estafa", de que tratan los Títulos VI y XVI en sus Capítulos III y IV Libro II del C. Penal;

"2º **Abrir causa criminal** contra **José Antonio Mogrovejo Cabrera**, de 50 años de edad, hijo de Leonte Mogrovejo y Lucrecia Cabrera, casado, alfabeto, ganadero y negociante de profesión, natural de Altamira (Huila), vecino del Distrito de Patía (Cauca) por los delitos "De la falsedad en documentos) y "De la estafa", de que tratan los Títulos VI y XVI, en sus Capítulos III y IV, Libro II del C. Penal;

"3º **Sobreseer definitivamente** a favor de **Neftalí Mogrovejo Tovar**, de condiciones civiles ya anotadas, por el delito "Del abuso de confianza y otras defraudaciones" porque fue denunciado e indagado en este proceso;

"4º **Sobreseer temporalmente** a favor de **José Leonardo Sánchez** de las condiciones

civiles anotadas en los autos, en los cargos por los cuales fue sindicado e indagado en este asunto;

"5º **Sobreseer definitivamente** en favor de **Vicente Emilio y Alvaro Trujillo**, de las condiciones civiles anotadas en los autos, en los cargos por los cuales fueron sindicados e indagados en el presente sumario; y

"6º **No acceder** a decretar el levantamiento del embargo y secuestro solicitado por el Dr. Camilo Arboleda Z., en memorial de fecha 29 de julio del año en curso".

3º El Tribunal Superior del Distrito aludido, por providencia de 7 de octubre de 1959 (folios 550 a 585), confirmó la resolución del inferior en los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º y 6º, y reformó el 5º, "en el sentido de **sobreseer temporalmente** en favor de **Vicente Emilio Trujillo** y de **Alvaro Trujillo**, de las condiciones civiles conocidas de autos, por los cargos por los cuales se les sindicó e indagó en este proceso".

4º Rituada la causa, conforme a derecho, recibió sentencia de primer grado el 9 de abril de 1962 (Fls. 762 a 829. Cuad. 1º A), cuya parte resolutiva dispuso:

"1º **Condenar a Neftalí Mogrovejo Tovar y José Antonio Mogrovejo Cabrera**, al primero de 72 años de edad, hijo de José Antonio Mogrovejo y Ramona Tovar, soltero, alfabeto, vaquero de profesión, natural de Altamira (Huila) y vecino del Municipio de Patía (Cauca) y, el segundo, de 52 años de edad, hijo de Leonte Mogrovejo y Lucrecia Cabrera, casado, alfabeto, ganadero y negociante de profesión, natural de Altamira (Huila) y vecino del Distrito de Patía (Cauca), por los delitos "**de falsedad en documentos**" y "**de la estafa**" de que tratan los Títulos VI y XVI en sus Capítulos III y IV, Libro II del Código Penal, porque fueron enjuiciados en este asunto en auto datado el 27 de agosto de 1958, a cada uno de ellos, a las siguientes penas, así:

"a) **Dos (2) años y un (1) mes de presidio** que cumplirán en el establecimiento carcelario que designe el Gobierno, por medio del Director General de Prisiones, previa deducción del tiempo que hayan devengado en detención preventiva;

"b) Interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena corporal que se contará en la forma establecida por el artículo 97 del Código Penal;

"c) Pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial;

"d) Pérdida de la patria potestad si tuvieren hijos no emancipados;

"e) Pago de los perjuicios civiles ocasionados con las infracciones, avaluados especialmente;

"f) **Multa de diez ($ 10.00) pesos** m.l. que pagarán a favor de la Caja Nacional de Previsión Social dentro del término de quince (15) días contados a partir de la ejecutoria de este fallo; y

"g) Publicación especial de esta sentencia.

"II. **Negar**, por incompetencia en la Rama Jurisdiccional Penal ordinaria, según lo expuesto en esta providencia, la declaratoria de nulidad del contrato de compraventa del inmueble denominado "Palo de Leche", a que se contraen las escrituras números 48 y 49 de 1956, otorgadas en la Notaría del Circuito de Patía —El Bordo— (Cauca). En consecuencia, **no es el caso de ordenar** la cancelación de las inscripciones de dichas escrituras en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, ni la restitución del mencionado inmueble a favor de las personas que representa judicialmente en este asunto el apoderado de la parte civil, abogado doctor Luis Carlos Pérez.

"III. **Disponer** que se mantengan en firme el embargo y secuestro preventivos sobre el fundo denominado "Palo de Leche", por figurar en este asunto como elemento propio de defraudación".

5º La sentencia del ad-quem, por su parte, después de amplias consideraciones, resolvió:

"Primero. Confirmar el punto I) de la sentencia fechada el nueve (9) de abril de mil novecientos sesenta y dos (1962) proferida por el Sr. Juez 3º Superior y revisada en vía de apelación y de consulta.

"Segundo. Revocar los puntos II) y III) de la misma providencia y, en su lugar:

"A. Ordenar al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de El Bordo (Patía), la cancelación de los registros o inscripciones de las Escrituras Públicas Nos. 48 y 49 de 7 de abril de 1956 otorgadas ante el Notario del Circuito de El Bordo —Patía—, por las cuales Neftalí Mogrovejo Tovar vendió a Vicente Emilio Trujillo, por medio de la primeramente citada y a José Leonardo Sánchez M. y a Alvaro Trujillo M., por la segunda, los derechos de dominio y acciones de Aniceto Guzmán S. y de María de Jesús Guzmán S. en los predios denominados "Palo de Leche", "El Puro", "La Herradura o la Manguita", "El Pedregal", y "Calaveras".

"B. Decretar el desembargo y el levantamiento del secuestro que pesan sobre los siguientes bienes inmuebles a que se refiere las escrituras Nros. 48 y 49 de 7 de abril de 1956, ambas de la Notaría del Circuito de El Bordo, y que fueron ordenados por el señor Juez Tercero Superior de Popayán, en providencia de 5 de junio de 1957, y cuya anotación se llevó a cabo el 12 del mismo mes y año y que son los siguientes:

" 'Palo de Leche', 'El Puro', y 'La Herradura o la Manguita', inmueble ubicado en el Municipio de Patía, Departamento del Cauca, con todas las anexidades, dependencias y edificaciones que constan en la misma escritura y comprendida (sic) dentro de los siguientes linderos:

" 'Oriente con la carretera Popayán-Pasto, en parte y desde el lindero 'con el lote o predio que poseen los menores Pérez Rodríguez' hasta encontrar el lindero con los terrenos denominados de 'Loreto'; en parte con los mismos terrenos de 'Loreto' de propiedad hoy de José Osorio hasta encontrar nuevamente la carretera Popayán-Pasto; y en parte, con dicha carretera Popayán-Pasto hasta su intersección con la carretera que conduce a 'Balboa' y que actualmente llega hasta el río Patía; occidente, con el río Patía en toda su extensión; norte, con terrenos 'poseídos por los menores Pérez Rodríguez, en parte; con terrenos llamados de 'El Manzanillo', en parte, la quebrada de 'El Salado de Méndez'; con predio que fue de Gonzalo Campo, hoy de Ignacio Restrepo y de Alejandro González, en parte; con terrenos "de Eugenio Ibarra" en parte; y, en parte, con el río Patía; y Sur, en toda su extensión con carretera que conduce a 'Balboa y que actualmente llega al río Patía'. 'Dentro de la Finca —determinada y especificada en la cláusula anterior se comprenden, entre otros, los potreros que de conformidad con el plano que de todo el fundo denominado 'Palo de Leche' levantó el Dr. Ismael Caicedo, se conoce con los nombres de 'Alegría', 'El Medio', 'El Aserrío', 'El Rastrillo', 'El Triunfo', 'El Naranjo', 'El Mango', 'El Puro', 'La Vega de los Garzones'; y los llanos y lomas llamados, según ese mismo plano, de 'Alegrías', 'El Hatillo', 'El Pucho', y 'La Herradura'.

" '... Predios denominados 'Palo de Leche', 'La Herradura' o 'La Manguita', 'Pedregal' y 'Calaveras', a que hace referencia la escritura 49 antes citada ubicados en el Municipio de Patía Departamento del Cauca, con las anexidades, dependencias y edificaciones que constan en la misma escritura y comprendidos dentro de los siguientes linderos:

" 'Norte, en parte, con 'terrenos denominados de 'Loreto' hasta encontrar el río Guachicono; y de aquí a la carretera que de el sitio de El Estrecho conduce a Balboa y que actualmente llega hasta el río Patía, siguiendo el curso de ésta hasta el río citado; sur, con terrenos del indiviso de 'Palo Verde', en parte, con terrenos de 'Carlos Vargas y de Salomón Sánchez, denominados "Calaveras', 'en parte, y quebrada de 'Las Veguitas' al medio, con el indiviso de 'Palo Verde', en parte; oriente, con el río Guachicono 'aguas abajo hasta encontrar el lindero con predio de la familia 'Ibarra Velasco'; de aquí, en dirección de

oriente a occidente', hasta la carretera Popayán-Pasto; de aquí se sigue el punto de 'la carretera hacia el sur hasta encontrar el lindero con el 'predio de Magdalena Vargas'; de aquí, en dirección occidente a 'oriente, hasta el río Guachicono, de aquí, por éste aguas abajo' hasta encontrar el lindero de Consolación v. de Vargas, de aquí, en dirección oriente a occidente, 'hasta la carretera Popayán-Pasto; de aquí, 'siguiendo la carretera hacia el sur, hasta 'encontrar el lindero sur del predio vendido, o 'sea el zanjón de 'El Pato'; y occidente, con 'el río Patía en toda su extensión'. 'Dentro de los linderos que quedan determinados se encuentra entre otros potreros según el plano que de el predio de 'Palo de Leche' levantó el ing. Ismael Caicedo; 'Uña de Gato', 'Vega de Gramalote', 'El Credo', 'Payandeses' y 'El Arado' y los llanos y lomas que en el mismo plano se llaman de 'Payandeses', 'Gramalote', 'Romerito' y 'Labranza de uña de Gato' y los predios o lotes de terreno denominado 'Pedregal', 'Calaveras' y 'Potrero de los muertos'.

" 'Los predios deslindados antes, aparecen adquiridos según las citadas escrituras 48 y 49 por Vicente Emilio Trujillo y Alvaro Trujillo y José Leonardo Sánchez'.

"C. Transcriba el señor Juez a-quo la parte pertinente de este fallo al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de El Bordo (C) para que este funcionario proceda, **en primer lugar,** a efectuar la cancelación de los registros o inscripciones de las escrituras públicas Nros. 48 y 49 a que se refiere el ordinal A) y, **posteriormente,** a cancelar los registros o inscripciones del embargo y secuestro a que se refiere el ordinal B) de la parte resolutiva de la presente providencia, debiendo proceder el señor Registrador de acuerdo con la prelación ordenada.

"En consecuencia de lo ordenado anteriormente, los secuestres entregarán, una vez ejecutoriada esta sentencia, los bienes que han tenido en calidad de tales, al señor Aniceto Guzmán S. y a la señorita María de Jesús Guzmán S., o a quienes representen sus derechos". (Fls. 1006 a 1009. Cuad. 1º B).

Demanda de casación

Como apoderado de los acusados Neftalí y José Antonio Mogrovejo, formuló la demanda el doctor Luis Zafra, contenida en el extenso escrito que aparece de folios 109 a 208 del cuaderno Nº 10.

El libelo está dividido en seis capítulos, destinado el primero al resumen de los hechos y actuaciones procesales; el segundo a un estudio de la sentencia demandada y sus fundamentos; el tercero a las causales de casación invocadas y su motivación; el cuarto, particularmente referido a la causal primera de casación civil; el quinto, a la causal primera de casación penal, y, el último a la causal cuarta.

Al libelo de demanda hay que agregar el alegato presentado por el doctor Zafra el 4 de noviembre último, con el objeto de solicitar audiencia pública, pero aprovechado para insistir en sus planteamientos principales sobre el recurso interpuesto (folios 353 a 368. Cuad. Nº 10).

Dada la importancia y seriedad que reviste la acusación propuesta por el representante legal de los sindicados, la Sala hará una reseña, lo más completa posible de la demanda, en lo que se refiere a los capítulos que se ocupan de las causales de casación, y en la debida oportunidad, dentro del desarrollo armónico de este proveído, se hará referencia a otras importantes cuestiones, incorporadas por el actor en la primera parte de su escrito de impugnación.

Causales invocadas

Se aducen "las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y causal primera del artículo 520 del Código Judicial, en armonía con el 559 del estatuto primeramente citado:

Causal segunda

Tres son los cargos que se formulan al fallo del **ad-quem**, por errada interpretación o apreciación de los hechos justicia-

dos. Antes de ensayar su demostración, el demandante hace el siguiente enunciado.

"1º El Tribunal apreció erradamente los hechos fundamentales del proceso, al darles un valor probatorio que no tienen como demostrativos del cuerpo del delito de falsedad y del cuerpo del delito de estafa. Tales hechos, rectamente valorados, descartan la antijuridicidad de las acciones ejecutadas por Neftalí y José Antonio Mogrovejo, que se tachan de criminosas, y acreditan que ellas fueron perfectamente lícitas y conformes al derecho. Solo se trata de un negocio puramente civil, sin implicaciones de orden penal.

"La prueba mal interpretada por el sentenciador alude, principalmente, al poder general otorgado a Neftalí por los señores Guzmán para administrar y enajenar la hacienda de Palo de Leche; a los dos certificados del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá sobre la vigencia de ese mandato y sobre la fecha de su cancelación; a los tres hechos en que se fundó el Tribunal para aceptar la extinción del mencionado poder general (muerte de uno de los mandantes, mensaje telegráfico de Aniceto y María de Jesús al Registrador de El Bordo, y celebración posterior del comodato); a las escrituras públicas concernientes a la venta de Palo de Leche, Nos. 48 y 49, fechadas ambas el 7 de abril de 1956 y registradas ese mismo día que se otorgaron ante el Notario de El Bordo; a la escritura Pública Nº 259, de fecha 11 de febrero de 1952, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, por medio de la cual se constituyó una renta vitalicia en favor de la señora Julia Guzmán v. de Torres, y a cargo de la señorita María de Jesús Guzmán S.; y a los testimonios de los señores Guillermo Guzmán Cabal, Aniceto y María de Jesús Guzmán S.

"El evidente error —de hecho y de derecho— en que incurrió el Tribunal al apreciar dichas pruebas, lo llevó a condenar a los acusados, en vez de haberlos absuelto, por inexistencia del cuerpo del delito de falsedad y de estafa. Con ello violó, en el orden procesal, los artículos 203, 272 y 294, Ord. 1º del Código de Procedimiento Penal.

"2º Igualmente, el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho sobre el cuerpo de los delitos de falsedad y estafa, al estimar que el poder general conferido a Neftalí Mogrovejo por los señores Guzmán para administrar y enajenar la finca de Palo de Leche, se hallaba extinguido el día 7 de abril de 1956, fecha de la venta de ese inmueble; cuando es lo cierto que, bien interpretadas las pruebas, demuestran lo contrario; la vigencia de ese poder. Y siendo ello así, como lo es no hubo mutación de la verdad, propia de la falsedad, ni el ardid o engaño que requiere la estafa, ni menos la concurrencia del dolo, que es ínsita a esos delitos.

"La prueba mal apreciada por el sentenciador es la misma a que se refiere el cargo anterior, juntamente con la Escritura Pública Nº 2478 de fecha 12 de mayo de 1956 otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, por medio de la cual los señores Aniceto y María de Jesús Guzmán confirieron 'poder general judicial' al Dr. Guillermo Guzmán Cabal.

"Con esos errores, de hecho y de derecho, la sentencia acusada infringió los artículos 21, 22, 203, 205, 206 y 251 del citado Código Procesal. Y

"3º El Tribunal apreció equivocadamente los hechos referentes al cuerpo del delito de falsedad y de estafa, por no haber tomado en cuenta otros hechos, a pesar de estar acreditados en el proceso, que eran decisivos para establecer la inexistencia de dichos ilícitos y la juridicidad de la conducta de los Mogrovejo que se tilda de delictuosa.

"Los hechos o pruebas no examinados por el Tribunal son: los testimonios de los Dres. Jesús María Murgueitio y Guillermo Guzmán Cabal; el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, de 25 de abril de 1958, por medio del cual se demuestra la fecha en que los mandantes revocaron solemnemente el poder general dado a Neftalí Mogrovejo para administrar y ena-

jenar la finca de Palo de Leche; la Escritura Pública Nº 2478, de fecha 12 de mayo de 1956, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, por medio de la cual don Aniceto y la señorita María de Jesús Guzmán S. confirieron 'poder general judicial' al Dr. Guillermo Guzmán Cabal; los mensajes telegráficos dirigidos por los mandantes a su mandatario Neftalí Mogrovejo con fecha 2 de marzo y 14 de abril de 1956, en que aluden a la cancelación del poder 'para administrar' la finca de Palo de Leche; y el documento privado en que los apoderados de los señores Guzmán hicieron una consulta de orden penal al Dr. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola.

"Con dicha omisión, la sentencia quebrantó los artículos 203, 251, 252, y 295 del estatuto procedimental penal".

Desarrollo de los cargos

Los tres motivos de acusación anclados a la causal 2ª, tienen en el libelo un exhaustivo y documentado desarrollo, cuya concreción puede hacerse así:

Primer cargo

Afirma el acusador que erró el Tribunal al dar entidad jurídico-penal a los hechos de sentar una noción del delito y de las no-**ron de antijuridicidad** y son lícitos frente al derecho privado.

En este acápite de la demanda, después de sentar una noción del delito y de las notas que son propias a la conducta criminal, tanto por los aspectos objetivos, como subjetivos, plantea la tesis consistente en que, desde el punto de vista de la antijuridicidad, pueden presentarse cuatro situaciones de jure conditio, para de allí extraer, a modo de conclusión el fundamento principal del cargo atrás condensado.

Dice el señor apoderado:

"Se entiende por **hecho lícito** el autorizado por el derecho objetivo como apto para crear, modificar o extinguir derechos subjetivos.

"En síntesis, el delito es siempre un hecho sustancialmente antijurídico; pero el legislador puede, por razones de alta conveniencia social, darles licitud o justificación a ciertas acciones que revisten todas las apariencias del delito y que encajan, a primera vista, en el catálogo de las figuras punibles de que trata la parte especial del estatuto represivo. Dicha licitud puede consagrarla la ley en cualquiera rama del ordenamiento jurídico, ya sea en lo penal, lo civil, lo comercial, lo administrativo, lo laboral, etc.

"Y desde el punto de vista de la antijuridicidad, o de la licitud de un hecho, pueden entonces presentarse las siguientes situaciones, de **jure conditio**:

"a) El legislador justifica un hecho que, normalmente, tiene todos los caracteres del delito;

"b) El legislador se contenta otras veces con imponer sanciones exclusivamente civiles, aunque el hecho contenga apariencias delictuosas, como ocurre comúnmente con el incumplimiento de obligaciones contractuales;

"c) El legislador reprime el hecho con sanciones combinadas de orden penal y de orden civil; y

"d) El legislador conmina el hecho únicamente con sanción penal, prescindiendo de la reparación civil.

"La presencia de cualquiera de estas hipótesis solo puede definirse, en determinado caso, como atrás se dijo, recurriendo al examen de la figura delictiva pertinente y haciendo una comparación de ella frente a las demás normas del ordenamiento jurídico. Y si se encuentra en ésta una que regula especialmente el hecho materia de la valoración y le quita ilicitud, tal norma particular tiene preferencia sobre la del tipo penal, que entonces lo desnaturaliza o aniquila. Cabe aquí repetir con Soler que, 'hallada la norma que rige un caso, ésta precede al precepto penal y lo desplaza'. Sobre esta materia de la preferencia de normas,

existe entre nosotros la clara disposición del artículo 5º de la Ley 57 de 1887.

"Pues bien: para el caso sub-judice hay una norma positiva en el Derecho Colombiano que autoriza y les da plena validez a las enajenaciones realizadas por Neftalí Mogrovejo a nombre de sus mandantes, aun suponiendo, por vía de hipótesis, que el mandato hubiera expirado por cualquier causa y que de ello hubiese tenido conocimiento Neftalí en el momento de celebrar los contratos. Y operando dicha norma, no hay antijuridicidad en la conducta de los procesados, y se derrumban, por tanto, las supuestas falsedad y estafa a que se contrae la sentencia demandada.

"La dicha norma es el artículo 2199 del Código Civil, que se halla colocada, precisamente, como remate del Capítulo que trata de la 'terminación del mandato'. Su tenor es el siguiente:

" 'En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejercicio del mandato será válido, y dará derecho a terceros de buena fe, contra el mandante.

" 'Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.

" 'Cuando el hecho que ha dado lugar a la expiración del mandato, hubiere sido notificado al público por periódicos o carteles, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia, absolver al mandante'."

Según el demandante, los compradores del inmueble procedieron de buena fe, buena fe que no está contradicha con "pruebas fehacientes" en el proceso, sin que nada afecte esta situación jurídica el sobreseimiento temporal dictado en relación con ellos y sin que nada impida la aplicación del artículo 2199 del C. C.

La conducta de los Mogrovejo, dentro del recurso de casación, "hay que definirla con las pruebas actuales que contiene el proceso y que analizó el Tribunal", expone el señor apoderado, porque la acción penal contra los compradores está prescrita y a la fecha no se han expedido, siquiera, las copias ordenadas en el auto de calificación del sumario.

Remata la demanda el cargo de que trata en los siguientes términos:

"En virtud de lo expuesto, se concluye que las ventas realizadas por Neftalí Mogrovejo encajan perfectamente dentro del inciso 2º del artículo 2199 del Código Civil, suponiendo, se repite, en gracia de discusión, que el mandato le hubiese sido revocado y que dicho señor supiera ese hecho en el momento de celebrar los contratos de compraventa de Palo de Leche. Y en tal hipótesis, las enajenaciones son legítimas y acordes con el derecho, lo cual les quita la antijuridicidad que requiere todo hecho delictuoso. En ese supuesto caso, Neftalí solo estaría obligado a indemnizar a sus mandantes, y no más.

"Pero en el estudio del cargo siguiente contra el fallo recurrido, se verá que el poder no había terminado cuando Neftalí vendió la referida hacienda, y que obró en ejercicio del mandato.

"En consecuencia, el Tribunal incurrió en manifiestos errores de hecho y de derecho al apreciar las pruebas referentes a los contratos de compraventa y a la calidad de mandatario de Neftalí Mogrovejo, error que lo llevó a calificar de delictuosos tales actos jurídicos cuando en realidad ellos son lícitos y autorizados por la Ley (Art. 2199 C. C.).

"Por este aspecto, el sentenciador violó los artículos 203, 272 y 294, Ord. 1º, del Código de Procedimiento Penal al configurar los delitos de falsedad y estafa con base en hechos que la ley civil les da plena validez y les quita todo carácter criminoso. Por consiguiente, no existe el cuerpo del delito, que es básico para condenar".

Segundo cargo

Consiste éste en atribuir error al sentenciador, en cuanto estimó extinguido el poder general que había sido conferido a Neftalí Mogrovejo, en el momento de celebrarse los contratos de compraventa, "cuando es lo cierto que dicho poder estaba vigente", y por lo mismo, no podían integrarse los delitos imputados, "por no concurrir todos sus elementos esenciales".

Para demostrar este punto de la acusación, referido como el anterior a la causal segunda, el demandante se ocupa de varios aspectos del proceso, en los que entrevera las relaciones propias del derecho civil con las atañederas a las imputaciones delictivas de falsedad documental y estafa.

En primer término, se sostiene que el poder recibido por Neftalí Mogrovejo tenía plena vigencia cuando fue vendida por él la hacienda de Palo de Leche, no obstante lo que se ha objetado por motivo de la muerte de uno de los mandantes, la revocación del poder, mediante despacho telegráfico y la celebración del contrato de comodato de los propietarios con los Mogrovejo.

Los argumentos en este particular se resumen así:

a) El telegrama dirigido al señor Registrador de Instrumentos Públicos de El Bordo "era ineficaz para cancelar el mandato", ya que "el poder otorgado por los Guzmán Sánchez a Neftalí Mogrovejo, en ejercicio del cual hizo la venta del inmueble, fue conferido por escritura pública", debidamente registrada y "vigente al tiempo de celebrarse las compraventas", por lo que "si el mandato para vender inmuebles requería, sin discusion alguna, escritura pública en la época en que el mandatario Mogrovejo hizo las enajenaciones de la finca, es soberanamente claro que la revocación de tal mandato tenían igualmente que hacerlas los mandantes por medio de otro instrumento público, no solo en acatamiento al sabio e incancelable principio de derecho, de que las cosas se deshacen como se hacen, sino en conformidad con lo mandado por los artículos 2610, 2611 y 2612 del Código Civil, que tratan, precisamente, de la **'cancelación de los instrumentos públicos'**...".

b) Que, "aun suponiendo que el telegrama dirigido al Registrador de El Bordo se refiriera al mandato solemne de que trata la escritura pública número 1106, mensaje que habla de un **'poder otorgarse'** (sic), no de un **poder otorgado**, habría que concluir que aludía únicamente dicho telegrama a una revocatoria de **'administración'** de las propiedades del Patía, pero nunca a la facultad especial de que Neftalí gozaba, en virtud del mandato escriturario, para **vender** esas mismas propiedades. Porque es sabido que son dos cosas muy distintas las funciones administrativas y las funciones dispositivas del mandatario general. Las primeras son, de suyo, inherentes, al ejercicio y ejecución del poder. Consisten, primordialmente, en asegurar la integridad del patrimonio (actos conservatorios) y en lograr la producción normal de la renta. (Art. 2158 C. C.). En cambio, los actos dispositivos (poder de enajenación) requieren, necesariamente, facultad especial del mandante, por la gravedad que ello entraña para éste. Así lo dispone la parte final del citado artículo 2158. En este orden de ideas, el mandante puede privar al mandatario de la **administración** de los bienes confiados, y dejarle vigente la autorización para **enajenar**; y viceversa...".

c) De la estimación, por parte del Tribunal, en cuanto a la revocatoria del mandato, surge un "manifiesto error de derecho, porque dicha revocatoria solo podría hacerse mediante el otorgamiento de otra escritura pública, a términos de los artículos 2611 y 2612 del Código Civil y en armonía con el dogma jurídico, de que las cosas se deshacen como se hacen".

d) Es errónea la tesis sustentada por el fallador, según la cual, el contrato de comodato a que se hace alusión en el proceso, puso término al mandato, aserto formulado

por el acusador, luego de disertar sobre el tema, con apoyo en "estos tres hechos elocuentes", según sus propias palabras:

"1º La categórica afirmación de los doctores Pablo José Pérez y Arturo Silva Rebolledo, apoderados de los Guzmán, hecha con posterioridad al contrato de comodato y a la venta de Palo de Leche, cuando ya la investigación penal estaba muy avanzada, en el sentido de que la escritura Nº 1106 no había sido cancelada en la época en que Neftalí enajenó el inmueble. Así aparece en la consulta jurídica que le hicieron al Dr. Gutiérrez Anzola, donde se lee:

" 'Aunque, como está dicho, el Registrador de Instrumentos públicos había recibido información telegráfica de los mandantes del señor N N. sobre la revocatoria del poder, inscribió el título, verificándose así, la tradición del dominio, pues se le presentó un certificado sobre vigencia de la escritura constitutiva del poder, expedido por el Registrador de Bogotá y fechado dos días después del telegrama. En realidad, este último instrumento no había sido cancelado, pues los otorgantes no estaban entonces en Bogotá' (Fls. 272 C. 1º).

"Esta declaración rotunda de los representantes de los señores Guzmán confirma plenamente la tesis que vengo sosteniendo acerca de que el poder general dado a Neftalí, se hallaba vigente cuando vendió la hacienda de Palo de Leche.

"2º El telegrama que le dirigieron los señores Guzmán a Neftalí cuando éste les dio cuenta de la venta, y en el cual aquéllos le expresaron que 'oportunamente comunicámosle la terminación de la vigencia del poder general que habíamosle conferido' (Fls. 30 C 1º).

"O sea que los mandantes, según su propia confesión, decidieron revocar el poder por medio de los mensajes telegráficos dirigidos a Neftalí el 2 de marzo de 1956 (Fls. 27 y 28 C. 1º), y que él no recibió; y nunca con base en el contrato de comodato. Mensajes que, como lo he expuesto, eran, de otro lado, ineficaces para lograr ese fin. Y

"3º El otorgamiento de la escritura pública Nº 2479, de fecha 12 de mayo de 1956, por la cual los mandantes, en forma solemne, como era el caso, le revocaron o cancelaron el poder general a Neftalí (Fls. 422 C. 1º)".

Agrega al planteamiento anterior que "el comodato de marras ni siquiera tuvo existencia jurídica", arguyendo al respecto:

"En tal virtud, no habiéndose constituído el comodato en forma solemne sino por simple documento privado, el contrato resulta inexistente, según el artículo 1760 del Código Civil. Y al no apreciarlo así el Tribunal, incurrió en manifiesto error de derecho de esa prueba y violó los artículos 21 y 22 del Código de Procedimiento Penal.

"Podría objetarse que el documento privado referente al comodato fue reconocido ante Notario por quienes lo suscribieron (Fls. 270 v C. 1º). Y siendo ello así, tal documento 'tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito' (Art. 1761 C. C.), y resulta, en consecuencia, apto para dar por revocado el instrumento público que confirió el mandato general a Neftalí Mogrovejo.

"Pero el argumento se desbarata por completo, teniendo en cuenta que una cosa es la fuerza obligatoria y probatoria de un documento público o privado —y otra muy distinta la solemnidad misma que el instrumento público representa como elemento esencial para la validez y eficacia de un acto jurídico. En el primer caso —fuerza probatoria y obligatoria del documento— el acto celebrado subsiste con independencia de la forma escrita. En el segundo caso —la solemnidad como constitutiva del acto— es la que viene a darle vida jurídica y hace parte de su esencia. En tales actos solemnes, la forma escrita sirve, a su vez, para probarlos y para darles validez. Por eso, la compraventa de un inmueble, la constitución de una renta vitalicia, la hipoteca, etc. constituídas por medio de documento privado y reconocido, no son tales, no existen, por falta de la solemnidad atinente a la

escritura pública y a su consiguiente registro. Tal es el alcance del artículo 1760 del Código Civil, que dice:

"'La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno'. Subrayo.

"Y tal es la situación aquí contemplada con un comodato sobre un bien raíz que se constituyó por documento privado, aunque reconocido, debiendo haber sido por escritura pública. Ninguna otra prueba puede sustituir la que dejó de extenderse. El comodato, en esas circunstancias, —se repite—, fue inexistente".

e) Dentro del cargo que se analiza, pero en acápites independientes, el libelo se ocupa del estudio del cuerpo del delito en relación con la falsedad y la estafa, cuya integración jurídica el demandante dice no existir en los hechos cometidos por los procesados, ya que los actos celebrados estaban amparados por la ley civil "y porque el mandatario Mogrovejo la llevó a término (la venta en ejercicio del poder general que le había conferido para ello, circunstancias que destruyen la antijuridicidad que requiere todo delito".

El ataque a la sentencia, enfocado por este aspecto, se endereza principalmente, con base en lo que estatuye el artículo 272 del C. de P. P., a demostrar que uno de los fundamentales elementos del cuerpo del delito, tanto para la falsedad como para la estafa, el dolo específico, no está comprobado.

"En consecuencia —dice el señor apoderado—, no hay duda en el derecho positivo colombiano de que el dolo —una de las formas de la culpabilidad— es materia de la comprobación del cuerpo del delito, y que dicho factor psíquico puede atacarse en casación con base en la causal segunda de este recurso extraordinario, por ser la adecuada para combatir el 'fundamento de todo juicio criminal'."

f) Concretando la acusación a la no existencia procesal del cuerpo del delito en lo tocante a la falsedad documentaria, la demanda, previa una definición jurídica de ese ilícito y la descomposición de los elementos que lo estructuran, trata de refutar los puntos de vista del sentenciador con los argumentos que pasan a copiarse:

"1º Aun colocando la situación jurídica de Neftalí en el caso más grave que contempla el artículo 2199 del Código Civil, o sea en el del inciso segundo (tener conocimiento de que su mandato había expirado), la enajenación del inmueble se ajusta al derecho y fue lícita, por autorizarla el dicho artículo. Y si fue lícita, desaparece la antijuridicidad que requiere todo delito, como lo demostré, con toda amplitud, al estudiar el primer cargo contra la sentencia. En tal evento, Neftalí, siguiendo la hipótesis planteada, solo sería responsable civilmente, y no en forma criminosa, ante sus mandantes, al tenor del inciso 2º de la citada norma (Art. 2199 C. C.).

"En corroboración de esto, recuerdo ahora las certeras palabras de Von Liszt: "Toda regla jurídica (y tal es el Art. 2199 del C. C., aclaro) que ordena o permite la lesión o riesgo de un bien jurídico (propio o ajeno), le da, por este medio, el carácter de acto legítimo, y excluye, por consiguiente, la posibilidad de incluirle entre los hechos punibles'.

"Luego, por este solo aspecto, no hubo cuerpo del delito de falsedad.

"2º Tampoco lo hubo, si se enfoca la cuestión de la venta de Palo de Leche teniendo en cuenta la vigencia del poder que el mandatario adujo para realizarla, pues ese hecho es absolutamente cierto, como quedó visto al hacer el análisis del segundo cargo contra el fallo recurrido.

"En efecto, en las escrituras públicas de compraventa de la finca, manifestó Neftalí que actuaba como apoderado general de los señores Guzmán Sánchez, de conformidad con las facultades y potestades a él confe-

ridas en el instrumento público Nº 1106, de 12 de marzo de 1952, cuya inscripción 'está actualmente vigente'

"Y ello era la pura verdad jurídica, por cuanto, en el momento de contratar, exhibió el certificado del Registrador de Instrumentos de Bogotá, donde aparecía plenamente establecido ese aserto del mandatario. Dicho certificado auténtico —no falso— constituía prueba completa de lo que el Registrador certificó, de acuerdo con los artículos 632 del Código Judicial y 251 del de Procedimiento Penal.

"Este hecho cierto e incontrovertible vino a fortificarse extraordinariamente en el curso de la investigación, cuando se allegó al proceso otro certificado del mismo Registrador, en el sentido de que el poder general dado a Neftalí por los mandantes solo fue cancelado el 12 de mayo de 1956 por medio de otra escritura pública, como era el caso, o sea la Nº 2479 otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá y registrada el 22 del mismo mes. Cancelación posterior a la venta ameritada.

"Dicho instrumento público de cancelación era el medio adecuado, según la ley, para dejar sin vida el contrato solemne de mandato contenido en la escritura pública Nº 1106, conforme a los claros preceptos de los artículos 2611 y 2612 del Código Civil.

"Por tanto, estando legalmente en vigencia el poder conferido a Neftalí, éste se confió en esa verdad certificada por el Registrador, puesto que, entre los fines del Registro, están cabalmente el de hacer públicos los actos y contratos sometidos a esa formalidad y el de otorgar mayores garantías de autenticidad y seguridad 'de los títulos, actos o documentos que deben registrarse' (Art. 2637 C. C.), todo ello en protección de las partes y de terceros. Al mandatario Mogrovejo no le correspondía, pues, consultar previamente la voluntad de los mandantes para poder enajenar la finca: ya porque a él solo lo ligaba el vínculo contractual derivado del mandato, que estaba vigente, según el certificado del Registrador:' ya porque los señores Guzmán se hallaban ausentes, en la Capital de la República; y, en fin, porque como lo expresa Neftalí, él nunca consultaba los negocios con los señores Guzmán debido a las amplias autorizaciones que le tenían dadas en el poder general. (Fls. 85 y 86 v. C. 1º). Y

"3º Todavía más: prescindiendo de los aspectos jurídicos antes puntualizados (licitud y vigencia del poder en el momento de la enajenación de Palo de Leche), quedaría en pie, con toda firmeza, una cuestión de hecho que patentiza la buena fe del mandatario Mogrovejo: la intervención de un competente civilista —el Dr. Murgueitio—, quien, después de un estudio detenido de los títulos del inmueble, les aconsejó correctamente a los negociantes de ese bien que podían realizar las compraventas. Y nadie, absolutamente nadie, podría dudar de la rectitud de dicho consejo. Convencidos mandatario y compradores de que ello era así, tranquilamente, con toda honradez, celebraron los contratos que aparecen en las escrituras públicas números 48 y 49 de 7 de abril de 1956.

"A este respecto son tan atinadas, contundentes y claras las razones que aduce el señor Fiscal del Tribunal para pedir la absolución de los Mogrovejos, que bien merecen reproducirse aquí, porque obedecen a la más sana equidad:

" '...Si se examina a fondo la cuestión, —dice— puede advertirse que la razón de ser inconciliables los dos contratos (mandato y comodato, aclaro), es de carácter netamente jurídico, o mejor dicho de razonamientos doctrinales que suponen conocimientos de derecho civil. Los conceptos de los profesores, que se han acompañado al proceso, pueden ser claros para un entendido en estas disciplinas, pero no lo son para el ciudadano común y corriente...

" 'Neftalí Mogrovejo se revela en el proceso como un hombre de sana cultura, carente de estudios jurídicos, entregado o dedicado a las faenas agrícolas y ganaderas. No ha negado que firmara o suscribiera el contrato de comodato, pero de allí no cabe deducir que supiera a ciencia cierta que por

ello quedó cancelado el mandato y extinguidas las obligaciones que como mandatario de los Sres. Guzmán había contraído. Esto cobra valor indudable al examinar el testimonio del Dr. Jesús María Murgueitio, prominente abogado, actualmente Contralor General de la República. En su declaración Fls. 133 (sic) es explícito y muy claro. A instancia de don Vicente Emilio Trujillo hizo el estudio pormenorizado de los Títulos de la hacienda de 'Palo de Leche'; exigió documentos adicionales, y estimó sin duda ninguna que sus clientes podían hacer la negociación con los Mogrovejo. Aún más, los acompañó a El Bordo, elaboró la minuta correspondiente y así se otorgó la escritura. Sus clientes tuvieron absoluta confianza en su abogado y en la licitud de la transferencia. Entonces en realidad desaparece o se desvirtúa la malicia, el dolo específico requerido para la infracción' (Fls. 847 y v. C. 1A).

".....

"En consecuencia, por doble aspecto, la falsedad resulta aquí inexistente: por ser lícita la conducta de los Mogrovejo (Art. 2199 en cita); y por no concurrir los elementos esenciales de la infracción".

g) Respecto al delito de estafa y sobre el mismo aspecto de la prueba del cuerpo del delito, la impugnación se sustenta, luego de sentar algunos conceptos jurídicos acerca de la naturaleza de esta infracción, con los argumentos que, en lo principal, son:

"Las razones que acaban de exponerse para combatir la existencia del delito de falsedad, son también aplicables para refutar la estafa. Porque si la enajenación de Palo de Leche, aun en el caso de haber sabido Neftalí la revocatoria del mandato antes de la venta, fue en un todo válida, conforme al artículo 2199 del Código Civil; y si la realidad de autos demuestra que el poder general a él otorgado estaba vigente en el momento de la negociación, es preciso concluir que no hubo mentira, engaño o maquinación dolosa por parte del mandatario Mogrovejo para efectuar la venta del inmueble, sino que él se ajustó a la más estricta verdad.

"Y el obrar en un acto jurídico de acuerdo con la verdad y el derecho, excluye, necesariamente, la idea de ardid que requiere la estafa, ardid que, según palabras de la Corte, 'equivale a mañoso, astuto y sagaz. Es un comportamiento artero para el logro de algún intento. Se semeja a una especie de instigación, en cuanto mueve, persuade y domina la psiquis ajena. Es caminar a través del alma del otro, en orden a conseguir un fin determinado. Y tratándose de la estafa, el ardid es el astuto despliegue de medios engañosos encaminados a convencer al sujeto, creándole un juicio falso, para que haga una correcta prestación que lesiona sus intereses' (Sentencia citada, de fecha 16 de diciembre de 1955. Gaceta 2160 y 2161. Pág. 918).

"Cómo va a ser un 'comportamiento artimañoso, astuto y sagaz', siguiendo el pensamiento de la Corte, el presentarles Neftalí al Notario y al Registrador de Instrumentos de El Bordo títulos legítimos, auténticos y veraces, dotados de plena significación jurídica, como eran la escritura pública Nº 1106, relativa al mandato general conferido a Mogrovejo, y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, que daba fe sobre la vigencia de ese mandato? El solo pensarlo resulta absurdo. La maquinación o ardid hubiera consistido en llevarles a aquellos funcionarios títulos falsos con apariencia de verdaderos.

"Y con la presentación de tales documentos públicos auténticos, nada ocultó Neftalí a los compradores de Palo de Leche sobre la cancelación del mandato; por el contrario les mostró, sin lugar a dudas, que dicho contrato se hallaba vigente.

"Además la comprobación de estar vivo el mandato no partió siquiera de la iniciativa de Neftalí, sino de una perentoria exigencia del abogado de don Vicente Emilio Trujillo, exigencia que era de ineludible cumplimiento 'para establecer inequívoca-

mente la capacidad legal que para vender pudiera tener el señor Mogrovejo' (Fls. 166 v. C. 1º).

".....

"Es tan claro el asunto, que no requiere más explicaciones para demostrar que, en el caso sub-judice, la estafa es una figura completamente extraña al comportamiento de los Mogrovejo, porque ellos no acudieron a ningún ardid para celebrar las compraventas sino que las realizaron siguiendo los ordenamientos legales y la costumbre de los contratantes, de presentar la prueba que se les pide sobre la calidad de mandatario que aduzca uno de ellos. Y si no hubo ardid, que es el elemento central de la estafa, tampoco concurrió el dolo de los presuntos sindicados, ni menos el error determinante de los compradores de Palo de Leche, quienes tuvieron a la vista, antes de contratar, la prueba máxima que podía dárseles: la escritura pública constitutiva del mandato general y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre vigencia de dicho poder.

"Cierto que el Tribunal imputa a los procesados, particularmente a José Antonio, el hecho de haber dispuesto de la suma de $ 50.000.00 recibidos de don Vicente Emilio Trujillo por concepto de la compraventa del inmueble, cantidad que —dice el sentenciador— 'fue gastada por José Antonio Mogrovejo no en inversiones realizadas con motivo de la administración de la hacienda de 'Palo de Leche', como ha pretendido sostener, sino en negocios particulares' (Fls. 957 C. 1-B).

"Sin embargo, de ser cierto ese aprovechamiento de bienes ajenos con perjuicio del dueño, no cabría tampoco, según lo expuesto, ubicarlo en el delito de estafa, porque el dinero no fue obtenido 'por medio de artificios o engaños', que es el ardid requerido por el artículo 408 del Código Penal.

"Sería más jurídico encajar el hecho dentro del abuso de confianza. Pero ocurre que, aun aceptando tal tesis, ya hoy no podría discutirse este tema en casación, porque en favor de los Mogrovejos se dictó, por ese mismo hecho (la apropiación de los $ 50.000.00), sobreseimiento definitivo, que está ejecutoriado (Fls. 550 C. 1º A). En consecuencia esa favorable situación jurídica que ampara a los procesados no puede atacarla su representante ante la Corte para someterlos a un nuevo proceso, mayormente cuando a ello se opone, en forma terminante, el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal".

Tercer cargo

Lo concreta en estos términos: "Error del Tribunal sobre el cuerpo del delito, al no tomar en cuenta hechos fundamentales debidamente acreditados en el proceso y que demuestran la licitud de la conducta de los acusados Mogrovejo y la buena fe con que procedieron en las acciones tachadas de delictuosas".

Aunque aquí repite el impugnador planteamientos anteriores, aprovecha el motivo de acusación para sustentarlo con la indicación de "las pruebas omitidas por el sentenciador y su trascendencia en relación con la falsedad y la estafa".

Tales medios probatorios los enuncia así:

"1º El testimonio del Dr. Jesús María Murgueitio, en cuanto de él se deriva que aconsejó a los contratantes de la Hacienda de Palo de Leche, en el sentido de que podían realizar la compraventa...".

"2º Los testimonios del Dr. Guillermo Guzmán Cabal y de los señores Aniceto y María de Jesús Guzmán, en cuanto de ellos se desprende que los mandantes de Neftalí supieron oportunamente que éste, en desarrollo del mandato, estaba ofreciendo en venta la finca de Palo de Leche desde los primeros días del mes de marzo de 1956, esto es, antes de enajenarla a los Trujillos y Sánchez...".

"3º El certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, de fecha 15 de marzo de 1956 sobre vigencia del mandato conferido a Neftalí; y el

certificado del mismo Registrador, de fecha 25 de abril de 1958, referente a la revocación del poder general dado a Neftalí, revocatoria que fue posterior a la venta de Palo de Leche.

"Con tales documentos públicos, se establece plenamente que las autorizaciones dispositivas dadas a Neftalí para enajenar el inmueble, se hallaban vivas el 7 de abril de 1956, es decir, el día de la venta de la hacienda ameritada. Y estando vigente el poder obró entonces dentro de sus atribuciones de mandatario, y el acto jurídico que realizó es absolutamente válido y legítimo, lo cual descarta la criminosidad de su comportamiento y la existencia del cuerpo del delito.

"4º La escritura pública número 2478, de fecha 12 de mayo de 1956 sobre 'poder general judicial' dado por los señores Aniceto y María de Jesús Guzmán al Dr. Guillermo Guzmán Cabal.

"Con dicha escritura se demuestra que el Dr. Guzmán Cabal el día 24 de julio de 1954, en que celebró el contrato de comodato con Neftalí y José Antonio Mogrovejo, no era representante de los señores Aniceto y María de Jesús Guzmán, y por lo mismo carecía de facultades para obrar en nombre de ellos...".

"5º Los telegramas de fechas 2 de marzo y 11 de abril de 1956, dirigidos por don Aniceto Guzmán y la señorita María de Jesús Guzmán a Neftalí Mogrovejo, en cuanto en ellos se dice que cancelan el poder 'para administrar' la hacienda de Palo de Leche...".

"6º La carta de los doctores Pablo José Pérez y Arturo Silva Rebolledo, apoderados de la parte civil, dirigida al Dr. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola en el curso del proceso, sobre una consulta jurídica, y en la cual reconocen categóricamente que el poder general conferido a Neftalí Mogrovejo en la escritura pública Nº 1106 'no había sido cancelado cuando él vendió la hacienda de Palo de Leche...".

Para finalizar el cargo que se viene reseñando, el demandante hace esta observación:

"Que en las cuestiones civiles que aquí he tratado como conexos con los delitos materia del proceso, he seguido un criterio netamente civilista para analizarlas, porque así lo ordenan los artículos 21 y 22 del Código de Procedimiento Penal. Pero dicho análisis se ha hecho 'para el solo efecto de la represión' (Art. 21), con lo cual quiero significar que no es tarea de la Corte —ello sería absurdo— el que entre a fallar sobre la nulidad o la inexistencia de los actos jurídicos concernientes a la revocación, por medio de documentos privados (simples telegramas), del mandato conferido a Neftalí, y al comodato de inmuebles, también constituído por documento privado, actos que requerían escritura pública".

Causal primera (Civil)

Se invoca aquí, no una causal de casación Penal, de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P., sino la de orden civil señalada en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., en armonía con el artículo 559 del estatuto primeramente citado.

Dice el recurrente que acusa la sentencia "por violación directa del artículo 2199 del Código Civil, por cuanto el Tribunal dejó de aplicarlo, siendo el caso de hacerlo, a las situaciones jurídicas creadas con la venta de Palo de Leche". Añade: "Los hechos admitidos por el sentenciador, le imponían aplicar dicha norma, y entonces no era el caso de ordenar la cancelación del registro de las expresadas escrituras públicas (48 y 49), ni de decretar la restitución de la hacienda a sus anteriores dueños".

Los fundamentos jurídicos del cargo, son en el fondo, los mismos que el demandante aduce respecto del primero, en el orden de su libelo, tendientes todos a la demostración de la licitud de los actos contractuales a que el proceso se refiere, por lo que no interesa insistir en una nueva reseña. En las consideraciones que la Corte hará a su debido tiempo se estudiará la atinencia y

viabilidad de la causal invocada y la relación que pueda tener con el artículo 559 del C. de P. P.

La conclusión del demandante en lo tocante a este punto es así:

"En virtud de lo expuesto, conclúyese que el Tribunal incurrió en violación manifiesta del artículo 2199, inciso 2º, del Código Civil, al no aplicarlo a los hechos que el mismo juzgador dio por existentes y que son, a cabalidad, los mismos que gobierna dicha norma jurídica. Si la hubiera adaptado al caso sub-judice, de seguro, no habría ordenado la cancelación del registro de las escrituras públicas Nros. 48 y 49, de fecha 7 de abril de 1956, ni habría dispuesto tampoco restituir la hacienda de Palo de Leche, por cuanto ya ésta no pertenece a los señores Guzmán, que son la parte civil en el proceso".

Causal primera (Penal)

De acuerdo con la técnica del recurso, esta causal es aducida "como consecuencia lógica y necesaria" de la segunda. Y como "ambos motivos de casación están íntimamente vinculados entre sí por un nexo de causa a efecto, entonces cabe decir que los argumentos ya expuestos para sustentar la una —la segunda—, son también válidos para motivar la otra— la primera", dice el señor apoderado, aunque no prescinde de recabar sobre sus planteamientos centrales acerca del error de hecho por parte del sentenciador y consiguiente violación indirecta de la ley penal sustantiva.

Las disposiciones que se estiman violadas por el Tribunal, son: 33, 19, 59, 231 (Ord. 4º), 233 y 408 del C. P.

La síntesis del cargo aparece en los siguientes párrafos de la demanda:

"...siendo inexistentes los requisitos de hecho que exigen los preceptos de los artículos 231, 233 y 408 del Código Penal, no cabía, como es obvio, su aplicación al caso sub-judice.

"Y si no hubo delitos, tampoco podía existir coautoría en Neftalí y José Antonio Mogrovejo, pues la coparticipación criminal supone, necesariamente, la existencia de un hecho punible. Por ello, el sentenciador quebrantó el artículo 19 del estatuto represivo, lo mismo que el 33 ibídem, relativo al concurso material de infracciones.

"Y por igual razón, violó el artículo 59 de la misma obra al ordenar la restitución de la finca a sus anteriores dueños, lo cual requiere —conforme a dicha norma— que la cosa cuya restitución se pide esté vinculada a un delito y haya sido quitada a quien la tenía legítimamente. Pero como aquí no hubo delito ni usurpación indebida de la hacienda de Palo de Leche, fue un error manifiesto del Tribunal dicha medida, que, a más de injusta, sería profundamente lesiva de los intereses de los procesados y de los compradores del inmueble, que obraron de buena fe".

Causal cuarta

Se aduce por el señor apoderado la causal cuarta de casación, como subsidiaria y advirtiendo que debe darse "preferencia al estudio de los tres motivos de casación analizados en los capítulos anteriores".

"El cargo materia de esta última causal —expresa el demandante— consiste en que el Tribunal no tenía competencia para decretar la cancelación de los registros de las escrituras públicas Nros. 48 y 49, de fecha 7 de abril de 1956, concernientes a la venta de Palo de Leche, ni para impartir la orden de entregar dicho inmueble a los señores Aniceto y María de Jesús Guzmán Sánchez, decisiones que solo puede tomar la jurisdicción civil mediante un juicio ordinario. Y al proceder así el sentenciador, incurrió en doble nulidad, a saber: Una de orden constitucional, por quebrantamiento del artículo 26 de la Carta, y otra de orden legal prevista en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal".

Los razonamientos que el demandante hace en torno de este complejo aspecto ju-

risdiccional pueden resumirse, por ahora, en la siguiente forma:

1º Las cuestiones de jurisdicción y competencia son de orden público, "que solo la ley puede regular";

2º De acuerdo con el artículo 21 del C. de P. P., los jueces en este ramo solo conocen de cuestiones civiles y administrativas, cuando guardan "íntima conexión con los delitos que se juzgan en determinados procesos", y, "para el solo efecto de la represión". En consecuencia, los jueces penales están inhibidos para "pronunciar decisiones atributivas o declarativas de derechos respecto de determinadas personas, ni **erga omnes**, sino que apenas deben limitarse a analizar tales cuestiones civiles y administrativas, con el único fin de dilucidar las situaciones jurídicas que ellas suscitan en relación con la existencia o inexistencia del delito, o con otras medidas que atañen a la represión".

3º El citado artículo 21 del Código de Procedimiento Penal enseña, precisamente, una limitación de los poderes jurisdiccionales en materia criminal, "cuando avocan cuestiones civiles y administrativas que tocan directamente con el juzgamiento del presunto delincuente".

"Por lo cual —insiste la demanda— aquellas expresiones que usa el Tribunal para justificar su competencia en la materia, como son: '...las medidas precautelativas en orden a la indemnización y **restitución**... proclaman la **extensión de competencia funcional en el Juez Penal**' (Fls. 974 C. 1B); 'el **derecho penal no es subalterno** cuando garantiza las acciones de indemnización de perjuicios y de **restitución** de las cosas que provienen de la ejecución de un delito" (Fls. 981); 'de lo contrario, carecería de toda dinámica la acción penal en sus presupuestos fundamentales que reclaman **plena jurisdicción** al Juez' (Fls. 983), etc., no representan sino un ideal del sentenciador para una reforma legislativa, pero nunca una situación de derecho concreta en el ordenamiento jurídico colombiano, porque a ello se opone el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal".

4º Como la acción civil "no es en un todo pública", porque está destinada a satisfacer un interés privado, ella "no puede ir más allá de donde puede llegar la típica acción penal".

5º Las disposiciones procedimentales y sustantivas tomadas en cuenta por el sentenciador para ordenar la cancelación de los registros y la restitución del inmueble, "presuponen, de suyo, que en el proceso aparece establecida la propiedad, posesión o tenencia de la cosa objeto material del delito, por parte de la víctima del mismo". Como no se trata, entonces, de una acción de dominio, "el Juez Penal no tiene facultad para **fallar**, con motivo de la acción civil instaurada en el proceso, acerca de las relaciones jurídicas suscitadas 'para el solo efecto de la represión', como son las concernientes a la propiedad de la cosa sobre que recayó el delito, a la existencia o inexistencia de contratos civiles o administrativos que tengan vinculación con él, etc.".

6º Dentro de este examen, el acusador, destaca algunos razonamientos relacionados con la inexistencia y la nulidad absoluta de los actos jurídicos, basados principalmente en doctrinas de la Corte. De lo dicho por el demandante, conviene transcribir:

"El medio adoptado por el Tribunal, de declarar la inexistencia de los contratos de compraventa ameritados, con pretermisión del juicio ordinario sobre nulidad de dichos actos jurídicos, es también inadmisible y arbitrario, por no hallarse tal sistema reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

"La Ley no autoriza, en manera alguna, al Juez Penal ni al Civil para hacer oficiosamente la declaración de inexistencia de un acto jurídico. Para destruir la vida de éste y sus efectos consiguientes, así le faltaran los elementos esenciales para su perfeccionamiento, solo hay un medio, un medio único, para conseguirlo: la acción de nulidad absoluta prevista por el artículo 1740 del Código Civil, que dice:

" 'Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley

prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

" 'La nulidad puede ser absoluta o relativa'.

".....

"En resumen: Si la justicia penal no puede sentenciar dentro del respectivo proceso sobre existencia, inexistencia o nulidad absoluta o relativa de ningún acto jurídico atinente al delito materia del debate, sino que únicamente le esta permitido por la ley el apreciar las cuestiones civiles y administrativas que tengan algún vínculo con el hecho punible, 'para el solo efecto de la represión'; si las disquisiciones abstractas sobre el fenómeno de 'a inexistencia de un acto jurídico, al decir de la Corte, son 'cuestiones meramente metafísicas, sin trascendencia o sentido práctico'; si dicho fenómeno de la inexistencia debe tratarse, en la práctica forense, conforme a las normas que gobiernan la nulidad absoluta de los actos jurídicos; y si para lograr su declaración judicial es menester un juicio, ordinario, resulta incuestionable que, al pretermitir ese juicio y entrar a fallar el Tribunal Superior de Popayán en este proceso penal sobre inexistencia de los contratos de compraventa de la finca de Palo de Leche, con la consiguiente orden jurisdiccional de cancelar los registros de las respectivas escrituras públicas (48 y 49, de 7 de abril de 1956), y de restituir la hacienda a sus anteriores dueños, se llevó de calle el artículo 26 de la Constitución Nacional, que exige perentoriamente que el juzgamiento de una persona se haga, entre otros requisitos 'ante Tribunal competente, y observando 'a plenitud de las formas propias de cada juicio'. Norma constitucional que es aplicable a todas las ramas del derecho, como también lo tiene resuelto la H. Corte:

"Y naturalmente, al decidir el Tribunal sobre una cuestión civil que no le correspondía, por estar atribuída privativamente al Juez de esa materia, con arreglo a los trámites de un juicio ordinario —que aquí no lo hubo—, usurpó jurisdicción e incurrió en la nulidad prevista por los artículos 148 del Código Judicial, 7º y 198, Ord. 1º del Código de Procedimiento Penal.

"Está, pues, más que justificada la causal cuarta de casación. La nulidad solo debe afectar la sentencia recurrida del Tribunal, por el aspecto de haber fallado, sin competencia para ello, sobre cancelación de registros de instrumentos públicos y restitución de la hacienda de Palo de Leche".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, da respuesta a la demanda con el prolijo concepto que aparece de folios 210 a 310 del cuaderno de la Corte, y en el cual llega a la conclusión de que no han sido demostradas las causales de casación sustentadas por el impugnador, para solicitar que no se case la sentencia recurrida.

En su vista, el distinguido colaborador, aparte de hacer una reseña de los hechos juzgados, de la resolución tomada por el ad-quem y de los planteamientos del demandante, así como un examen de las pruebas que obran en el proceso, muchas de las cuales reproduce textualmente, rechaza los distintos cargos formulados al fallo con apoyo en las causales que expresamente invoca el señor apoderado.

Para refutar las tesis del impugnador respecto a la inexistencia de los delitos atribuídos a los procesados (falsedad y estafa), el Ministerio Público hace los siguientes razonamientos, con los cuales responde los cargos hechos a través de los ordinales 2º y 1º del artículo 567 del C. de P. P. y ordinal 1º del artículo 520 del C. J.:

Falsedad

"Historiados como están los hechos cuestionados, bien se puede encuadrar la actividad de los Mogrovejo de la siguiente manera: Neftalí Mogrovejo, hombre de toda la confianza y servidor muy antiguo de la familia Guzmán recibió de ésta un poder general extendido en escritura pública y co-

rrido ante Notario para la administración, venta, etc., etc., de las fincas del Patía, de propiedad de los Guzmán.

"Con posterioridad, y por intermedio del apoderado de los Guzmán, señor Guzmán Cabal, Neftalí y su sobrino José Antonio suscribieron con Guzmán Cabal un nuevo contrato de comodato sobre las dichas fincas del Patía, que se vencía en una fecha determinada. Un mes antes del vencimiento del contrato, es decir de la llegada de la fecha en la cual debían hacer entrega de la Hacienda, Neftalí y José Antonio Mogrovejo decidieron vender la finca de Palo de Leche y otras. Para tal efecto acordaron y estipularon precio con los señores Trujillos y José Leonardo Sánchez, formas de pago, y garantías. Es claro, que, quien efectuaba la venta a los citados sujetos era, exclusivamente, Neftalí Mogrovejo, en aparente uso del poder general, que le confirieron los Guzmán.

"En el trámite de estas gestiones de compraventa los Guzmanes se dirigieron en dos oportunidades telegráficamente a Mogrovejo notificándole que desaprobaban las ventas que iba a realizar y que le cancelaban el poder que le habían conferido. Mogrovejo Neftalí y su sobrino José Antonio sostuvieron a lo largo del proceso que nunca recibieron las referidas comunicaciones. Como los trámites previos a la venta de Palo de Leche, se encontraban bastante adelantados, Neftalí Mogrovejo obtuvo de Vicente Emilio Trujillo la entrega anticipada de $ 50.000.00 los cuales destinó, en ínfima parte, a pagar gastos inherentes al contrato e impuestos. Estos gastos, de todas maneras no subieron a la suma en dinero que le entregaba Trujillo.

"Los Guzmanes se apresuraron a hacer conocer del Registrador de El Bordo —funcionario ante quien se debieran registrar las escrituras de venta de una parte de Palo de Leche— a Vicente Emilio Trujillo, y de otra parte de la misma Hacienda a Alvaro Trujillo y Leonardo Sánchez, que el poder general que habían otorgado a Neftalí Megrovejo se lo cancelaban. El Registrador hizo conocer la novedad a todos los interesados; consecuencia de ello fue que Neftalí, asesorado por su sobrino José Antonio, enviase a Bogotá, con viáticos, a Alvaro Trujillo para que del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá obtuviese la certificación de vigencia, por las fechas, del poder general que le habían conferido Aniceto y Jesusita Guzmán. Armado de este certificado, Neftalí lo presentó ante el Registrador, y éste, convencido de que Mogrovejo Neftalí ejercía aún las funciones de mandatario de los Guzmanes no tuvo obstáculo en correr las escrituras de venta de partes de la Hacienda de Palo de Leche, a Vicente Emilio Trujillo, por un lado, y a Alvaro Trujillo y José Leonardo Sánchez, por el otro.

"Sabía, o no, tenía conciencia o no, Neftalí Mogrovejo que los Guzmán le habían cancelado el poder general que inicialmente le confirieron? Recibió, o no, los telegramas que los Guzmán le enviaron anunciándole la cancelación de ese poder? Conocía Mogrovejo, o lo sabía a ciencia cierta, o lo ignoraba y desconocía, que al firmar junto con su sobrino un contrato de comodato sobre la misma finca, reconociendo como apoderado general a Guzmán Cabal, sobrino e hijo de los Guzmanes, respectivamente, el mandato o poder que le habían conferido éstos cesaba? Hay que tener en cuenta diversas circunstancias para dar respuesta a los interrogantes anteriores:

"Neftalí Mogrovejo había estado negociando la misma finca por precios superiores con el representante de una congregación religiosa con el cual no llegó a acuerdos, precisamente porque éste dudó de que tuviera poder proveniente de los Guzmán. Así lo establecieron los autos y la investigación. Neftalí Mogrovejo aceptó y reconoció al señor Guzmán Cabal como apoderado general de don Aniceto y doña Jesusita Guzmán, dueños de Palo de Leche; con Guzmán Cabal suscribió en unión de su sobrino un contrato de comodato cuyas copias se trajeron al expediente. Este contrato vencía un mes antes de realizarse las ventas a los Trujillos y a José Leonardo Sánchez. Es obvio, pues, que Neftalí Mogrovejo y su sobrino debían hacer entrega de Palo de Leche a Guzmán Cabal. Se estable-

ció claramente en el expediente, mediante pruebas contundentes a las cuales el Despacho se refirió anteriormente, que el estado económico en general y de los intereses y negocios en particular de Neftalí Mogrovejo y su sobrino era deplorable, encontrándose, uno y otro, en situaciones de dificultad frente a numerosos acreedores quienes tuvieron que llevarlos ante la justicia civil en juicios. Los autos son elocuentes en el sentido de demostrar también la manera concluyente que debido a esta situación Neftalí Mogrovejo se vio forzado a hacer uso del poder general que le otorgaron los Guzmanes vendiendo la finca de Palo de Leche para obtener una determinada suma que le permitiera cumplir con sus obligaciones y deudas. Mogrovejo obtuvo esta suma de parte de Vicente Emilio Trujillo; no en préstamo personal como lo afirma, sino, como lo sostiene Trujillo, en anticipo sobre el valor de la venta que le iba a hacer luego de parte de la hacienda de Palo de Leche. Los autos demuestran también que en el momento de correrse las escrituras a los Trujillos y Sánchez, faltaba apenas un mes para que la Hacienda fuera entregada a los señores Guzmán, de acuerdo con el compromiso de comodato que Mogrovejo Neftalí y su sobrino habían constituído con el apoderado general de estos, Guillermo Guzmán Cabal. Fue tan extremoso el celo desatado por Neftalí Mogrovejo para ultimar las ventas, que sin, avisarles a los Guzmanes, procedió a consignar y pagar el valor de los impuestos que gravaban las fincas con la finalidad de no tener dificultades en la operación. A la ciudad de Bogotá, por encomendación, tanto de él como de su sobrino, viajó en misión exclusiva el señor Alvato Rujillo (Sic). Como se dijo este viaje lo realizó a riesgo económico de Mogrovejo y para hacerse a la certificación de la Oficina de Registro de que el poder general conferido a Neftalí para las fechas continuaba vigente. Ante la presentación que les hiciera el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de El Bordo del telegrama en el cual los Guzmanes le revocaban el poder general, Neftalí presentó la certificación del Registro.

"Por otro lado, de los compradores de Palo de Leche, puede decirse que, excepción hecha del señor Vicente Emilio Trujillo, poseedor de bienes e intereses suficientes para efectuar la operación, los restantes Alvaro Trujillo y Leonardo Sánchez, carecían casi totalmente de bienes de fortuna y comprometían apenas posibilidades futuras en las cuales ellos creían, para el pago de la suma bastante crecida que representaba la parte que adquirían de la Hacienda. Sus declaraciones de indagatoria no ofrecen dudas sobre este particular. Debe, además, anotárseles que Leonardo Sánchez era casado con una hija de José Antonio Mogrovejo, y que Alvaro Trujillo tiene o tenía algún parentesco con el otro comprador, señor Vicente Emilio Trujillo. No deja de ser curioso observar la forma de pagos que se estipulaban en las distintas escrituras, con largos plazos, sin ningún anticipo, por parte de Trujillo Alvaro y Leonardo Sánchez, a pesar de que las partes de la Hacienda adquiridas quedaban gravadas hipotecariamente para seguridad de los Guzmanes.

"Es bien extraño que de los dineros que recibiera Neftalí Mogrovejo de manos de Vicente Emilio Trujillo no se hiciera la correspondiente consignación en la cuenta corriente a nombre del mismo Neftalí Mogrovejo sino se colocaron en la cuenta bancaria de José Leonardo Sánchez, tal como los autos lo demostraron. Más extraño y diciente, aún, es el hecho de que esta misma cuenta, en su casi totalidad, ya de ella quedaron apenas unos pocos pesos, fuera movida por el mismo Mogrovejo, mediante cheques en blanco que le entregara firmados Sánchez y que en su mayor parte, a excepción de 2 o 3, fueron girados a favor de acreedores de Mogrovejo.

"Surge otra tercera pregunta demostrativa de la mala fe en la actuación de los Mogrovejo: por qué no se vendió la misma finca al representante de la congregación religiosa que consignan los autos y que ofreció por ella una suma muy superior a la que ofrecieron los Trujillos y Sánchez? Por qué motivo Mogrovejo no formalizó con este sacerdote la compra que le proponía de la hacienda de Palo de Leche ya que esta propuesta era mucho más benéfica para los Guzmán?

"La afirmación de ambos Mogrovejo, especialmente de Neftalí de que no sabía, ni suponía, ni imaginaba que el poder le había sido revocado cae rota, bajo el peso de las pruebas contraídas al expediente. Es casi seguro que recibió los telegramas de los Guzmanes en que le hacían esta certificación (sic); a pesar de que este hecho lo reconoce el Tribunal como no probado, las circunstancias concomitantes que demarcan la investigación lo absuelven en el sentido en que lo hace este Despacho. Afirma Mogrovejo que viajó a Bogotá a dar cuenta de sus gestiones a los Guzmanes pero que éstos se negaron a recibirle: el proceso es demostrativo de que este viaje nunca se realizó y de que el intento de Neftalí de noticiar a los Guzmanes de sus actuaciones tampoco tuvo realidad alguna: Son los mismos don Aniceto, doña Jesusita y la sirvienta de confianza que los acompañaba, los que infirman la versión de Neftalí Mogrovejo.

"De qué manera se hizo incurso en el delito de falsedad Neftalí Mogrovejo? Faltando a la verdad en la narración de los hechos ante el Notario de El Bordo y ante el Registrador del mismo sitio. Faltó a la verdad en la narración de los mismos asegurando que vendía la finca de Palo de Leche a nombre de los Guzmanes y con poder general de éstos para hacerlo. No se diga que la simple presentación del certificado de la Registraduría sobre la vigencia del poder lo exonera de dolo; ni se afirme, tampoco, que en su conciencia y en su conocimiento existía la certeza de que este poder no había sido revocado; ni se pretenda que desconocía que para las fechas en que contrataba ya no era apoderado general de los Guzmanes. Al presentarse ante las oficinas dichas a correr las escrituras de venta de Palo de Leche, Neftalí Mogrovejo sabía que no obraba como apoderado de los Guzmanes, tenía la conciencia de que éstos desaprobaban su gestión y le habían revocado del poder, había recibido las comunicaciones en que le hacían conocer este hecho, había apresurado las gestiones para acelerar las ventas porque sabía que el contrato de comodato que le vinculaba a los Guzmanes iba a vencerse muy en breve. La obtención y presentación del certificado de la Oficina de Registro fue un paso audaz e inteligente de su parte para darle a la mentira una apariencia de verdad: el sabía que no se había producido revocatoria del poder que le había sido conferido por medio de escritura Pública, y estaba seguro de que el Registro le daría el certificado, tal como aconteció. Engañando al funcionario con la presentación de este documento obtuvo la finalidad que perseguía: correr las escrituras de venta; y recuérdese que para entonces ya había recibido varios miles de pesos en anticipo del valor de unas de esas ventas y que estos dineros en su mayor parte fueron empleados para cumplir con compromisos particulares de Neftalí Mogrovejo. Así 'si el dolo consiste en el conocimiento de la inmutación de la verdad y en el propósito de hacerla valer, a pesar de que el agente prevé el daño que puede causar a otro con el documento falso' dolo existió en la conducta de Neftalí Mogrovejo.

"Por lo que respecta a su sobrino José Antonio, éste era sabedor de todas las intimidades y manejos de que se ha venido comentando a tanto espacio. Conocía a detalle el estado de los negocios de su pariente, sabía de sus relaciones jurídicas para con los Guzmanes, con él suscribió el contrato de comodato con el señor Guzmán Cabal, con él gestionó las ventas de la finca de Palo de Leche, ayudó a la consecución del emisario que viniera a Bogotá a obtener el certificado del Registro, etc., etc. Su situación pues, está perfectamente encuadrada dentro de la sentencia y responde a una indudable realidad jurídica: fue coautor en el delito de falsedad.

"En lo que atañe al hecho de que el mandato que le hubieran conferido los Guzmanes a Neftalí Mogrovejo no podía ser revocado sino por Escritura Pública, no pasa ello de ser sino una muy respetable opinión del opositor.

"A la luz de los artículos 2189 del C. C. y especialmente del 2190 de la misma obra

no cabe hacer semejante afirmación categórica. Debe recordarse además, el Art. 2191 del C. C. establece que 'el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio y la revocación expresa o tácita produce efecto desde que el mandatario ha tenido conocimiento de él'.

"Por otro lado, no cabe dar aplicación para el caso sub-judice, ni interpretarse como lo hace el opositor, el acápite 3º del Art. 2199 de la misma obra. El caso a que éste se refiere es radicalmente distinto del trajinado en autos.

"La posición del Tribunal al afirmar en su sentencia que los mandantes cesaron en sus funciones al celebrar el comodato con Neftalí y José Antonio Mogrovejo es para este Ministerio Público absolutamente clara y jurídica: sobre el particular los estudios o conceptos realizados por los doctores Valencia Zea y Tapias Pilonieta, acatados en su totalidad conceptual por la Corporación, despejan toda duda. Mal se haría en insistir sobre este tópico para repetir, con mayor o menor fidelidad, el pensamiento de los ilustres jurisconsultos. Queda pues demostrado que tanto Neftalí como José Antonio Mogrovejo incurrieron, dentro de las condiciones que les asigna la sentencia en el ilícito previsto en el Art. 231 del C. P. Numeral 4º en relación con el 233 de la misma obra".

"......"

Estafa

"... Imposible para este Despacho resulta el suponer que la situación de autos esté prevista dentro del Art. 2199 inciso 2º del C. C. No puede decirse que de parte de los Mogrovejo existió un comportamiento lícito que excluye toda antijuridicidad, no existió en ellos buena fe, no hubo una causa ignorada que hiciera que el mandato expirara e ignorancia del mandatario; inermemente pesa sobre la actividad, de los Mogrovejo una plural prueba en contrario.

"La licitud de la conducta de los acusados Mogrovejo no puede afirmarse categóricamente como lo hace el opositor; por inteligente y profunda que sea su demostración en este sentido no logra demeritar las realidades procesales del caso. Mal puede afirmarse, además, que el Tribunal no tomó en cuenta hechos fundamentales acreditados en el proceso que demuestran la buena fe de los acusados Mogrovejo: los testimonios del Dr. Jesús María Murgueitio, del Dr. Guillermo Guzmán Cabal, fueron analizados consecuentemente por la Corporación y tenidos en cuenta dentro del fallo. El consejo que el primero diera a los compradores de Palo de Leche de que podían realizar la operación no quería decir que exonerara la conducta o actitud de Mogrovejo; él se limitó a opinar, en vista del certificado, de que aparentemente Mogrovejo tenía las facultades dispositivas de un mandatario, y estaban vigentes. Los testimonios de Guillermo Guzmán Cabal y de Aniceto y Jesusita Guzmán, también fueron tenidos en cuenta por la Corporación falladora. Las disgresiones o comentarios que sobre el particular hace el opositor, a más de no compartirlas este Despacho en sus conclusiones jurídicas sobre el Art. 2199 del C. C., en nada conducen a demostrar la licitud y buena fe de la conducta de los Mogrovejo. La interpretación que da el recurrente a la Escritura 2458 del 56 sobre poder general judicial a Guzmán Cabal, a los telegramas dirigidos por Guzmán a Mogrovejo, no demuestra que este sujeto gozara de poderes dispositivos como mandatario en el momento en que firmara las escrituras con los Trujillos y Sánchez. Siendo así que en concepto de este Despacho no se ha logrado la demostración de la causal 2ª inexorablemente se desprende que la causal 1ª de casación civil, invocada también por el opositor no cabría ser demostrada. Si se parte de la base, —errada en concepto de esta Oficina—, de que los contratos de compraventa de la finca de Palo de Leche fueron perfectamente válidos, la causal 2ª había tenido toda prosperidad ya que ella tendía a demostrar la licitud de la venta de esta finca ateniéndose a que Neftalí Mogrovejo obraba dentro de las pautas del Art. 2199 del C. C. No habiendo prosperado la demostración de la causal 2ª, es incongruente pretender que pueda darse como válida la demostración de la primera.

"El anterior razonamiento juega tanto en lo que respecta a la causal 1ª de casación civil (Art. 520 ordinal 1º C. J. y 559 del C. de P. P.) como a la causal 1ª del (Art. 567 ordinal 1º del C. de P. P.)".

Causal cuarta

Este motivo de impugnación tampoco lo estima demostrado el señor representante del Ministerio Público, acogiendo para refutar los planteamientos del demandante, los puntos de vista del apoderado de la parte civil.

Concluye el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en estos términos:

"El Tribunal en su providencia hoy acusada optó por las determinaciones solicitadas por la parte civil. No considera este Ministerio Público que al ordenarse la cancelación de los Registros y decidir la restitución de la Hacienda para concluir que los contratos de compraventa jamás existieron, violara el Art. 26 de la Constitución, ni mucho menos el 198 del C. de P. P. ordinal 1º. Las acusaciones que se hacen a la sentencia sobre la base de la causal 4ª no las encuentra demostradas el Despacho".

Alegato de la Parte Civil

El doctor Luis Carlos Pérez, representante de la parte civil, al surtírsele el traslado que ordena el artículo 564 del C. de P. P., presentó el alegato que obra de folios 311 a 352 del cuaderno de la Corte, destinado a replicar todos y cada uno de los cargos que el demandante formuló contra la sentencia del Tribunal, no sin antes hacer una síntesis de los hechos procesales, particularmente de los distintos contratos a que aluden los autos.

Respecto al primer cargo, afianzado en la causal 2ª, el representante de la parte civil contradice al demandante, en cuanto a la validez de la compraventa, buena fe de los vendedores y aplicación del artículo 2199 del C. C., con estos argumentos:

"Primero. El artículo 2199 del Código Civil contempla los casos en que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, y está probado, como bien lo admite el fallo condenatorio, que Neftalí Mogrovejo fue consciente de la terminación de su encargo aun en el supuesto de que no hubiera recibido los telegramas que se lo comunicaron. En estas condiciones, la compraventa pactada no solo no tiene protección en el artículo 2199, sino que pugna con el numeral 3º del artículo 2189 de la obra en referencia, según el cual el mandato concluye por la revocación del mandante.

"Ahora bien: no solo existió un acto de revocatoria, sino varios, escalonados así:

"a) En virtud de la venta del ganado hecha por el doctor Guillermo Guzmán Cabal a los dos Mogrovejo, finalizó el encargo de Neftalí, ya que él admitió la nueva representación de los dueños de "Palo de Leche" para gestiones que le habían sido encomendadas en la escritura 1106 de 1952; y no solo admitió esa representación superpuesta a la suya, sino que procedió de conformidad con ella y compró lo que no tenía derecho de adquirir: bienes sobre los cuales versaban sus poderes administrativos y dispositivos;

"b) Al recibir la finca en calidad de comodatario el 7 de mayo de 1954, quedó totalmente eliminado su encargo, si alguno hubiera quedado vigente. Las situaciones de mandatario para enajenar lo que después se recibe en comodato para restituir, son recíprocamente excluyentes, según el concepto de los profesores Arturo Tapias Pilonieta y Arturo Valencia Zea, acogidos por el Tribunal. Por razón de método, este punto lo demostraremos adelante, al oponernos a las pretensiones contra la validez del contrato de comodato;

"c) Al conocer el telegrama dirigido al Registrador del circuito de Patía, en El Bordo, Mogrovejo por lo menos vaciló sobre la expiración de su encargo, si el título de comodatario que ocultó cuidadosamente para hacer los contratos de compraventa, no fuera suficiente, como lo es, y por sí solo, para desbaratar toda supervivencia de re-

presentación; y no procede de buena fe el personero de intereses ajenos que duda sobre la legitimidad de lo que está haciendo, lo mismo que sobre la consistencia de la calidad que le asiste. Es esta una noticia de revocación expresa.

"d) El recibo del telegrama por parte de José Antonio Mogrovejo equivale al hecho de haberlo recibido Neftalí, porque ambos lo comentaron en voz alta diciendo que no irían a Palmira, conforme el requerimiento amistoso de los Guzmán Sánchez, conversación escuchada por Salustiano Melesio, quien ignoraba el texto del mensaje y si no hubiera sido por los destinatarios habría seguido ignorando su texto; procede de mala fe el mandatario que habiéndose enterado así de la voluntad de sus mandantes actúa en contra de ella. Es esta otra noticia de revocación expresa.

"e) La prohibición de vender trasmitida por el doctor Guzmán Cabal a los Mogrovejo, en su finca de 'Aguasclaras', de que dan cuenta, además de aquél, doña Cecilia Sánchez de Guzmán y Fernando Berbeo (P. 56 y 112 del cuaderno 3º).

"Segundo. Comprobado el dolo del vendedor de la finca, es fácil negar la buena fe de los compradores de apellido Trujillo y Sánchez. En efecto, la buena fe ha sido definida tradicionalmente por las legislaciones y por los juristas como la convicción sincera de que se procede sin fraude ni vicio. Es decir, dicen otros, la seguridad de que nuestros actos se ajustan realmente a la ley. No se trata, por eso, de una simple experiencia psicológica de autosugestión, sino creencias razonadas y experimentadas, vale decir, juicios formados según el reflejo de los hechos externos. No puede admitirse la buena fe de quien, contra la presentación objetiva de los sucesos, desfigura las circunstancias y se encastilla en sus suposiciones. La buena fe es fenómeno jurídico de concreción y accede a los hechos tal como acontecen y no según se quiera que acontezcan. No otras son las explicaciones que la doctrina y la jurisprudencia nacionales dan al texto, por demás claro, del artículo 768 del Código Civil".

"b) Prueba decisiva de la mala fe de vendedor y compradores es el viaje de Neftalí Mogrovejo y de Alvaro Trujillo a Bogotá, hecho después de la duda, con el doble objeto de llevar el certificado del Registrador de este circuito sobre la anulada calidad de mandatario, y de pedir la liquidación de los impuestos de los Guzmán Sánchez, a fin de pagarlos en la administración de hacienda de El Bordo, como efectivamente se hizo, y obtener el paz y salvo. Esta liquidación fue subrepticia, a espaldas de los interesados en cubrir los tributos sobre la renta y complementarios, tomada muy sigilosamente para que no se enteraran del embuste ya en marcha. Los encargados de esta gestión conocían perfectamente el domicilio de los dueños de 'Palo de Leche', en Bogotá, calle 12 número 3-50, lo mismo que su teléfono, pero muy bien se cuidaron de hacerse presentes, para decir que iban a pagar los impuestos personales y a negociar la finca. Si hay un dato tremendamente revelador de la maniobra dolosa es éste, que por sí solo destruye todo atisbo de honestidad o buena fe.

"c) El auto de sobreseimiento dictado por el Tribunal no acredita la buena fe de los Trujillo y Sánchez, no solo en cuanto califica de sospechosa la conducta de estos señores, sino por la índole misma de dicha medida. Sin embargo, conviene anotar que una conducta sospechosa no es precisamente el sustento de la honradez en los negocios.

"El hecho de que no se hubiere reunido la prueba suficiente para enjuiciar, no es signo de inocencia sino de responsabilidad. La inocencia obliga a sobreseer definitivamente, conforme al numeral 2º del artículo 437 del estatuto procesal.

"Quien obra de buena fe acusa inocencia a través de su ignorancia de los acontecere o del error sobre su conformación jurídica. Pero aquí no hubo ignorancia, estado negativo de la conciencia, porque alcanzó a plantearse la duda; ni hubo error, estado engañoso, por la misma circunstancia.

"d) La demanda afirma además que se discutió sobre si la revocatoria anunciada

en el telegrama podía ser de las facultades administrativas, como decía su texto, o de las dispositivas. Razón de más, anoto, para descartar la ignorancia o el error esencial, pues la discusión borró por completo uno y otro fenómeno. El único procedimiento adecuado para poner fin a las cavilaciones, debió ser la consulta directa a los mandantes, ya que ellos, según la ley, podían revocar el mandato a su arbitrio y por cualquier clase de medios, sin publicidad, como lo veremos adelante".

Con relación al segundo cargo, referido igualmente a la causal 2ª, el señor apoderado de la parte civil insiste en que sí fue revocado el mandato, tanto expresa como tácitamente, y refuta lo dicho en la demanda respecto al contrato de comodato, estimado éste incompatible con el de mandato, en opinión del opositor, de acuerdo con los conceptos emitidos en juicio por los doctores Valencia Zea y Tapias Pilonieta.

Para rematar este aspecto de su alegato, el doctor Luis Carlos Pérez expresa:

"El Tribunal estimó en debida forma el contrato de comodato, con las explicaciones dadas por los profesores Valencia Zea y Tapias Pilonieta sobre la consiguiente sustitución del mandato. El recurrente no ataca, como tenemos dicho, esta base inconmovible del auto de proceder y de la sentencia; y, aunque lo hubiera hecho, la respuesta es, como acabamos de verlo, muy clara y concluyente".

Para refutar el tercer cargo, tocante a la no estructuración jurídica de los ilícitos de **falsedad** y **estafa**, que las instancias dedujeron a los procesados, el apoderado de la parte civil contesta al demandante en estos términos:

"**El primero.** Si Neftalí Mogrovejo actuó cumpliendo prescripciones legales, como la invocada del artículo 2199 del Código Civil, su conducta se justifica **por haber procedido según dispone la ley.** Cuando una norma autoriza determinada pretensión y ésta se cumple; el agente no solo no ha cometido delito, por carencia de antijuridicidad sustancial, sino que ha obrado conforme al derecho. Así lo dispone el numeral primero del artículo 25 del Código Penal, en su primera parte, pues en la segunda consagra otra justificante como es la orden obligatoria de autoridad competente. Pero resulta que este desenlace lógico y jurídico del extenso razonamiento hecho en la demanda, no fue propuesto en ella, ni mucho menos demostrado. La ausencia de antijuridicidad en el acto imputado por actividad psicofísica completa, construye una causal de justificación, que ni siquiera fue planteada, como está dicho. Carece de interés todo análisis sobre el particular.

"**El segundo.** Mogrovejo era quien menos podía creer en la **verdad jurídica,** representada en el certificado del Registrador de Bogotá, porque él conservaba su contrato de comodato, bien oculto es cierto, pero con conciencia plena de tenerlo, como quedó demostrado. El certificado del Registrador fue uno de los medios de que se valió para desfigurar la **verdad real.** No hay que olvidar que muchas veces el delincuente fabrica el engaño con medios jurídicos.

"**El tercero.** La buena fe de Neftalí Mogrovejo quedó totalmente destruída y a las razones apuntadas antes nos remitimos ahora. Y la sugerencia soslayada de que no tenía por qué conocer las consecuencias del contrato de comodato, en relación con la revocación del mandato, debido a su falta de estudios de derecho, es un concepto gratuito del secretario encargado interinamente de la Fiscalía del Tribunal, quien sostiene que, habiendo discurrido la vida de aquél sujeto en las faenas del campo no puede atribuírsele conciencia sobre lo que hizo.

"..... .....

"De otra parte, si la apropiación de los $ 50.000.00 es delito de abuso de confianza y no estafa, debió atacarse el fallo condenatorio conforme la causal cuarta de casación, ya que se trataría de un error en la denominación jurídica del delito, previsto como motivo de nulidad por el numeral 8º del artículo 198 del Código de procedimiento penal".

"La demanda no presenta esta objeción, pues si plantea la causal cuarta es con una finalidad completamente distinta. Es, pues, improcedente detenerse a contestar cargos no formulados.

"El delito de estafa existe porque:

"a) La falsedad es ya la simulación misma, la mise en scéne. Con las escrituras falsas se perfeccionó la maniobra que hizo aparecer a Neftalí Mogrovejo con una calidad que no tenía;

"b) Hubo engaño para los dueños de 'Palo de Leche', que confiaban en la suficiencia del nuevo título de comodatario obsequiado a los Magrovejo; y engaño para el notario que autorizó las escrituras y para el Registrador del Patía;

"c) Hubo provecho ilícito, con ventajas de índole patrimonial para los Mogrovejo; y

"d) Hubo perjuicio económico. La enajenación fraudulenta ha causado a los propietarios de 'Palo de Leche' un daño emergente y un lucro cesante. Además, los $ 50.000.00, entregados por Vicente Emilio Trujillo afectarán el patrimonio de éste, ya que los dueños condenaron la operación y reclaman el inmueble.

"La codelincuencia de José Antonio Mogrovejo es manifiesta en los dos delitos; conociendo plenamente su calidad de comodatario, tanto como la de su tío, la ocultó en todos los actos ejecutados. En la indagatoria reafirmó que su pariente gozaba del derecho de disponer del inmueble en virtud del mandato conferido. No solo no aclaró a los funcionarios encargados de protocolizar y registrar la escritura que con Neftalí eran simples tenedores gratuitos de la cosa, sino que siempre sostuvo la vigencia del poder que él sabía extinguido. Fue, pues, parte actuante en la falsedad y la estafa.

"....

"1º El testimonio del doctor Murgueitio sí fue tomado en cuenta en la sentencia, precisamente al transcribir un concepto del suscrito apoderado de la parte civil. Pero bien pudo hacerlo a un lado porque él no es más que una pieza superpuesta a cuanto demostraron las confesiones de los procesados y los compradores, en el sentido de que actuaron con el consejo de dicho abogado, sin que este consejo fuera factor determinante de las operaciones.

"2º Los testimonios de Guzmán Cabal y los Guzmán Sánchez también fueron estimados, en cuanto con ellos se acredita la prudencia de los dueños de 'Palo de Leche' para impedir a Mogrovejo la continuación de su empeño vendedor. Tanto cuidado pusieron a las ofertas hechas por el antiguo apoderado, que dirigieron los tres mensajes telegráficos, además de la prohibición que Guzmán Cabal les notificó personalmente a los procesados, en la finca de éstos, llamada 'Agua Clara', cerca de Palmira; prohibición reiterada como testifican, además de Guzmán Cabal, la esposa de éste, doña Cecilia Sánchez de Guzmán y el chofer Fernando Berbeo Torres. De todo esto dan cuenta los folios 56 y siguientes y 112 y siguientes del cuaderno 3º.

"3º El certificado expedido el 15 de marzo de 1956, sobre vigencia del poder, así la escritura 1106, de 12 de marzo de 1952, también fueron apreciados en la sentencia al transcribir lo pertinente del auto de proceder; pero lo fueron en el sentido de que tales documentos no demostraban la vigencia del mandato.

"4º Las escrituras que pretenden acreditar la revocatoria del mandato con posterioridad a la compraventa, carecen de todo interés procesal, porque es de las confesiones de los procesados de donde surge la prueba sobre la delegación de los derechos de los dueños de la finca en favor de Guzmán Cabal; y esa delegación de poderes surge también del contrato de comodato, que para infortunio del recurrente, no tiene existencia jurídica.

"5º También los telegramas fueron apreciados en el fallo y de ello hay amplísima constancia, pues con la transcripción de los mismos comienza la relación de los he-

chos; y fueron tomados en cuenta como debían serlo, es decir, para acoger el pensamiento de los dueños en el sentido de que la revocatoria se refería a la venta, pues de lo contrario carecía de objeto dirigirse al Registrador.

"6º La carta de los anteriores apoderados de la parte civil al doctor Gutiérrez Anzola también carece de todo valor procesal, y además acusa un hecho de nadie negado: que la escritura de poder no había sido cancelada el 7 de abril de 1954. La voluntad de los mandantes se había expresado de múltiples maneras contra la continuación del encargo, y esas maneras son válidas de acuerdo con la ley".

Las causales "primera civil" y "primera penal" las rechaza el opositor, fundándose en que no procede en un negocio penal involucrar un motivo civil de casación, y en que la violación de la ley penal, causal prevista en el ordinal primero del artículo 567 de C. de P. P. es apenas consecuencia de la segunda, ya analizada.

Por último, la causal cuarta, por nulidad del juicio y apoyada asimismo en el artículo 26 de la Carta, le merece la siguiente refutación:

"No se ve cómo pudo haber sido violado el artículo 26 de la Carta, ni el recurrente lo demuestra. Los procesados de apellido Mogrovejo fueron juzgados de acuerdo con las formas propias del juicio, por autoridades competentes, y con exceso de precauciones para garantizarles el derecho de defensa. Inclusive pagaron la mitad de la pena que les correspondía, por equivocación del Tribunal. El juicio se refiere a ellos, exclusivamente a ellos, lo mismo que la sentencia sometida a este examen.

"La nulidad por incompetencia de jurisdicción de que trata el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, se refiere a falta de autoridad de un juez para ventilar el proceso, y ya se ve cómo el juez superior y el Tribunal lo hicieron dentro de sus límites legales y dentro de la órbita de su competencia funcional.

"En el presente caso el Tribunal no ha resuelto nada en relación con los dos contratos de compraventa, pues no existen tales contratos toda vez que ellos fueron fruto de un delito que es el de falsedad. La entrega de la finca a sus dueños legítimos es una consecuencia inexorable del delito. Lo que ocurre es que el excesivo civilismo de nuestros intérpretes vacila ante la orden de cancelar un registro de dominio tratándose de inmuebles, y sin embargo la aceptan de plano tratándose de muebles o semovientes. Si alguien pierde un automóvil, sea como fruto de un hurto o de una defraudación, es normal que obtenga la entrega del vehículo de parte del juez penal, aún antes del fallo. Lo mismo ocurre cuando se extravía un lote de ganado. Entonces sí se aplican sin discutirlos los artículos 59 del Código Penal, y en relación con los artículos 30, 316, 703 y 704 del estatuto procesal. Pero, háblase de bienes raíces, que son cosas, tanto como los muebles, y que por lo mismo revierten a quien se le quitaron, y entonces salta el prejuicio a oponerse a la entrega.

"La acción restitutoria dentro del proceso penal es una obligación del juez que conoce del delito. Sobre esta materia es mucho lo que se ha escrito en este proceso, desde su iniciación, cuando la parte civil pidió el embargo y secuestro del inmueble, como medidas cautelares, que todavía subsisten. En extenso alegato dirigido al Tribunal de Popayán, el 30 de agosto de 1960, (cuaderno Nº 6), y luego en el que parcialmente transcribe el señor Procurador en su vista de fondo, con la advertencia de su plena conformidad, me propuso dejar en claro la cuestión. De la manera más respetuosa pido a la H. Corte se sirva tener presentes esas razones justificativas de la cancelación de los registros de los instrumentos fraudulentos".

"..... .....

"Finalmene, el debate sobre la restitución está fuera de lugar ahora. Es un tema ajeno al recurso de casación que ventila la atribución delictiva. Si los Mogrovejo son inocentes y merecen ser absueltos, quiere de-

cir que la negociación fue lícita; pero si son culpables, como en forma documentada y plena lo demostró el auto de proceder y luego la sentencia recurrida, nada hay que hacer sobre el problema de la restitución, que se opera como una simple consecuencia de los hechos criminosos".

Audiencia pública

Surtidos todos los traslados de las partes, el señor apoderado de José Antonio y Neftalí Mogrovejo solicitó de la Sala, por memorial de 4 de noviembre último, se celebrara audiencia, en armonía con el artículo 566 del C. de P. P., diligencia que se llevó a cabo los días 16 y 17 de los mismos, con la sola asistencia del apoderado de la parte civil, quien en dicha oportunidad insistió sobre los principales planteamientos ya consignados en los anteriores escritos suyos.

Por su parte, quien solicitó la audiencia, simplemente pidió se tuviera como presentado para el acto el memorial referido, en el cual se amplían algunos puntos de la demanda y se rebaten las tesis del Ministerio Público y de la parte civil.

Consideraciones de la Corte

Primera

Los distintos cargos formulados por el demandante contra la sentencia recurrida los analizará la Sala en el mismo orden propuesto, a efecto de definir si el Tribunal, por algún aspecto, violó la ley penal sustantiva o normas de procedimiento que den lugar a la casación.

En dicho orden, se tiene:

Causal segunda

Primer cargo

Al atribuir el demandante al sentenciador error en la apreciación fundamental de los hechos juzgados, por asignarles condiciones o notas de antijuridicidad no existentes en los actos cumplidos por los procesados, parte de una suposición enteramente gratuita, sin apoyo en los autos, según la cual los contratos de compraventa se llevaron a cabo en ejercicio de un poder legítimo, vigente a la fecha de las operaciones y con amparo en disposiciones de la ley civil.

Este aserto quiere hacerlo descansar el acusador en el artículo 2199 del C. C., disposición que regula la terminación del contrato de mandato y los efectos de los actos que se ejecuten, con relación a las partes y a los terceros.

El planteamiento del primer cargo no discute la expiración del mandato, por lo que, para descartar la conducta ilícita de los Mogrovejo se toma en cuenta lo reglado por la disposición antes citada y se invoca la buena fe de los compradores, según el demandante, no contradicha con "prueba fehaciente".

El error que quiere encontrarse en la decisión del ad-quem no existe, confrontados los hechos con las disposiciones que describen los delitos de falsedad en documentos y estafa, pues si se admite que Neftalí Mogrovejo al otorgar las escrituras de venta de la Hacienda "Palo de Leche" no era mandatario de los dueños del inmueble, su proceder necesariamente contrariaba el derecho y se revestía de condiciones subjetivas y objetivas de ilicitud. Quien simula un cargo, se atribuye una calidad que no tiene y así obra para realizar un acto jurídico, que aproveche a él o a otras personas, con perjuicio de terceros, no puede buscar amparo, justificación o excusa en las disposiciones de la ley civil cuando de modo expreso y como consecuencia racional de la defensa social, la ley penal estructura la conducta enunciada como ilícito criminal.

Admitido, en gracia de discusión, que en los actos de que da cuenta el proceso, no ya el vendedor, sino los compradores, obraron de buena fe, ese supuesto no liberaría de responsabilidad al primero, como es obvio, y cualesquiera fueran las consecuencias en el campo del derecho privado, se tipificarían los delitos que han sido imputados.

No es procedente, por tanto, hablar de la licitud de los actos cumplidos por Neftalí Mogrovejo, en la forma y circunstancias en que se plantea el primer cargo contra la sentencia, a través de la causal segunda de casación, puesto que el artículo 2199 del C. C., regula solo cuestiones de orden civil en torno al contrato de mandato.

Segunda

Segundo cargo

En éste el error del fallo se hace consistir en haber dado por cierto que el poder general conferido a Neftalí Mogrovejo estaba revocado a la fecha de correrse las escrituras de venta de la finca, cosa que el demandante no admite porque, en su opinión, sí estaba vigente dicho poder.

Como antes se reseñó, el demandante estima sin mérito alguno la comunicación telegráfica dirigida al señor Registrador de Instrumentos Públicos de El Bordo (C.), dado que si el poder se otorgó por Escritura Pública, solo por instrumento igual podía revocarse, tesis jurídica ésta inaceptable, si se tiene en cuenta lo dispuesto por los artículos 2149, 2189, 2190 y concordantes del C. C.

Pero lo que principalmente importa, para una correcta evaluación penal de los hechos, es saber que los autos pregonan con meridiana claridad que en todo el proceder de los Mogrovejo para llevar a término la venta de la propiedad, hubo la conciencia de estar actuando, no solo a espaldas de los propietarios, sino con el conocimiento de su oposición a que se celebrara el negocio. En este empeño proditorio, los acusados recurrieron a diversos expedientes y maniobras, demostrativos ellos de su mala fe y, consecuentemente, del dolo de fraude en los actos cumplidos.

De otro lado, como consta en el informativo, con posterioridad al contrato de mandato y por voluntad de los dueños de la Finca, se celebró un contrato de comodato, vigente a la fecha en que se negoció el inmueble. Este contrato estimado en su naturaleza jurídica frente a la ley civil colombiana, dejaba sin vigencia y sin efectos el mandato.

No vale argüir que los Mogrovejo, partes favorecidas en este último contrato, por su poca formación intelectual o cultural, ignoraran el alcance del comodato en relación con el poder general, pues es lo cierto que para vender el inmueble, al doctor José María Murgueitio solo se le informó y documentó maliciosamente acerca del poder que aparentaba tener Neftalí Mogrovejo.

No es cierto, por otra parte, que el comodato, como contrato real, exija escritura pública, pues no es un contrato solemne y se perfecciona con la entrega de la cosa. Además, tratándose de definir aquí una conducta violatoria de la ley penal, más que las sutiles disquisiciones de derecho civil, lo que esencialmente importa es penetrar en las intenciones o propósitos de los sindicados para haber si efectivamente obraban con un ánimo honesto y correcto o si, por el contrario, sus acciones iban encaminadas a la manifiesta consumación de un fraude en perjuicio del patrimonio de los señores Guzmán S., cuestión ésta que el proceso establece suficientemente, sin dejar dudas en cuanto a que a la fecha de la venta de la finca, Neftalí Mogrovejo tenía pleno conocimiento de que sus dueños no lo autorizaban para la operación y de que sus facultades legales eran ningunas en este particular.

Vista la situación examinada por el adquem en lo tocante a este punto y en lo que se relaciona al cargo formulado por el demandante, lógicamente se concluye que el sentenciador no erró en la apreciación de los hechos atribuyéndoles valor probatorio distinto al que realmente tienen en el proceso, a efecto de configurar o tipificar las conductas deducidas en el llamamiento a juicio y en los fallos de instancia.

Tercera

Como dentro del cargo de que se viene tratando, según se anotó oportunamente, la demanda hace un capítulo especial des-

tinado a demostrar la no existencia jurídica de los delitos imputados, es decir, que los autos no establecen el cuerpo del delito de falsedad, ni el cuerpo del delito de estafa, la Corte procede a fijar su criterio al respecto.

Tomado el concepto del cuerpo del delito en su sentido pleno, lo que equivale a su integración objetiva y subjetiva con todos los elementos que tipifican una determinada infracción frente a las específicas definiciones de la ley penal, y admitido que, para una correcta interpretación de los artículos 272 y 273 del C. de P. P., el dolo debe tomarse como parte del cuerpo del delito en los hechos intencionales, no hay duda alguna, ni la prueba del proceso la autoriza, en cuanto a que los sindicados obraron en las conductas o actuaciones que les han señalado como suyas, de manera deliberada y consciente, de un lado, y con avieso propósito de defraudar a los Guzmán Sánchez y obtener un provecho ilícito de orden económico o patrimonial, recurriendo para el logro de esa finalidad al complejo expediente de engaño sobre el cual descansan las estructuras legales de los delitos de falsedad y estafa.

En cuanto al delito de falsedad, y por lo que al caso de autos se refiere, los elementos que, conforme a derecho, estructuran el ilícito, según los artículos 231 y 233 del Código Penal, hay que afirmar categóricamente que las instancias encontraron en el proceso un recaudo probatorio hábil e idóneo para dar por establecido el hecho, igual que la responsabilidad de los encausados, sin que surja en el debate de casación un motivo racional que conduzca a demostrar que en el fallo impugnado hubo la evaluación errada de los elementos de juicio y, por ende, que pueda ser viable la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P., por error en cuanto a la prueba del cuerpo del delito de falsedad.

El punto concretamente señalado por el actor, se repite, hace referencia al elemento subjetivo (dolo) por parte de los agentes de la infracción. Pero es en un todo gratuita la afirmación de que ese elemento que, conforme a las propias palabras del demandante, 'consiste en el conocimiento de la inmutación de la verdad y en el propósito de hacerla valer, a pesar de que el agente prevé el daño que puede causar a otro con el documento falso", esté ausente en la conducta de los Mogrovejo, pues se hace evidente que al obrar, como obraron, lo hacían a sabiendas de la no existencia del poder general para vender; de la expresa oposición de los dueños del inmueble al contrato, y con plena conciencia de la ilicitud del acto que iban a realizar.

Fueron muchas las maniobras y no pocos los expedientes a que acudieron los sindicados para llevar a cabo el contrato de compraventa, maniobras y expedientes muy indicativos de la conciencia de ilicitud con que actuaban y de su indiscutible ánimo de hacer las cosas a espaldas de los Guzmán, con conocimiento de la oposición de éstos y llevados por un claro propósito de lucro fraudulento.

La Sala no tiene para qué ocuparse en detallar toda esa serie de hechos antecedentes, estudiados de fondo por las instancias, ni tampoco insistir acerca de la situación jurídica en lo tocante a los contratos de mandato y de comodato, aspectos éstos a los cuales los falladores dedicaron importantes y eruditos estudios, ameritables en materia civil, pero en realidad no necesarios para enfocar la conducta criminal, cuyos soportes esenciales descansan en la actitud consciente de los procesados de obrar torcida y fraudulentamente, vale decir, a sabiendas de no ser lícita la operación, ni lícitos los fines perseguidos.

Así las cosas, las escrituras de venta a que se contraen los autos, contienen una falsedad documentaria, falsedad proveniente de la supuesta calidad que se atribuyó el vendedor, respaldada en otro documento con apariencia de verdadero, pero cuyos alcances jurídicos estaban extinguidos, para así consignar en esas escrituras, como hechos verdaderos, los que en realidad eran falsos.

Por lo que se refiere al delito de estafa, estima la Corte que su comprobación ob-

jetiva y subjetiva es plena, no habiendo incurrido, por tanto, las instancias en error que pueda dar pábulo a la causal segunda de casación por este particular planteamiento del acusador.

La estafa aquí es secuencia y parte, a la vez, de la compleja empresa criminal de los procesados, pues para lograr el fraude recurrieron a la falsedad (delito per se, lesivo de la fe pública, que no requiere resultado concreto o daño específico), lo que es, obviamente, la incorporación a la conducta del elemento más característico de la estafa, o sea, la maniobra engañosa o ardid, apto para consumar el fraude.

Acertadamente se ha dicho de la estafa que es el delito proteico por excelencia, como que, a la manera del camaleón, que cambia de colores, es conducta que suele asumir las más diversas formas, unas veces ostensibles y manifiestas, y otras, disimuladas, inaparentes o complejas, siendo respecto de éstas, en muchas ocasiones, difícil para el juez describir la naturaleza y modalidades de la maniobra engañosa empleada por el delincuente.

Precisamente, en el caso sub-judice, la estafa siguió un proceso de complicados aspectos, hasta el punto de que no hubo la inducción en error de las víctimas de la infracción (los señores Guzmán), sino que los procesados simplemente obraron contra la voluntad de aquéllas, pero contando con la aquiescencia y conocimiento de los compradores, que se prestaron a los negociados para así consumar, con apariencias de legalidad y de licitud, lo que solo era un fraude en perjuicio del patrimonio de los ofendidos.

Esta manera de realizar el delito no significa que los actos cumplidos hubieran dejado de contener los elementos característicos de que da cuenta el artículo 408 del C. P., porque la inducción en error no exige que se produzca en la persona a quien se defrauda, y, lógicamente, al resultado del provecho ilícito puede llegarse induciendo a terceros, ajenos al daño patrimonial, o recurriendo, como en el presente caso, al calificado medio de la falsedad.

La apreciación del demandante de que los vendedores no utilizaron ardid o treta y de que no fue el de ellos un "comportamiento artero, mañoso, astuto y sagaz" hace referencia al trato con los compradores, cuya buena fe está sub-judice y la que, necesariamente, no podría esgrimirse para dar por buena la conducta de los acusados o para derivarla al solo campo del derecho privado.

En resumen: Los medios probatorios apreciados por el **ad-quem** para deducir el cargo por estafa, fueron debidamente valorados y no hay fundamento para aceptar que se les atribuyó "un valor probatorio que no tienen", o se les negó "el que sí tienen", en lo que se refiere a los "elementos constitutivos del delito".

Cuárta

Tercer cargo

En éste, como lo observa el propio impugnador, los planteamientos son los mismos de los dos cargos anteriores, con la única diferencia de que se alude al error del Tribunal al no apreciar algunas pruebas, u omitir su estudio, no obstante que ellas "demuestran la licitud de la conducta de los acusados Mogrovejo y la buena fe con que procedieron en las acciones tachadas de delictuosas".

En este punto de la demanda se citan, como medios probatorios desatendidos por el Tribunal, el testimonio del doctor Murgueitio, los rendidos por el doctor Guillermo Guzmán Cabal y los señores Aniceto y María de Jesús Guzmán, los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, la escritura pública Nº 2478, amén de otros documentos repetidamente citados en esta providencia. Del contenido de ellos no se deduce lo que el actor quiere demostrar, es decir, que lo hecho por los procesados estuvo jurídicamente revestido de licitud, sin dolo penal alguno, pues tal conclusión solo se alcanzaría si a la luz del

derecho fuera cierto que Neftalí Mogrovejo era legítimo mandatario de los Guzmán Sánchez, al momento de las ventas, o que, habiendo dejado de serlo, ignorara la situación, para en este último supuesto, abonarle la buena fe que el demandante pregona.

Sus respetables opiniones sobre los contratos de que da cuenta el juicio, sus condiciones de validez, sus consecuencias jurídicas, formas de celebración y de revocación, esta Sala no las comparte y, por lo mismo, la argumentación de orden civil, enderezada a los efectos penales del proceso, "para el solo efecto de la represión", no modifica el criterio de haber sido acertada la solución del proceso por el Tribunal.

Quinta

Causal primera (Civil)

De acuerdo con la técnica del recurso extraordinario de casación, y, muy en particular, con las reglas contenidas en los artículos 556 a 567 del C. de P. P., en armonía con el 42 ibídem, no es pertinente y repugna, además, examinar una causal expresamente prevista por el legislador para los juicios de orden civil, como la primera señalada en el artículo 520 del Código Judicial, para atacar de fondo la resolución que ha definido la responsabilidad penal, pues la autorización contenida en el artículo 559 del C. de P. P., únicamente se refiere "a la indemnización de perjuicios" provenientes de un delito, cuando sobre el responsable ha recaído sentencia condenatoria, no para discutir los presupuestos de esa responsabilidad penal, sino la existencia misma de los perjuicios, que pudo no haberlos en una determinada infracción, o, para debatir el monto de ellos.

Consecuentemente, una causal civil de casación invocada para un fin vinculado a la responsabilidad y a la propia existencia del delito, no puede involucrarse dentro del trámite que es pertinente al recurso en materia criminal, para efectos distintos a los de que trata el citado artículo 559, así se pretenda una equivalencia y una concatenación con la causal segunda del artículo 567 del C. de P. P.

Lo anterior enseña que la Corte —Sala de Casación Penal— no puede ocuparse a fondo de la cuestión civil traída por el demandante al debate.

Sexta

Causal primera (Penal)

Siendo este motivo de impugnación "una consecuencia lógica y necesaria de la causal segunda", porque "ambos motivos de casación están íntimamente vinculados entre sí por un nexo de causa a efecto", según lo expresa el libelo, al no prosperar la causal segunda, tampoco puede prosperar la primera.

Cabe sí observar, para hacer alusión al compromiso penal de José Antonio Mogrovejo, que su participación en el delito, al ser impugnada a través de la causal primera, se hace bajo el supuesto de que los hechos juzgados no constituyeron delitos, y que, precisamente por esa razón se quebrantaron por el ad-quem los artículos 19 y 33 del Código Penal. Afirmado por la Corte que sí hubo infracciones criminales, no cabe la violación de esos preceptos en lo que toca a la conducta del copartícipe José Antonio Mogrovejo.

Séptima

Causal cuarta

Este motivo de casación, aducido como subsidiario por el demandante, está enderezado a demostrar la falta de competencia del sentenciador para ordenar la cancelación de los registros de las escrituras públicas de compraventa del inmueble, a que tantas veces se ha hecho alusión.

Se plantean por el señor apoderado dos nulidades, la primera referida en sus fundamentos de derecho al artículo 26 de la Constitución Nacional, y la segunda, al ordinal primero del artículo 198 del Código

de Procedimiento Penal. Se arguye, además, que se quebrantaron los artículos 21, 33 y 159 (regla 6ª), de este mismo estatuto, al pronunciarse el fallador sobre el referido asunto.

En realidad, el cargo se concreta a una cuestión de orden legal, como es la nulidad por incompetencia de jurisdicción, cuya base institucional necesariamente es la norma de la Carta a que alude la demanda, lo que significa que no es indispensable elaborar una tesis acerca de lo que la doctrina de la Corte ha sostenido en lo tocante a las llamadas **nulidades constitucionales** o **supralegales.**

Lo que se trata de saber es si lo dispuesto en el ordinal segundo (aparte A) de la sentencia recurrida conlleva una usurpación de jurisdicción de la justicia penal y, por lo mismo, se está ante la nulidad de que da cuenta el ordinal primero del artículo 198 del C. de P. P.; o si, por el contrario, esa decisión del ad-quem se ajusta a las disposiciones procesales que regulan la competencia.

En términos generales, la jurisdicción criminal se ejerce por los jueces y Tribunales que la ley determina, y esta órbita del ejercicio de una de las ramas del poder público es cuestión, como es claro, de **orden público**, lo que en el sentido propio entraña la obligatoriedad de las normas de competencia y la subordinación de los asociados a ellas, al mismo tiempo que la debida separación de materias para conformar jurisdicciones específicas (penal, civil, laboral, etc.).

Pero no es del todo absoluto que esta separación racional y técnica, en el sentido jurídico, inhiba de manera completa a la justicia criminal para adoptar en determinados casos, o mejor, en determinados procesos, resoluciones que en apariencia son del resorte de la jurisdicción civil.

El delito, salvo casos excepcionales, no únicamente entraña un daño que, por lo que trasciende al ordenamiento social, exige a su autor la responsabilidad penal, representada, precisamente, en la pena, sino que ocasiona un daño privado o particular, cuya reparación, así en muchas hipótesis se estime pública, es de orden civil porque llena la finalidad privada de indemnizar al ofendido o perjudicado con la infracción, o a sus herederos; o a restituir a los mismos las cosas o efectos que pudieron haber sido objeto de la conducta delictuosa.

En desarrollo de esas finalidades de la ley penal, las de procedimiento en la misma rama regulan como asuntos de mayor importancia lo relativo a la acción civil y lo concerniente a todas aquellas medidas cautelares que permitan asegurar los intereses de orden patrimonial, en defensa de la víctima del delito, cuando a ello, y según la naturaleza del reato, hay lugar.

En el Código de Procedimiento Penal Colombiano, al reglamentarse el mandato contenido en el artículo 92 de la ley sustantiva penal, si bien no es absoluto que la **acción civil** tenga todas las notas propias de la **acción penal**, tomada ésta en su acepción más corriente, lo cierto es que se inclina a la información de la Escuela Positiva, según la cual es la reparación civil del daño una parte de la sanción y "como una función social que el Estado debe cumplir en interés directo del perjudicado y en interés indirecto de la defensa social" (Estudios de Derecho Procesal Penal. Alfredo Vélez Mariconde).

Para llenar esa misión importante el Estado, como titular del derecho y de la acción penal, lógicamente quienes administran o imparten justicia en ese ramo, gozan por ministerio de normas de procedimiento, de poder decisorio, bien para definir de fondo relaciones jurídicas privadas o para adoptar resoluciones, provisionales o definitivas, garantes de los derechos del perjudicado.

Si es indudable, dentro de las instituciones jurídicas vigentes, que la jurisdicción

penal no tiene a su cargo dirimir asuntos litigiosos civiles, la afirmación tiene validez y sentido siempre y cuando no esté de por medio un interés superior o preponderante, como el que surge cuando determinados actos que ofrecen la apariencia de ser el resultado de una simple relación de derecho privado, en realidad han tenido su causa en un delito, porque entonces, ante esta hipótesis, se impone como regla prevaleciente el reconocimiento de un mayor ámbito de la jurisdicción penal, a efecto de que el derecho violado pueda ser restablecido eficaz y oportunamente, pues en situaciones de ataque por medio del delito al patrimonio de las personas sería irritante dejar en desamparo a la víctima con la sola contingente solución de trabarse en un juicio civil para su justa indemnización, como si el derecho penal, en su dinámica, no tuviera instrumentos sino para la sola represión mediante sanciones a sus infractores y le fuera indiferente el daño al agraviado, o extraño a su poder, lo que no es admisible, ni tampoco es cierto en la normación jurídico penal colombiana.

Para arrimar a la conclusión de que el Tribunal no sobrepasó su órbita jurisdiccional en la sentencia acusada, visto en concreto la parte de la resolución a que la demanda se contrae al señalar la causal cuarta de casación, se tiene:

a) Se acepta como verdad procesal que los acusados cometieron los delitos de falsedad en documentos y estafa, hechos que en su resultado final afectaron patrimonialmente a los señores Guzmán Sánchez, legítimos propietarios del inmueble de "Palo de Leche" y quienes en calidad de ofendidos han venido siendo representados en el proceso como parte civil en debida forma por su apoderado, doctor Luis Carlos Pérez.

b) Siendo los nombrados o quienes hoy tengan la calidad de perjudicados o herederos parte legítima en el proceso, los derechos que dimanan de la acción civil justifican la resolución del fallador en el punto que se discute, por razón de disposiciones propias de la ley penal.

En efecto, si para desatar la situación creada respecto al inmueble vendido ilícitamente por Neftalí Mogrovejo y procurar un amparo eficaz de los Guzmán Sánchez, el ad-quem interpretó, con respetables razones jurídicas, que los contratos no tuvieron existencia, sin así tener que hacer pronunciamiento sobre la nulidad de los actos, asunto extraño a su jurisdicción, la tesis de la inexistencia, dentro de los planteamientos del proceso criminal, no resulta descabellada ni significa una usurpación de jurisdicción, puesto que, si dichos actos integraron o hicieron parte del iter criminis, era de su facultad definir la cuestión, habida consideración de la ilicitud de los actos ejecutados, conforme al artículo 21 del C. de P. P.

c) Cuando el artículo 21 extiende a los jueces y Tribunales penales su competencia "a las cuestiones civiles y administrativas que surjan en el proceso penal", advirtiendo que "para el solo efecto de la represión", no debe perderse de vista que en muchos casos "tales cuestiones" pueden referirse "a hechos que sean elementos constitutivos de la infracción perseguida", y de no haber juicio civil, previo al delito mismo, la facultad o competencia de la jurisdicción penal no queda supeditada a ninguna resolución de la jurisdicción civil, ni podría quedarlo porque no hay prejudicialidad operante, para los fines restrictivos del nombrado artículo 21.

d) De otro lado, el artículo 22 ibídem impone al juez penal que "haya de decidir cuestiones civiles o administrativas" la obligación de calificar "las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación civil", con lo que está enseñando que no es tangencial, accidental o simplemente precaria la jurisdicción extensiva de la administración de justicia en lo criminal, y que las restricciones de orden prejudicial tienen por principal objeto salvar o evitar los conflictos entre dos o más jurisdicciones simultáneas sobre una misma cuestión, y, en consecuencia, impedir resoluciones que pudieran ser contradictorias en su fondo.

e) Cuando las investigaciones o los juicios penales se refieren a delitos que, por su naturaleza, por el fin perseguido o por, inclusive, los medios de comisión, han afectado el patrimonio de la víctima o de terceros, el Código de Procedimiento brinda a los dueños, poseedores o tenedores legítimos "de las cosas aprehendidas" una acción para "demandar su restitución ante el Juez", o "funcionario de instrucción", reiterada y aclarada en varias disposiciones (artículos 30, 703 y 704). Esa acción para quien tiene un título legítimo sobre determinados bienes no hay motivo para entenderla restringida a los bienes o cosas muebles, dado que el daño al patrimonio económico o el perjuicio en relación con este bien puede vincularse a otros bienes, como los inmuebles, que no podrían quedar por fuera de la protección de la ley y, más en concreto, fuera de la jurisdicción del Juez penal.

f) Es claro que, tratándose de contratos de compraventa de inmuebles, el registro de los instrumentos o escrituras significa, jurídicamente, la tradición y con ésta el título de posesión legítima. Al ordenarse por el Tribunal "la cancelación de los registros o inscripciones de las escrituras públicas" de que se ha venido tratando, esa decisión, de inmediato, restituye las cosas a su estado anterior a la venta, lo cual no significa que enerve una futura controversia, esa sí ante la jurisdicción civil, pero promovida por quienes se estimen afectados por la resolución penal, o mejor, por los actos que dieron origen a este proceso y en razón de los cuales se ha deducido la responsabilidad criminal de los Mogrovejo.

g) No es atiente, por lo últimamente expresado, la causal cuarta de casación.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito, y, ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

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

Ploquinto León L., Secretario.

COPARTICIPACION CRIMINAL. — PARA QUE EXISTA, ES NECESARIO QUE LAS DIFERENTES ACTIVIDADES ESTEN DETERMINADAS POR LA VOLUNTAD DE COOPERAR AL HECHO CONSTITUTIVO DEL DELITO. — ERROR MANIFIESTO EN LA INTERPRETACION DE LOS HECHOS.

Causales 2ª y 1ª de casación.

Para que exista coparticipación criminal es indispensable que la conducta de acción u omisión de los distintos socci sceleris, al parecer conectada material y moralmente, constituya un conjunto de fuerzas que se dirijan a un fin común, o unidad de intención criminal. Es necesario que las diferentes actividades estén determinadas por esa voluntad de cooperar al hecho constitutivo de delito.

"La complicidad...", observa el maestro Carrara..., "no puede resultar de una convergencia eventual de hecho sin positiva convergencia de voluntades", ("Teoría de la tentativa y de la complicidad...", Editorial "Góngora", Madrid, 1926, Pág. 200).

Cabe recordar que el delito exige una acción síquica que oriente y guíe una acción física. Por ello, la responsabilidad penal por el delito requiere que el agente sea culpable, esto es, imputable subjetivamente, bien a título de dolo (intención), ya con fundamento en un comportamiento negligente o imprudente (culpa).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero quince de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Enrique González Sánchez contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 24 de febrero de 1964, por la cual le fue impuesta, junto con el sindicado Santiago Lauro Schaffner, la pena principal de un año de prisión, por el delito de estafa.

Conoció en primera instancia el Juzgado 5º Penal del Circuito de Bogotá.

Hechos

El ad-quem hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Consta de autos que el 15 de mayo de 1962, en el periódico 'El Tiempo' de esta ciudad, apareció un aviso comercial en el que solicitaban socios capitalistas que aportaran la suma de $ 5.000.00 para la explotación de un negocio de finca raíz.

"En la fecha indicada y ante la halagadora oferta de ocupar, además, un cargo de gerente con asignación mensual hasta de $ 1.900, el señor Hernando Jiménez Fernández concurriró a la Cra. 9ª Nº 16-51, oficina 304, donde se puso en contacto directo con el ciudadano uruguayo, Santiago Lauro Schaffner, quien se decía organizador de la grande empresa comercial 'Hemisférica de Inversiones'. Convencido por Schaffner sobre el futuro próspero de su inversión, don Hernando Jiménez, luego de suscribir el correspondiente contrato, extendió a nombre de Schaffner un cheque por la

cantidad de $ 5.000.00, postdatado al 22 del mismo mes, mientras su compadre Isidro Gerena le entregaba un dinero que le tenía guardado.

"Vencida la fecha en que se debía efectuar el cobro del cheque girado por Jiménez, Schaffner obtuvo que éste lo llevara hasta donde su compadre Gerena, para que él respondiera por el compromiso adquirido. Así las cosas, como don Isidro tenía a don Hernando Jiménez la cantidad de cinco mil pesos, con el consentimiento de aquél giró de su cuenta personal dicha suma, pero esta vez Schaffner consiguió que el cheque se extendiera a nombre de Enrique González Sánchez, quien lo acompañaba en esos momentos.

"Más tarde y cuando se entró en sospecha de las actividades desarrolladas por Schaffner, los girantes de los cheques dieron las órdenes respectivas de no pago, frustrando de esa manera la obtención material del provecho ilícito.

"Debe agregarse que Enrique González Sánchez no devolvió el cheque que se le giró, y a su turno, Isidro Gerena se ha negado a entregar a Hernando Jiménez los $ 5.000.00 que le fueron dados a guardar.

"Por razón de los acontecimientos acabados de referir, fue indagatoriado Enrique González Sánchez, mientras que Santiago Lauro Schaffner fue emplazado y declarado reo ausente".

Fallo de segunda instancia

Al ocuparse el Tribunal Superior de Bogotá del examen de los elementos de juicio en que apoya la resolución condenatoria proferida en contra del recurrente González Sánchez, anota lo que pasa a transcribirse:

"10. Es otro hecho probado en el proceso que Enrique González Sánchez, plenamente identificado en los autos, fue un elemento cooperador de primer grado, que participó estrecha y valiosamente en el desarrollo de la conducta criminosa, asistiendo hasta última hora a la consumación del hecho, en las circunstancias ya dichas. Aunque ha negado sistemáticamente su participación y alega total desconocimiento de las actividades dolosas de Santiago Lauro Schaffner, para concluir que inocentemente concurrió a recibir el pago de una deuda ignorando los medios ilícitos empleados por Schaffner para satisfacer su cancelación. no por eso resalta su inocencia y su responsabilidad se deduce de los siguientes elementos indicadores:

"a) Sus actividades comerciales y comisorias no muy bien definidas, lo hacen instrumento propicio para empresas delictivas como la presente.

"b) Su amistad antigua y allegada con Rita de Torres y Amaury Guerrero resultó vehículo expedito para aproximarse a Santiago Lauro Schaffner, en momentos en que éste prospectaba la audaz empresa y requería la asesoría y ayuda de sujetos igualmente aptos para ella. A tal efecto, ya conectado por Rita de Torres y Amaury Guerrero con Schaffner, fue Enrique González Sánchez la persona que por cuenta de éste iniciara operaciones sobre cambio de dólares y suministrara con increíble amplitud e ilimitada confianza los dineros requeridos por el cerebro del ardid para montar eficazmente el escenario del engaño.

"c) Para el 28 de mayo de 1962, cuando Amaury Guerrero resolvió deshacerse de Schaffner, quizá porque el detectivismo de extranjería ya estaría rondando los pasos del uruguayo, y le pidió la entrega de la oficina 303, fue Enrique González Sánchez quien persistió en la compañía de Schaffner y le proporcionó los mil pesos para pagar por anticipado el alquiler de la nueva oficina en el sexto piso del mismo edificio, como al efecto le giró al arrendador o cedente del local, señor Hernando Alzate, un cheque por ese valor y para esos efectos, no sin antes haber intentado burlar los intereses de Alzate mediante el giro de un primer cheque girado a Schaffner y endosado por éste a Alzate, que no fue confirmado (Fl. 44). Y esto ocurría precisamente cuando ya había salido publicado en 'El Tiempo' el anuncio tramposo de Schaffner para atraer

a sus víctimas, pues debe recordarse que el 15 de mayo de 1962 Luis Hernando Jiménez F. suscribió con el extranjero el célebre convenio de asociación, precisamente porque en esa fecha se enteró del aviso de marras. Por eso es que Jiménez Fernández vio a González Sánchez varias veces en el despacho de Schaffner con anterioridad al 28 de mayo, precisamente cuando para esos días, el 23 de mayo, González giró un cheque por $ 1.000.00 para que Schaffner cancelara una deuda al Hotel San Francisco (Fl. 32).

"d) Pese a que los testimonios de Rita de Torres, Amaury Guerrero y Orlando Ariza se orientan a eludir su estrecha vinculación con Santiago Schaffner, cuando ya éste ha sido investigado por el 'DAS' y expulsado del país, y por consiguiente también pretenden desvincular a González de las actividades del extranjero, ya que fueron ellos quienes lo buscaron y conectaron con éste, salta a la vista que González continuó ligado a Schaffner con pleno conocimiento de causa. Porque dice Guerrero que el día en que Schaffner le desocupó la oficina 303 y se aprestaba a mudarse al sexto piso, llegó Enrique González y le comentó que sus préstamos a Schaffner alcanzaban ya la suma de cinco mil pesos. Si esto fuera cierto, es apenas lógico que Guerrero, una de las personas que habían intervenido para que González prestara dinero a Schaffner, tratara de advertir del peligro a su amigo y le ayudara a salvar las acreencias. Mas ya vimos cómo González antes bien giró el cheque del 29 de mayo para cancelar por anticipado el arrendamiento de la nueva oficina del sexto piso.

"e) En presencia de Enrique González Sánchez, el 28 de mayo llamó Santiago Schaffner a Hernando Jiménez y le exigió la cancelación del aporte pactado. Jiménez se trasladó con Schaffner y González a la oficina de su compadre Gerena para verificar la cancelación, y fue allí en donde González le pidió a Schaffner que le hiciera girar el cheque a su favor, como en efecto se hizo.

"f) La orden de no pago del cheque fue dada por Gerena después de que Hernando Jiménez y Enrique González habían rendido declaración en el 'DAS' sobre las investigaciones que adelantaban por las actividades de Schaffner, detenido a esa fecha. Allí se dieron cuenta de que los actos del extranjero no eran correctos. Pero ese hecho indica que quien verdaderamente ignoraba la patraña era Jiménez, quien de inmediato se preocupó y fue a rogarle a su amigo Gerena que bloqueara el pago del cheque en defensa de sus intereses. En cambio, Enrique González, después de rendir su declaración en el 'DAS', guardó absoluto silencio y en ningún momento intentó ir a devolver el cheque que bien sabía tenía un origen ilícito y que por tanto no debía hacer efectivo. Por el contrario, le manifestó a Jiménez que por ningún motivo devolvería ese cheque y que él nada tenía que ver con lo que hubiera hecho Schaffner.

"Sin ningún reato de conciencia, con la mayor mala fe, Enrique González ante la realidad de ver fracasada la empresa fraudulenta de Schaffner por intervención del detectivismo, solamente pensó en salvar la deuda que le tenía Schaffner, sin importarle que para ello se hiciera víctima a Jiménez y se cometiera un delito.

"Sin la pantalla de González, sin sus conocimientos y experiencias en el medio comercial, sin su dinero soltado libremente, verdaderamente que Santiago Schaffner no hubiera podido desenvolverse fácilmente en sus maniobras. De allí que esta cooperación de González se considere necesaria y lo haga copartícipe en la ejecución de los actos desarrollados para la consumación del delito, cuyo resultado definitivo se frustró por las conocidas circunstancias ajenas a la voluntad de ambos agentes"

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Invoca el doctor Agustín Gómez Prada, como personero del recurrente Enrique González Sánchez, las causales segunda y primera de casación, así:

a) Causal segunda

Afirma el demandante que el ad-quem incurrió en error manifiesto en la interpre-

tación de los hechos, pues les atribuyó un valor probatorio que no tienen, y, en cambio, les negó la fuerza demostrativa que ofrecen sobre la inocencia de su mandante.

Concreta, así, la acusación:

"Ahora, como error de hecho, nada más inexacto que lo que afirma el Tribunal, de que González fue un 'incondicional asesor', una 'pantalla' de Schaffner, que puso a su servicio sus conocimientos y experiencia, le soltó libremente su dinero y le ayudó a conseguir oficina. Eso es falso. ¿Dónde está la prueba? Lo que está demostrado es que le prestó dineros, que le adeuda y que hasta ahora tiene perdidos, puesto que los cinco mil pesos de marras, que le diera emprestados, no ha podido recuperarlos. González Sánchez, se repite una vez más, es o fue una víctima más del estafador internacional, del caballero de industria que una vez acusado se le puso de patitas fuera del país.

"También dice el Tribunal que González es culpable por haberle suministrado dineros a Schaffner para que pudiera cambiar de oficina, al salir o ser lanzado de la del doctor Amaury Guerrero. Nada más erróneo. El cheque de que habla el Tribunal fue girado por González a favor de Hernando Alzate, con fecha 20 de mayo de 1962 y fue cobrado por Alzate el día 30 (Fl. 32). Y se lo giró a Alzate (no a Schaffner) y no fue para ayudar al cambio de oficina de Schaffner, sino para reemplazarle el cheque BSI-360233, girado por Santiago Schaffner, por la suma de mil pesos, el día 25 de mayo de 1962 (Fl. 44) y que Schaffner le endosó a Alzate, según consta en el mismo instrumento, sin que nada tuviera que ver González.

"González no tuvo inconveniente en cambiarle el cheque a Schaffner, que el banco devolvió 'para confirmar' por parte de González, puesto que el día 29 de mayo ya había recibido González el cheque de cinco mil pesos de manos de Gerena. González no supo siquiera que el señor Schaffner estuviera cambiando de oficina hasta que apareció Schaffner en otro piso del mismo edificio. Y allí concurrió González a cumplirle la cita que aquél le había hecho para la devolución de los cinco mil pesos que le había prestado, y allí conoció a Jiménez, por presentación hecha por Schaffner y de ese lugar salieron los tres para donde el señor Gerena.

"No hay prueba alguna de que González le hubiera dado dineros a Schaffner para su cambio de oficina. Esta es una simple conjetura del Tribunal, sin apoyo en pruebas del proceso. Como todo lo que el Tribunal afirma en contra de Enrique González Sánchez: meras conjeturas, meras suposiciones, agudezas mentales maliciosas que a los juzgadores les parecen verdad, pero que la ley ordena no tener en cuenta, porque un indicio tiene que guardar relación con el hecho que se investiga y una declaración debe ser atendible.

"Lo único que está probado, con la plena prueba, es que Enrique González Sánchez ha perdido los dineros prestados a Schaffner: Todo por culpa de quien o quienes se lo recomendaron como persona de mucha 'potencia', de grandes negocios. Lo mismo que creyeron el doctor Amaury Guerrero, que le facilitó su oficina, y doña Rita de Torres, que le presentó el grande hombre de negocios y le insinuó que le diera prestados dineros, y el propio Hernando Jiménez. Jiménez y González sufrieron el mismo engaño, lo mismo que todos los que aparecen como **dramatis personae.**

"Estas pruebas llevan a dos conclusiones que excluyen toda responsabilidad:

"Primera, está probado con prueba plena que Schaffner le pidió y obtuvo dineros prestados de Enrique González Sánchez. La deuda está plenamente acreditada. Y probada la deuda, no es posible condenar a González Sánchez como cómplice necesario de Schaffner, como ya se dijo.

"Segunda, no hay prueba ninguna de que González Sánchez tuviera conocimiento de que Schaffner estuviera en actos preparatorios y ejecutivos de una estafa al señor Hernando Jiménez. ¿Qué prueba ese cono-

cimiento? ¿Los préstamos? No, en modo alguno puede concluirse en semejante adefesio, porque eso es forzar las normas de la lógica. ¿En qué momento supo González Sánchez que Schaffner era un estafador? Solamente cuando él mismo recibió un cheque que vino a resultar 'chimbo' de manos de Gerena, por orden de no pago de éste dada cuando se descubrió el truco o engaño de Schaffner. Los tres, Jiménez, Gerena y González supieron al tiempo que eran víctimas del extranjero timador.

"Ahora bien, sin conocimiento del dolo en las actividades del autor principal, a nadie puede considerársele como cómplice, ni mucho menos como cómplice necesario. 'La realidad indudable es —dice Ferri— que en el delito resultante de la coparticipación de varias personas existe una única acción compleja y colectiva, con diversas aportaciones personales más o menos importantes, pero todas concurrentes desde el punto de vista de la intención... a realizar aquella obra concreta criminosa que es el delito, tanto de los autores como de los cómplices' (Ferri, 'Principios...', Nº 90).

"De manera que González Sánchez, al prestarle dineros a Schaffner, lo hizo para que éste estafara a Jiménez? Ese razonamiento sería ridículo.

"Ahora, suponiendo que hubo concurso por medio de préstamos, lo que es exagerado, absurdo y se llega hasta el ridículo... ¿cómo sabía o podía saber González que Schaffner estaba en desarrollo de la mise en scene de la estafa a Jiménez? 'El concurso material al delito ajeno, por eficiente que sea, dice Carrara, no vuelve nunca partícipe del delito, si no hubo intención determinada a coadyuvarlo' (Programa... Nº 438). Aquí no aparece esa intención determinada, por parte de González, a coadyuvar a la estafa de Schaffner. Y como de acuerdo con el artículo 203 del C. de P. P. no se puede condenar a nadie sin que se pruebe de manera plena y completa la infracción y la responsabilidad, síguese que la sentencia recurrida debe invalidarse para en su lugar absolver al sindicado Enrique González Sánchez de los cargos que se le hicieron en el presente proceso".

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal comparte las consideraciones del demandante y afirma que "la sentencia del ad-quem carece de base firme. Se edifica...", agrega..., "sobre supuestos indicios que en realidad no tienen el carácter de circunstancias de hecho verdaderamente comprometedoras, pues que apenas constituyen conjeturas o suposiciones a las que ciertamente no es posible asignarles el carácter de prueba plena indiciaria. Y si ello no es dable, quiere decir que tiene toda la razón el actor al sostener que el fallo acusado viola el artículo 203 de C. de P. P. y viola, también, entre otras disposiciones legales, el artículo 19 del Código Penal. Demostrado como ha sido por el actor que la causal segunda de casación prospera, se impone, consecuencialmente, la invalidación del fallo impugnado".

b) Causal primera

Manifiesta el demandante que el Tribunal Superior de Bogotá aplicó indebidamente los preceptos que cita, pues ha debido absolver a González Sánchez. Añade que "para el caso improbable de que no prospere la causal segunda y solamente en este caso y en subsidio, invoco también la causal primera por errónea interpretación de la ley (Art. 19 del C. P.), y, consecuencialmente, indebida aplicación de la misma, puesto que las sanciones correspondientes al delito deben disminuirse a la mitad, según el artículo 20, que consagra esta disminución para el caso de complicidad accesoria, que sería, por hipótesis, lo único admisible, caso en que también cabe la condena condicional".

El señor Agente del Ministerio Público, al referirse a esta causal, expresa que "como es aducida en el escrito de demanda como subsidiaria o consecuencial de la segunda, es obvio, entonces, concluir que la violación de la ley sustantiva denunciada por el impugnador como resultado de la errada apreciación de la realidad probatoria, es cuestión también indiscutible por cierta.

"Así las cosas, el suscrito Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita muy comedidamente de la H. Corte se sirva CASAR el fallo recurrido, y, en su lugar proferir el absolutorio que deba reemplazarlo, al tenor de literal a) del artículo 570 del C. de P. P.".

La Sala considera

Ha demostrado el demandante, como lo estima el señor Agente del Ministerio Público, que el ad-quem incurrió en error manifiesto en la estimación de los elementos de juicio citados en la sentencia recurrida. Igualmente, desestimó las explicaciones que ofrece el acusado González Sánchez en su indagatoria sobre su conducta, pues si recibió el cheque girado por Gerena, por la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.00), ello se debió a que el procesado Santiago Lauro Schaffner le debía igual suma de dinero, como aparece acreditado con los testimonios de la señora Mary Rita Auerbach de Torres y del doctor Amaury Guerrero.

Y resulta tanto más protuberante el yerro en que incurre el fallador de segunda instancia, si se tiene en cuenta que en el mismo fallo impugnado se acepta, concretamente, que Schaffner sí le adeudaba a González Sánchez la referida suma de dinero, pues se dice en la sentencia que el recurrente "solamente pensó en salvar la deuda que le tenía Schaffner, sin importarle que para ello se hiciera víctima a Jiménez y se cometiera un delito".

Los supuestos indicios que cita el ad-quem no ofrecen la posibilidad de conformar una relación de causa a efecto entre la conducta del recurrente, de darle en préstamo dinero al sindicado Schaffner y recibir, luego, el pago de lo debido mediante el cheque girado por el señor Gerena, y la infundada coparticipación criminal que se le atribuye en el fallo acusado. Y tanto menos, se insiste, cuando es el mismo Isidro Gerena quien declara que Schaffner "le manifestó o le dijo al compadre Hernando Jiménez que le girara el cheque, no a él sino a González, que iba en compañía de ellos, porque Schaffner le debía los cinco mil pesos a González", cuestión ésta plenamente acreditada en el informativo, como que además de los testimonios de la señora Auerbach de Torres y del doctor Guerrero, se tiene la declaración de Luis Eduardo Salcedo y el informe rendido por el Banco Cafetero (Fl. 32), en el que están relacionados tres cheques girados por el recurrente, a favor de Santiago Schaffner, por un total de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) moneda legal.

De otra parte, no existe ningún elemento probatorio que permita afirmar que el sindicado Enrique González Sánchez se propuso, al dar en préstamo dineros al nombrado Schaffner, darle ayuda alguna para que llevara a cabo el delito de que hizo víctima al señor Hernando Jiménez Fernández. Al contrario: le hizo tales préstamos porque fue informado por personas que le merecían confianza sobre la honorabilidad y solvencia económica de Schaffner. Bien puede estimarse, como lo dice el personero del recurrente, que éste también fue víctima de los artificios engañosos de aquel.

Ahora bien:

Para que exista coparticipación criminal es indispensable que la conducta de acción u omisión de los distintos socci sceleris, al aparecer conectada material y moralmente, constituya un conjunto de fuerzas que se dirijan a un fin común, o unidad de intención criminal. Es necesario que las diferentes actividades estén determinadas por esa voluntad de cooperar al hecho constitutivo de delito.

"La complicidad...", observa el maestro Carrara..., "no puede resultar de una convergencia eventual de hechos sin positiva convergencia de voluntades", ("Teoría de la tentativa y de la complicidad...", Editorial "Góngora", Madrid, 1926, P. 200).

Cabe recordar que el delito exige una acción síquica que oriente y guíe una acción física. Por ello, la responsabilidad penal por el delito requiere que el agente sea culpable, esto es, imputable subjetivamente, bien a título de dolo (intención), ya con fundamento en un comportamiento negligente o imprudente (culpa).

En este proceso, se repite, no aparece elemento de juicio alguno que permita aseverar que González Sánchez, al dar en préstamo algunas sumas de dinero a Santiago Lauro Schaffner, se propusiera ayudarlo en el cumplimiento del delito de estafa de que hizo éste víctima al señor Hernando Jiménez.

Prospera, pues, la causal segunda de casación. Y como la primera fue aducida como consecuente de aquélla, también resulta pertinente.

Corresponde, por tanto, invalidar el fallo acusado, a fin de absolver al recurrente González Sánchez, pues no se cuenta con el acervo probatorio que señala el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

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 1º Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se ha hecho mérito, en cuanto condena al recurrente Enrique González Sánchez a la pena de un año de prisión, como responsable del delito de estafa, y en su lugar lo ABSUELVE de los cargos que le fueron formulados.

En lo demás, rige la sentencia acusada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Pioquinto León, Secretario

RECURSO DE REVISION. — LA INCORPORACION ILEGAL EN LAS FILAS DEL EJERCITO ES CAUSAL ESPECIFICA DE NO RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE DESERCION

Interpretación del Art. 162 del C. de J. P. M. — Prosperidad de las causales 3ª y 5ª del Art. 571 del C. de P. P

Todo delito implica que el comportamiento de acción u omisión sea típicamente antijurídico y culpable. Y la conducta que se opone a lo ilegal no puede ser origen de sanciones penales, pues no cabe ser calificada de antijurídica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero diecinueve de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez)

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de revisión propuesto en relación con el proceso penal militar adelantado contra el soldado Carlos Eduardo Gutiérrez Guzmán, quien fuera condenado a la pena de ocho meses de arresto por el delito de deserción.

Conoció en primera instancia el Comando de la Escuela de Sanidad Militar, con sede en Bogotá y en segunda el Tribunal Superior Militar.

Hechos

El procesado Gutiérrez Guzmán fue incorporado al ejército, con destino a la "Compañía A. de la Escuela de Sanidad Militar".

El día cuatro de abril de mil novecientos sesenta y dos obtuvo un permiso para retirarse del cuartel, habiendo incurrido en un retardo de siete días.

Expresó el sindicado que el motivo que lo llevó a desertar fue el trato injurioso que recibió de uno de sus superiores.

Existe prueba de que su comportamiento en filas fue intachable.

Demanda de revisión y respuesta del Ministerio Público

Invoca el doctor Guillermo Mesa Prieto, personero de Carlos Eduardo Gutiérrez Guzmán, las causales de revisión previstas en los numerales 3º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Fundamenta la acusación, así:

"Carlos E. Gutiérrez Guzmán nació el día 14 de diciembre de 1943; de suerte que cuando se le dio de alta como soldado en el Ejército, el 26 de octubre de 1961, no había cumplido los dieciocho años de edad; en tales condiciones, por incapacidad manifiesta, no podía cometer el delito de deserción, estando por tanto eximido de responsabilidad según mandato del artículo 162 del Código de Justicia Penal Militar.

"Carlos Eduardo es hijo varón único; su padre murió hace quince años; trabajaba, cuando fue reclutado, en la casa comercial 'Fano' y con la remuneración que recibía asistía a su señora madre en su manutención y costeaba los gastos de educación de su única hermanita menor, seres éstos que

ahora se encuentran en desamparo, pues la madre está en incapacidad para trabajar, según certificado médico (verlo al Fl. 9 del cuaderno de la Corte).

"Lo anterior está indicando que Carlos Eduardo Gutiérrez Guzmán está dentro de las circunstancias previstas en las letras b, c y h de la Ley 1ª de 1945, que exime de la prestación del servicio militar obligatorio a las personas que se hallen dentro de estas causales...".

Anota el actor que los fallos condenatorios de primera y de segunda instancia se basaron en documentos falsos, como que la tarjeta de inscripción en el servicio militar le señala a su mandante como año de su nacimiento el de 1941, siendo el año de 1943, según la correspondiente acta de bautismo.

La Procuraduría delegada para las Fuerzas Militares estima que la revisión del proceso de que se ha hecho referencia corresponde ser ordenada por las razones siguientes:

"Se han aportado al informatorio de la Corte los testimonios de los señores Antonio José Gutiérrez y Gilberto Daniel Guerrero, quienes manifiestan bajo juramento que conocen a la Sra. Teresa Guzmán vda. de Gutiérrez, con quien han mantenido alguna amistad y por lo cual están en capacidad de demostrar que es viuda del señor Marco Tulio Gutiérrez, fallecido hace quince años y quien dejó 2 hijos de nombres Carlos Eduardo y María Teresa Gutiérrez y agregan que les consta que el varón como hijo único del matrimonio Gutiérrez-Guzmán sostenía a la señora madre viuda y costeaba la educación de su hermanita (folios 24 y 25).

"Al folio 6º —Cuaderno de la Corte— aparece la copia de la partida de nacimiento de Carlos Eduardo Gutiérrez Guzmán, que en verdad indica que el día 14 del mes de diciembre de 1943 nació en Bogotá.

"De manera, que tanto la prueba testimonial como la documental, traídas al proceso, constituyen hechos nuevos, no conocidos al tiempo de los debates, que establecen la inocencia o irresponsabilidad del condenado Gutiérrez Guzmán por haber sido incorporado ilegalmente como soldado en el Ejército.

"La Ley 1ª de 1945 en su artículo 21 expresa:

"Están exentos del servicio personal bajo banderas en tiempo de paz, con la obligación de inscribirse y pagar la cuota de compensación militar:

"a) ......"
"b) El hijo de viuda, que observe buena conducta y que atienda a sus necesidades si ésta carece de medios de subsistencia;

"c) El huérfano de padre que atienda con su trabajo a la subssistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento;

"d) ....."
"e) ....."
"f) ....."
"g) ....."

"h) El hijo único huérfano de padre con hermanas solteras que observen buena conducta o hermanas menores a quienes sostenga por no tener ellos peculio propio.

"El Decreto 1393 de 1956, reformatorio de la Ley 1ª de 1945 en su artículo 1º expresa:

"El artículo 3º de la Ley 1ª de 1945, quedará así: Todo varón colombiano cuya edad se halle comprendida entre los 18 y los 50 años está obligado a prestar el servicio militar en el Ejército, así:

"1º Como Soldado en el Ejército de Primera línea:

"a) Bajo banderas, de doce (12) a veinticuatro (24) meses, por voluntad del Gobierno cumplidos los diez y ocho (18) años de edad.

"Es evidente, que Carlos Eduardo Gutiérrez Guzmán fue dado de alta en el Ejército cuando aún no había cumplido la edad requerida por la Ley para la prestación de su servicio militar. Igualmente es cierto que Carlos Eduardo era hijo único huérfano de padre, que velaba por la subsistencia de su señora ma-

dre y por la educación de su hermana María Teresa.

"Con lo anteriormente expuesto se viene a demostrar que Carlos Eduardo Gutiérrez Guzmán fue ilegalmente incorporado en las filas del Ejército.

"Ilegalidad que es causal específica de no responsabilidad en el delito de deserción según lo establecido por el artículo 162 del Código de Justicia Penal Militar y por lo mismo las causales 3ª y 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, invocadas por el recurrente, están llamadas a prosperar".

La Sala Considera

Es evidente que el procesado Carlos Eduardo Gutiérrez Guzmán, ya por razón de su edad —inferior a dieciocho años—, como por su condición de hijo varón único, huérfano de padre, que observaba buena conducta y atendía con su trabajo a la subsistencia de su señora madre y de su hermana María Teresa Gutiérrez Guzmán, quienes carecían y carecen de medios económicos para sufragar sus necesidades, estaba excluído de la obligación de prestar el servicio militar, de acuerdo con los preceptos que señala el señor Agente del Ministerio Público.

En estas circunstancias, por haber sido ilegalmente incorporado a las Fuerzas Militares, no cabe configurar el delito de deserción por el cual fue condenado.

Así se desprende del artículo 162 del Código de Justicia Penal Militar, en el cual se dice que "no son responsables de deserción los que hayan sido incorporados ilegalmente".

Ello es lógico, pues todo delito implica que el comportamiento de acción u omisión sea típicamente antijurídico y culpable. Y la conducta que se opone a lo ilegal no puede ser origen de sanciones penales, pues no cabe ser calificada de antijurídica.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que se estime pertinente la revisión del proceso aludido. El demandante comprobó la existencia de las causales previstas en los ordinales 3º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, como lo observa el señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares.

Ahora bien:

No procede ordenar que el soldado Gutiérrez Guzmán deje de estar vinculado a las Fuerzas Militares, pues, como es obvio, lo que se ordena es la revisión del proceso y ello es diferente a una supuesta revocatoria de las sentencias de primera y segunda instancia, en las cuales se resuelve que "una vez que termine de pagar la pena que en estas providencias se le impone, continuará prestando su servicio militar obligatorio por el tiempo que le falte para completarlo". Esto es materia del nuevo juzgamiento que debe llevarse a cabo en virtud de la revisión del proceso.

Lo que sí puede disponer la Sala, de conformidad con el artículo 575 del Código de Procedimiento Penal, es la libertad provisional del condenado, si estuviere detenido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, ORDENA LA REVISION del proceso de que se ha hecho mérito y dispone: 1º) Enviar el negocio a la Brigada de Institutos Militares, con sede en Bogotá, para que adelante la revisión ordenada; y, 2º) Ordena la libertad provisional del procesado Carlos Eduardo Gutiérrez Guzmán, si estuviere detenido y con este fin, envíese copia de este fallo al Comandante del Grupo Militar de Melgar (Tolima), sin caución alguna.

Cópiese, notifíquese y envíese el proceso a la Brigada de Institutos Militares, con sede en Bogotá.

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

Pioquinto León, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMICIDIO COMETIDO EN ESTADO DE EMBRIAGUEZ

Acusación por no haberse observado en el juzgamiento la plenitud de las formas propias del juicio penal. Estados patológicos previstos en el artículo 29 del C. P. La disposición del artículo 374 del C. de P. P. es una obligación facultativa para el funcionario de instrucción criminal. No es lo mismo la embriaguez aguda, accidental o involuntaria, que la intoxicación crónica producida por el alcohol. Distinción que de estos dos estados hace la legislación colombiana. Responsabilidad penal. Tratamientos diversos para los casos contemplados en los Arts. 28, 29 y 30 del C. P. Los casos de excepción a que se refiere el artículo 11 ibidem. Dosimetría penal. Factores, motivos de agravación y atenuación del hecho delictuoso. Causales 4ª, 2ª y 1ª de casación.

1. La Corte ha admitido que cuando se priva al procesado del derecho de defensa en virtud de violaciones de orden procesal, o cuando se desampara a la sociedad, por iguales razones, se está frente a una nulidad supralegal o de carácter constitucional.

2. El delito de homicidio de que se trata aquí fue cometido por el reo en estado de embriaguez aguda, voluntaria o accidental. De allí deduce el demandante que el incriminado, para efecto de la sanción, debió ser situado dentro de la previsión del artículo 29 del C. P., lo que no se hizo, por no haberse dado aplicación a lo dispuesto en el artículo 374 del C. de P. P.

La disposición que se acaba de citar establece, ciertamente, una obligación condicionada o facultativa para el funcionario instructor: ordenar la observación del sindicado, cuando "descubriere indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa...".

No encontró el funcionario en este proceso, ni dedujo de su personal observación del sindicado, que se estuviera frente a un anómalo psíquico o a un alcohólico crónico, y por ello no dispuso su examen por facultativos, el que, de otra parte, no fue solicitado por los interesados en demostrar tal situación.

Lo anterior está indicando que no se ha violado, en manera alguna, lo preceptuado en el artículo 374 del C. de P. P., y conviene recordar que no es lo mismo la embriaguez aguda, accidental o involuntaria que la intoxicación crónica producida por el alcohol. La primera es un estado pasajero, que da lugar a una perturbación intelectual transitoria. La segunda, en cambio, es un estado patológico crónico, producido en quien ha adquirido el hábito de ingerir bebidas embriagantes.

La legislación penal colombiana distingue exactamente los dos estados que se acaban de señalar: en el artículo 29 del C. P. se refiere a los intoxicados crónicos por el alcohol o cualquier otra sustancia venenosa, esto es, a quien se encuentra en ese estado patológico crónico, y en el artículo 38, numeral 5º, a quien se ha embriagado voluntariamente, sin intención delictuosa y cuando no ha podido prever las consecuencias delictivas que de su embriaguez se de-

riven. La primera situación implica para el agente del delito la aplicación de medidas de seguridad, la segunda apareja al mismo una circunstancia de menor peligrosidad. Si, en cambio, el autor del delito se ha embriagado para cometer una determinada infracción penal, su caso caerá ya dentro de otras previsiones legales.

3. Conviene advertir que la legislación penal colombiana hace responsable a "todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal, salvo los casos expresamente exceptuados" en el Código Penal vigente.

No son esos casos "expresamente exceptuados" los contemplados en los artículos 28, 29 y 30 del Código Penal. El primero se refiere a la llamada "excusa de provocación" y opera a manera de una diminuente, como que en los estados de ira o de intenso dolor provocados grave e injustamente, disminuye la imputabilidad del acto. El segundo hace relación a los enajenados mentales, a los intoxicados crónicos y a quienes sufren de graves anomalías psíquicas, para los cuales se han establecido específicas medidas de seguridad. Y el tercero trata de los menores de edad, los cuales estarán sometidos a las disposiciones de la Ley 83 de 1946 y en cuanto, en lo pertinente, ha establecido el Decreto 1818 de 1964.

Lo anterior está indicando que no se trata en los artículos 28, 29 y 30 del C. P. de casos de excepción de la responsabilidad, sino de tratamientos diversos a quienes, dentro de tales previsiones, cometan el delito.

Los casos de excepción, son, pues, los previstos en los artículos 23 y 25 del Código Penal en forma general, y otros, quizás, según se interprete, señalados especialmente en el Libro 2º del mismo estatuto.

4. Ha dicho la Sala que el legislador dio al Juez arbitrio relativo para la aplicación de la pena, en el artículo 36 del estatuto punitivo, al expresar que "dentro de los límites señalados por la Ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente". Y en el artículo 39 de la misma obra se indicó que "solo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad".

No se trata, por tanto, de valorar, única y exclusivamente, para la dosimetría penal, circunstancias de mayor y de menor peligrosidad pues que el juzgador deberá examinar también "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes" del mismo y "la personalidad del agente". Conocidos los anteriores factores, y además los motivos de agravación y atenuación del hecho, el Juez dirá, en definitiva, cuál es la pena que, en su concepto, merece el delincuente, para corregirlo, enmendarlo, cohibirlo, para restablecer o restituir el derecho, imponer la paz y defender así a la sociedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos

Mediante sentencia de 1º de julio de 1964, el Tribunal Superior de Ibagué condenó a Eutimio Malagón Fajardo a la pena principal de diez (10) años de presidio y accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio, confirmando así la proferida por el Juzgado Sexto Superior del mismo Distrito, el 10 de marzo del mismo año.

Contra la referida sentencia del Tribunal, recurrió en casación el procesado y, mediante apoderado especial, sustentó el recurso. Es el momento de decidir sobre el mismo, pues se han cumplido los trámites legales.

Hechos

Han sido relacionados así los hechos de que da cuenta este proceso:

"...a eso de las seis y media de la mañana del 1º de enero de 1961, en la tienda de propiedad del señor Martín Alemán, situada en la calle 24 Nº 1-92 de esta ciudad (Ibagué), se encontraban ingiriendo cerveza los agentes de policía Eutimio Malagón Fajardo y Filemón Arias Hoyos, lo mismo que el civil Jaime Amaya quien había sido invitado momentos antes por los policías. El agente Malagón Fajardo, al calor de la bebida, resolvió emprenderlas contra Jaime Amaya a quien insultó y calificó de chusmero, amenazándolo al mismo tiempo con su revólver de dotación oficial. Dicha actitud movió al agente Arias Hoyos a llamarle la atención a su compañero, provocando con esto la reacción inmediata de Malagón, quien lo insultó y después de un forcejeo, cambiaron sus revólveres, lo que determinó que Jaime Amaya se retirara de la tienda. Pero imprudentemente, el citado Amaya regresó de nuevo al establecimiento acompañado de su padre, quien había sido avisado del peligro que corría su hijo, y fue entonces cuando el agente Malagón disparó el revólver que portaba sobre la cabeza de Jaime, quien cayó al suelo mortalmente herido".

Demanda de casación

En representación del procesado Malagón Fajardo, presentó demanda de casación el doctor Carlos E. Camacho E. En ella hace un relato sucinto de los hechos que dieron origen a la investigación; detalla la formación del sumario y la etapa del juicio e invoca como causales, para solicitar la invalidación de la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en su orden, la 4ª, la 2ª y la 1ª de las señaladas en el artículo 567 del C. de P. P.

Con relación a la primera causal invocada (4ª del artículo 567 C. de P. P.), afirma el demandante que dentro de los autos se halla demostrada "superabundantemente" la circunstancia que excluye de responsabilidad, consagrada en el artículo 29 del C. P. " a pesar de ello, dicha modalidad no fue reconocida por los instructores y juzgadores".

Analiza luego el recurrente diversas piezas del proceso, en orden a demostrar que por los antecedentes personales del procesado y su inclinación por las bebidas alcohólicas, se está en presencia de "un caso de embriaguez patológica en un individuo tarado", a quien ha debido hacérsele un detenido examen para establecer hasta qué punto el uso de tales bebidas se manifiesta en su organismo, "porque en los individuos enfermos o tarados por el ancestro patológico, tal uso de estas bebidas se manifiesta en toda su brutalidad, les resta fuerza a los frenos inhibitorios de la personalidad humana y automáticamente son conducidos al delito en forma completamente alejada del mundo circundante".

Luego de extensa cita del "Tratado de Medicina Legal y Siquiatría Forense" del profesor Uribe Cualla y de algunas sentencias de la Corte, el demandante resume así esta primera causal alegada:

"Acuso la sentencia del H. Tribunal Superior de Ibagué, que es motivo de la presente demanda, con motivo en que en dicho fallo se le impuso al procesado recurrente, la pena de diez años de presidio, sin tener en cuenta las pruebas que tendían a favorecerlo para que su negocio se tramitara por la cuerda de un procedimiento más favorable a su situación jurídica. La prueba que hubiera sido necesaria para este fin fue la omisión de la práctica de un examen somático y psiquiátrico del procesado recurrente, para dejar plenamente establecido que en el momento de la comisión del delito, padecía de una intoxicación crónica producida por el alcohol. Considero que se ha operado la nulidad prevista por el artículo 26 de la Constitución Nacional que consiste en que no se observaron en el juzgamiento de dicho procesado, la plenitud de las formas propias del juicio penal, entre las cuales se cuentan los exámenes del inculpado, a pesar de existir evidentes demostraciones de que éste en el momento de la comisión del delito, padecía de intoxicación crónica producida por el alcohol. No se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 374 del C. de P. P. Se olvidó aplicar la norma procesal consagrada en el ar-

tículo 294 del C. de P. P. en armonía con lo previsto en el artículo 295 de la misma obra".

Solicita, en consecuencia, que se proceda de conformidad con lo previsto en el artículo 570 del C. de P. P.

Impugna el recurrente el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, con base en la causal 2ª de casación, afirmando que hubo una valoración equivocada de las circunstancias de mayor peligrosidad para elevar la pena a diez años de presidio, "cuando lo pertinente ha debido ser la pena de ocho años de presidio", ya que el veredicto del Jurado fue afirmativo de la responsabilidad dentro de la modalidad de homicidio voluntario.

Con relación a las causas de mayor peligrosidad, la demanda expresa:

"El expediente prueba que el joven Amaya Jaime, pudo haber evitado la muerte, si no comete la imprudencia de volver al lugar donde estaban los agentes de policía completamente embriagados. Fue una gran imprudencia regresar a dicho sitio donde encontró la muerte, la que hubiera evitado, si se queda en la casa. Con su conducta imprudente, facilitó la consumación del delito, razón por la cual no se está ante la circunstancia prevista en el numeral antes citado (6º del artículo 37 del C. P.), pues ninguna de las circunstancias allí previstas, se configuran para tomar esta circunstancia como de mayor peligrosidad. Eutimio Malagón no dificultó la defensa del señor Jaime Amaya, pues fue éste el que con su imprudencia dio motivo a la tragedia. El procesado no demostró insensibilidad moral, por cuanto que con motivo de las alteraciones fisiológicas que sufría su organismo con motivo de la embriaguez que padecía, no le permitían exteriorizar con intención criminosa especial la insensibilidad moral de que habla la norma antes citada".

Afirma el recurrente que la circunstancia consagrada en el numeral 3º del artículo 37 del C. Penal tampoco tiene existencia en el proceso, por cuanto que el "embotamiento" que padecía el acusado al momento del delito "no le permitían valorar la calidad de los motivos que lo inducían a darle muerte (a Jaime Amaya), pues la comisión de tal delito fue un producto del profundo descontrol de sus fuerzas anímicas" que padece el procesado cuando se embriaga, lo que "no le permite distinguir lo bueno de lo malo, y en la ejecución de sus acciones obra como un autómata, sin la capacidad de entender y de querer".

Rechaza, igualmente, la demanda, la incidencia del numeral 4º del artículo 37 del C. P. en los hechos protagonizados por Malagón Fajardo, sobre la base de que éste, al momento de la comisión del delito, "no obraba como agente de la autoridad, sino como simple particular" y que por el solo hecho de ser agente de la policía, "no se le puede imputar una circunstancia agravante para elevar la pena impuesta, puesto que dicho agente había dejado de prestar el servicio".

Por las razones antes expuestas, el recurrente considera que el Tribunal sentenciador, dejó de aplicar en favor de su defendido, la circunsancia de menor peligrosidad consagrada en el numeral 12 del artículo 38 del C. P. "por cuanto que olvidó reconocerle las condiciones de inferioridad psíquica bajo cuyo influjo obró el procesado en la comisión del hecho antijurídico...".

Al invocar esta causal 2ª de casación como subsidiaria de la 4ª, el demandante pide a la Corte que dicte el fallo que deba reemplazar al invalidado.

Para fundamentar la causal 1ª de casación, invocada en tercer término, el recurrente alega que "la sentencia recurrida deberá invalidarse por la indebida aplicación de las normas sustantivas aplicadas por el H. Tribunal sentenciador en la sentencia acusada", las que fueron señaladas dentro del marco de la causal segunda invocada. Solicita, en consecuencia, que se dicte el fallo que deba reemplazarla.

Concepto del señor Procurador

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, examina los cargos formulados en la demanda y las razones que lo asisten para rechazarlos. Sobre la causal 4ª de casación alegada, dice:

"Al llegar el sumario al estado de perfeccionamiento que permitiera la calificación de su mérito el funcionario competente, obviamente, no halló fundamento para dar cabida al artículo 29 del C. P. Los estados patológicos en él previstos no habían sido materia ni siquiera de simple alegación por parte del interesado, ni mucho menos, aparecían evidenciados con la prueba científica de la observación clínica que hicieran los médicos legistas sobre el proceso, ni aparecían pruebas, datos o antecedentes que permitieran concluir que Malagón Fajardo, en el momento de la realización del hecho, se encontraba en estado de intoxicación crónica, enajenación mental o grave anomalía".

"...El hecho de que la conducta de Malagón Fajardo con anterioridad a los sucesos hubiera obligado a sus superiores a la imposicion de sanciones, por motivo de los desmanes que cometiera en estado de embriaguez aguda o transitoria, no da pie para estimar que se trataba de una personalidad psicopática, con antecedentes patológicos acreedora a ser sometida al examen de los científicos que aconseja el artículo 374 del C. de P. P.

"Debe además, recordarse, que este artículo contiene —como lo ha dicho la Corte— una 'obligación facultativa' para el funcionario de instrucción que le impone someter al procesado a la observación de los médicos siempre que éste funcionario 'descubriere en el procesado indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa...' como reza textualmente la norma aludida. Pero en el caso de autos es indudable que el funcionario de instrucción no descubrió tales indicios; en consecuencia, no estaba obligado perentoriamente por la ley procesal penal, como lo supone el impugnador, a ordenar que se efectuara sobre Malagón Fajardo un examen psiquiátrico".

Con respecto a la causal segunda de casación, el señor Agente del Ministerio Público, afirma:

"Las circunstancias consignadas en los numerales 3º y 4º del artículo 37 del C. P., en criterio de este Despacho, fueron discernidas con toda propiedad jurídica para la dosificación de la pena imponible a Eutimio Malagón Fajardo. Cabe decir al efecto, que el fenómeno de la embriaguez aguda dentro del cual obró el procesado al ultimar a Jaime Amaya, fue tenido en cuenta, en su momento, como demostrativo de menor peligrosidad y atenuativo de la responsabilidad, dentro del cuerpo de la sentencia que se pretende impugnar. En referencia al numeral 4º juzga este Ministerio Público que es bastante peregrina la razón esgrimida por el opositor en el sentido de que no estando Malagón Fajardo en actos de servicio en el momento en que produjera la muerte violenta a Amaya, mal podía tener en consideración su condición de agente de la Policía para hacerle más gravosa la sanción. Ello no es así: Malagón Fajardo durante toda la noche anterior a los hechos, y en la mañana del mismo día, permaneció portando las prendas e indumentarias distintivas de su función; el revólver con el cual disparó 1 occiso Amaya era de dotación oficial. Por el mero hecho de no estar prestando funciones de vigilancia o de la incumbencia de su cargo, no se le puede exonerar de que dada su condición de representante de la autoridad, existía en él la obligación de observar determinado tipo de conducta para con los asociados".

Los anteriores razonamientos llevan al señor Procurador a solicitar de la Corte que no case la sentencia materia del recurso.

Considera la Corte

Causal cuarta. Como se indicó atrás, el demandante alega contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibague, en primer término, la causal cuarta de casación, por cuan-

to "superabundantemente se encuentra demostrada dentro del informativo la circunstancia excluyente de responsabilidad consagrada en el artículo 29 del C. P., y a pesar de ello, dicha modalidad no fue reconocida por los instructores y juzgadores". De donde deduce que se ha producido una nulidad de carácter substancial, por violación manifiesta del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Se responde:

1º La Corte ha admitido que cuando se priva al procesado del derecho de defensa, en virtud de violaciones de orden procesal, o cuando se desampara a la sociedad, por iguales razones, se está frente a una nulidad supralegal o de carácter constitucional.

2º El delito de homicidio de que se trata aquí fue cometido por Eutimio Malagón Fajardo, en estado de embriaguez aguda, voluntaria o accidental. De allí deduce el demandante que el incriminado, para efecto de la sanción debió ser situado dentro de la previsión del artículo 29 del C. P., lo que no se hizo, por no haberse dado aplicación a lo dispuesto en el artículo 374 del C. de P. P.

3º La disposición que se acaba de citar establece, ciertamente, una obligación condicionada o facultativa para el funcionario instructor: ordenar la observación del sindicado, cuando "descubriere indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa...".

No encontró el funcionario en este proceso, ni dedujo de su personal observación del sindicado, que se estuviera frente a un anómalo síquico o a un alcohólico crónico, y por ello no dispuso su examen por facultativos, el que, de otra parte, no fue solicitado por los interesados en demostrar tal situación.

4º Lo anterior está indicando que no se ha violado, en manera alguna, lo preceptuado en el artículo 374 del C. de P. P. Y conviene recordar que 'no es lo mismo la embriaguez aguda, accidental o involuntaria, que la intoxicación crónica producida por el alcohol'. La primera es un estado pasajero, que da lugar a una perturbación intelectual transitoria. La segunda, en cambio, es un estado patológico crónico, producido en quien ha adquirido el hábito de ingerir bebidas embriagantes.

La situación pintada con vivos colores por el demandante viene a demostrar, para efectos de la represión, que Malagón Fajardo es sujeto de extrema peligrosidad social, cuando se embriaga en la forma en que lo hizo el primero de enero de 1961, día en el cual, por motivos insignificantes, dio muerte a Jaime Amaya.

5º La legislación penal colombiana distingue exactamente los dos estados que se acaban de señalar: en el artículo 29 del C. P., se refiere a los intoxicados crónicos por el alcohol o cualquier otra sustancia venenosa, ésto es, a quien se encuentra en ese estado patológico crónico, y en el artículo 38, numeral 5º a quien se ha embriagado voluntariamente, sin intención delictuosa y cuando no ha podido prever las consecuencias delictivas que de su embriaguez se deriven. La primera situación implica para el agente del delito la aplicación de medidas de seguridad, la segunda apareja al mismo una circunstancia de menor peligrosidad. Si, en cambio, el autor del delito se ha embriagado para cometer una determinada infracción penal, su caso caerá ya dentro de otras previsiones legales.

6º Conviene, finalmente, advertir que la legislación penal colombiana hace responsable a "todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal, salvo los casos expresamente exceptuados" en el Código Penal vigente.

No son esos casos "expresamente exceptuados" los contemplados en los artículos 28, 29 y 30 del Código Penal. El primero se refiere a la llamada "excusa de provocación" y opera a manera de una diminuente, como que en los estados de ira o de intenso dolor provocados grave e injusamente, disminuye la imputabilidad del acto. El segundo hace relación a los enajenados men-

tales, a los intoxicados crónicos y a quienes sufren de graves anomalías psíquicas, para los cuales se han establecido específicas medidas de seguridad. Y el tercero trata de los menores de edad, los cuales estarán sometidos a las disposiciones de la Ley 83 de 1946 y a cuanto, en lo pertinente, ha establecido el Decreto 1818 de 1964.

Lo anterior está indicando que no se trata en los artículos 28, 29 y 30 del C. P. de casos de excepción de la responsabilidad, sino de tratamientos diversos a quienes, dentro de tales previsiones, cometan el delito.

7º Los casos de excepción son, pues, los previstos en los artículos 23 y 25 del Código Penal, en forma general, y otros, quizás, según se interprete, señalados especialmente en el Libro 2º del mismo estatuto.

8º Finalmente, no es posible frente a los constancias procesales, afirmar, como lo hace en alguna parte de su alegación el demandante, que, dado el estado de alicoramiento de Malagón, obró éste "como un autómata, sin la capacidad de entender y de querer", porque a ello se opone resueltamente la diligencia de indagatoria, en la que el procesado da una serie de explicaciones acomodaticias para explicar la muerte de Amaya, como el resultado impensado de una situación de fuerza en la que "se salió un disparo del revólver del agente Arias... ahí se vio que cayó un tipo herido...". Los detalles presentados en tal pieza indican que Malagón no estaba en un estado de "embotamiento" tal, que lo hiciera obrar "sin la capacidad de entender y de querer".

Por lo expuesto, no procede la causal cuarta.

Causal segunda. Según la demanda, el Tribunal "valoró equivocadamente las circunstancias de mayor peligrosidad para elevar la pena a diez años de presidio, cuando lo pertinente ha debido ser la pena de ocho años de presidio".

Se responde:

1º En realidad, se quiere demostrar, en este cargo, que el fallador de instancia dio una indebida aplicación a disposiciones sustantivas de la ley penal, al dosificar la pena correspondiente al procesado Eutimio Malagón Fajardo. E implícitamente se admite la responsabilidad, al exigir, por este medio de impugnación de la sentencia, una rebaja de la sanción impuesta.

2º Ha dicho la Sala que el legislador dio al Juez arbitrio relativo para la aplicación de la pena, en el artículo 36 del estatuto punitivo, al expresar que "dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente". Y en el artículo 39 de la misma obra se indicó que "solo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad".

No se trata, por lo tanto, de valorar, única y exclusivamente, para la dosimetría penal, circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, pues que el juzgador deberá examinar también "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes" del mismo y "la personalidad del agente". Conocidos los anteriores factores, y además los motivos de agravación y atenuación del hecho, el Juez dirá, en definitiva, cuál es la pena que, en su concepto, merece el delincuente, para corregirlo, enmendarlo, cohibirlo, para restablecer o restituir el derecho, imponer la paz y defender así a la sociedad.

3º En las sentencias, tanto de primera como de segunda instancia, se dedujeron contra el procesado las circunstancias de mayor peligrosidad social contempladas en los numerales 3º, 4º y 6º del artículo 37 del C. P. La primera de ellas se refiere a los motivos innobles o fútiles que hayan dirigido la acción delictuosa. Bastaría conocer las razones que tuvo Malagón para ultimar a Amaya, para concluir que, evidentemente, fueron ellas muy pequeñas, de ningún valor, de contenido francamente baladí. En la

4ª, se habla de los deberes especiales que las relaciones sociales "impongan al delincuente respecto al ofendido o perjudicado". Y el sindicado era agente de la Policía, vestía el traje de tal y portaba el revólver oficial. El arma usada por el reo y la forma de ejecución del hecho dicen de la dificultad en que estuvo Amaya para defenderse y de la insensibilidad moral de aquél. Sin que valga alegar que la embriaguez quitó o rompió los frenos inhibitorios de Malagón, pues, ya se dijo que éste, en indagatoria, relató detalles concretos, aunque fingidos o falsos, de cuanto había ocurrido, lo que indica, como se explicó atrás, que no había tal automatismo síquico, ni imposibilidad de "entender y de querer".

4º Pero aún desechando alguna de estas circunstancias, el Tribunal podía moverse con amplitud, dentro de los límites señalados por la ley, para individualizar la sanción, atendiendo a los factores contemplados en el artículo 36 del C. P.

Como se ve, no prospera la causal 2ª de casación.

Causal primera. Y tampoco se admitirá este motivo de queja contra el fallo, pues que él mira a la misma situación contemplada antes. Porque se consideró que, en el agente del delito, no concurrían únicamente circunstancias de mayor peligrosidad, sino que las había también de menor, no se impuso el máximo de la sanción penal, que sería, en este caso, de catorce años de presidio.

En mérito a lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que ha sido objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la Gaceta Judicial.

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

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ESTAFA. — CAUSALES 2ª y 1ª DE CASACION. — VALORACION DE LOS ELEMENTOS DE JUICIO QUE OFREZCA EL PROCESO. — EXAMEN CRITICO DE TESTIMONIOS

1. "El rechazo de la valoración formulada, dentro de la sentencia impugnada, respecto de los elementos de juicio que ofrezca el proceso, solo es admisible, como lo ha recabado la Corte, 'cuando en ella se haya incurrido en error protuberante, ya que de otro modo el recurso de casación perdería su carácter extraordinario para convertirse en una tercera instancia que acabaría, en el juego de una simple contraposición de criterios, con la libertad de apreciación de la prueba que corresponde a los Tribunales'." (Cas. 22 enero 1963, febrero 1º 1965).

2. "La invocación de la causal 2ª de casación, como también reiteradamente lo ha recalcado la jurisprudencia de la Corte, 'implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso', precisamente porque solo por ese medio es dable demostrar el error en que se haya podido incurrir, dentro del fallo acusado, al apreciarlos". (Cas. 16 de octubre de 1946, 17 marzo 1963, 24 junio 1963).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo diez y seis de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres).

Vistos

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado José Isaías Flórez Rodríguez contra la sentencia de 13 de mayo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga lo condenó, como responsable del delito de estafa, consumado en detrimento de Ramón Yaruro Páez, a la pena de "Cuatro (4) años de prisión", multa de $ 1.000.00 y consiguientes accesorias.

Hechos y actuación

Flórez Rodríguez, en viajes suyos a las regiones de Aguachica y Río de Oro, conoció y trabó relaciones con Yaruro Páez, persona a la que, enterado de que disponía de una letra de $ 75.000.00, girada a su favor por Bermes Orozco, en razón de haberle vendido un fundo, y de que deseaba comprar casa, le ofreció una a ese efecto, de la que no era dueño, situada en el barrio Villabel, de la población de Floridablanca, la que, acordada en $ 26.000.00, fue llevada a un contrato que suscribieron, como a modo de principio de escritura pública, en la Notaría 2ª de Bucaramanga, no sin que antes Yaruro, a quien se posesionó del inmueble, hubiera entregado a Flórez $ 5.300.00 como arras y la letra, debidamente endosada, en el objetivo aparente de garantizar el saldo de la operación, recoger una deuda de $ 20.000.00 a cargo de aquél y formar un fondo social que permitiera a los contratantes negociar en compañía.

Flórez hizo efectiva la letra, canceló la deuda de los $ 20.000.00 y, de otro lado, como adquirió luego la citada casa, en vez de consolidar el dominio de ella a Yaruro, llevando a la Notaría los comprobantes que permitían convertir en escritura pública el documento allí firmado, la vendió a su medio hermano Sebastián Flórez, quien la transfirio a un tercero.

En razón de estos hechos, calificados de estafa en cuantía de $ 60.300.00, el Juzgado 2º Superior de Bucaramanga mediante sentencia del 28 de septiembre de 1963, condenó a Flórez Rodríguez a la pena de "cuatro (4) años de prisión", multa de $ 1.000.00 y accesorias consiguientes, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 13 de mayo del año pasado.

La demanda

En la demanda el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación de los ordinales 1º y 2º del artículo 567 del C. de P. Penal, las que, al entrar a fundamentar, plantea de manera inversa.

Con apoyo en la 2ª, luego de señalar que el fallo acusado, en su entender, "es un conjunto de apreciaciones subjetivas", acomodado a un "sistema equivocado de interpretación", donde se suple "con la imaginación lo que el proceso no tiene", afirma que allí se desconoce, no obstante aparecer debidamente comprobado, que Flórez canceló los $ 20.000.00 de la deuda a cargo de Yaruro y, además, que ya había adquirido la referida casa cuando la negoció con éste, así como el hecho de que el procesado entregó al predicho Yaruro $ 49.000.00, según se desprende de los testimonios de Pablo Aparicio, Ernesto Aparicio y Humberto Serrano, testimonios de los que se prescindió sin razón alguna.

La causal 1ª se plantea como consecuencia directa de la 2ª, cuestión sobre la que el recurrente es absolutamente explícito.

Para resolver se considera

a) "El rechazo de la valoración formulada, dentro de la sentencia impugnada, respecto de los elementos de juicio que ofrezca el proceso, solo es admisible, como lo ha recabado la Corte, 'cuando en ella se haya incurrido en error protuberante, ya que de otro modo el recurso de casación perdería su carácter de extraordinario para convertirse en una tercera instancia que acabaría, en el juego de una simple contraposición de criterios, con la libertad de apreciación de la prueba que corresponde a los Tribunales'." (Cas. 22 enero 1963, febrero 1º 1955).

b) "La invocación de la causal 2ª de casación, como también reiteradamente lo ha recalcado la jurisprudencia de la Corte, 'implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso', precisamente porque solo por ese medio es dable demostrar el error en que se haya podido incurrir, dentro del fallo acusado, al apreciarlos". (Cas. 16 octubre 1946, 17 marzo 1963, 24 junio 1963).

c) La letra que Yaruro entregó endosada a Flórez y que éste hizo efectiva era de $ 75.000.00, cantidad a la que deben agregarse los $ 5.300.00 que también recibió el procesado por concepto de arras en el negocio de la casa de Floridablanca, hecho que aparece plenamente demostrado y que el recurrente en modo alguno discute. Sumadas estas dos partidas se tiene un total de $ 80.300.00, de los que, quitando los $ 20.000.00 de la deuda de Yaruro y que pagó Flórez, quedan $ 60.300.00, los cuales corresponden, según las propias especificaciones del fallo acusado, a la cuantía del delito incriminado.

d) Flórez carecía de título alguno sobre la casa que vendió a Yaruro en $ 26.000.00. Ese es el hecho concreto que aparece demostrado en el expediente. Con posterioridad a esa venta, ya cuando la letra de los $ 75.000.00 se encontraba en su poder, debidamente endosada, Santiago Rincón, de acuerdo con negocio pendiente, le hizo escritura de esa casa y entonces, en vez de consolidarle el dominio de ella a Yaruro, se la transfirió a su medio hermano Sebastián Flórez, quien rápidamente la trasladó a un tercero. De este modo Yaruro resultó defraudado en los $ 5.300.00 que entregó al procesado como arras dentro del contrato que suscribieron, como a modo de un principio de escritura, en la Notaría 2ª de Bucaramanga, y en los $ 55.000.00 que quedaron como saldo de la letra de $ 75.000.00, descontados los $ 20.000.00 que Flórez pagó para cubrir la deuda de Yaruro.

e) En el fallo acusado se hizo el examen crítico de los testimonios de Pablo Aparicio, Ernesto Aparicio y Humberto Serrano, el cual, en lo que importa, dice:

"Pablo Aparicio, Ernesto Aparicio y Humberto Serrano, sujetos que tan vinculados se hallan a los actos verificados por José Isaías Flórez Rodríguez para apropiarse de la suma de dinero referida, en perjuicio de Ramón Yaruro, ya que el primero firmó a ruego de éste el simulacro de escritura de venta de la casa del barrio Villabel, y el segundo, también a ruego del mismo, el endoso de la letra por los setenta y cinco mil pesos ($ 75.000.00), no obstante su intención manifiesta de favorecer a Flórez, no llegaron a confirmar lo expuesto por éste en su indagatoria y en el careo con Yaruro, como pasa a verificarse.

"Los citados Aparicios y Serrano (Fls. 8-18 y 34 v) hablan del negocio de la casa y del endoso de la letra y afirman que vieron a cierta distancia y de una manera casual, cuando Isaías Flórez le contaba una suma considerable de dinero a Yaruro en billetes de cien y cincuenta, en una mesa del café Trébol, situado frente a la Notaría Segunda del Circuito, pero no están de acuerdo con el sindicado en cuanto a que ellos contaron el dinero que se dice fue entregado a Yaruro.

"No confirman tampoco lo relacionado con las tres letras de cambio por dos mil pesos cada una, giradas a favor de Pablo Aparicio y en contra de Ramón Yaruro, sino todo lo contrario, niegan lo manifestado por Flórez a ese respecto.

"Es de anotar que Pablo Aparicio en su primera declaración no dice haber visto contar el dinero, sino que lo hizo en la ampliación de su testimonio, cuando Flórez ya había rendido indagatoria y lo había citado para acreditar esa circunstancia.

"Pablo A. Rangel (Fl. 51), dueño del café "Trébol" dice no conocer a Isaías Flórez ni a Ramón Yaruro y manifiesta que en su establecimiento se celebran transacciones en pequeña escala, pero nunca en grandes cantidades y a la vista de todo el mundo, pues lo indicado es que se hagan en un Banco, donde el cliente puede asegurar su dinero. Conoce a Pablo y Ernesto Aparicio y a Humberto Serrano, los que se la pasan de Notaría en Notaría y "son los comisionistas de más mala reputación, según dicen por ahí las gentes".

"Este testigo, por la situación de su establecimiento, ha tenido oportunidad de darse cuenta de los negocios que allí se celebran y es claro que uno de las proporciones del que se trata no le podía pasar desapercibido, y también es lógica la observación de que en un caso como éste no se escoge un café para llevarlo a cabo, a la vista de todo el mundo, sino que se busca un lugar apropiado para asegurar el dinero y para que la operación no esté expuesta a posteriores complicaciones, que vengan a perjudicar a quienes lo ejecutan".

f) El recurrente no ensaya ni siquiera un modesto comentario en torno a este análisis crítico, el cual era obligado si era que quería demostrar su error. Por lo demás, el señor Procurador, con atildado juicio, refiriéndose a este aspecto de la demanda y a su desarrollo general, dice:

"Tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda se hace un exhaustivo análisis de las pruebas allegadas al expediente, y con sobrado fundamento uno y otro fallador llegan a la conclusión de que está plenamente demostrada la existencia de la infracción por la cual se llamó a juicio a Flórez Rodríguez, como también acreditada la responsabilidad de dicho acusado en cuanto a esa misma infracción.

"En gracia de la brevedad este Despacho se abstiene de destacar aquí los razonamientos hechos al efecto por el a-quo y el ad-quem.

"De otro lado resulta que las razones aducidas por el distinguido representante legal del acusado ponen de presente que la demanda que se responde no es más que un alegato de instancia que como tal no

es de recibo por la H. Corte, siendo como es ésta un tribunal de casación.

"Y como dicho alegato lo que se pretende es oponer el criterio adoptado por el actor al apreciar las probanzas del expediente, al criterio empleado por el Juez ad-quem. Oposición que es sencillamente inútil porque de ella no puede derivarse fruto o beneficio ante la H. Corte.

"Además, es cierto que el señor demandante, en su plausible empeño defensivo, no logra con lo que arguye a favor de su cliente demostrar que en la sentencia recurrida se evidencia un yerro grave o protuberante que pudiera justificar que el recurso intentado prosperase".

g) La causal 2ª de casación, de acuerdo con las razones expuestas, no puede prosperar.

h) La causal 1ª está subordinada en la demanda a la 2ª, por lo que no prosperando ésta tampoco aquélla puede tener éxito.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación de que se hace mérito en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMICIDIO, CALIFICADO DE ASESINATO

Condiciones para que prospere el recurso de casación frente a las causales previstas en el Art. 567 del C. de P. P. — Motivos de nulidad de orden constitucional o legal. — Aspectos para la invalidez del fallo acusado con invocación de estas nulidades. — Equivocado planteamiento de la causal 1ª de casación. — Causal 5ª. — Sentencia en negocios con intervención del Jurado.

1. Para que el recurso de casación prospere frente a las causales previstas en el Art. 567 del C. de P. P., es necesario, sin distinción alguna posible, que el demandante demuestre satisfactoriamente los cargos que formule al fallo recurrido; y en el caso de autos, contra todas las previsiones técnicas del recurso, el impugnador omitió esa demostración, limitándose a hacer enunciados sin respaldarlos con los debidos razonamientos de hecho y de derecho, que permitan a la Corte encontrar el error —sustantivo o procesal— del sentenciador.

2. Cuando se invoca la causal 4ª, el motivo de nulidad, sea constitucional o legal, requiere no solo que el acusador afirme que el fallo recayó en un juicio ilegítimamente rituado, sino señalar en qué momento y respecto de qué actuaciones se incurrió en la nulidad, y hasta dónde lo que se estima nulo hizo inválido el proceso, pues no toda informalidad o vicio en el trámite de una causa criminal determina su invalidez.

En primer lugar, cuando se hace referencia a una nulidad de tipo constitucional y ésta se aduce en representación de los intereses del acusado, debe tener su asiento en lo que preceptúa el Art. 26 de la Constitución Nacional y referirse de manera concreta a las formas del juicio y a la violación del derecho de defensa

En segundo lugar, si de nulidad legal se trata, es imperativo decir en cuál de las señaladas en los Arts. 198 y 199 del C. de P. P. incurrieron los juzgadores, ya que las sanciones en dichas disposiciones son taxativamente impuestas por la ley.

3. La causal primera, tal como aparece alegada, no es atinente, pues lo que pretende demostrar el acusador, a través de un motivo que se refiere exclusivamente a la violación directa de la ley sustantiva, es que al procesado se le condenó sin existir en los autos la prueba plena de que se ocupa el Art. 203 del Código de Procedimiento Penal. Si el fallo hubiera sido producido en derecho, es decir, sin intervención del Jurado, el error alegado tendría que ser consecuencia de la invocación de la causal segunda, según lo ha dicho reiteradamente la Sala. Pero como se trata, precisamente, de un juicio por jurado, ni siquiera la causal segunda es procedente para atacar de fondo la prueba del cuerpo del delito o de la responsabilidad. Y menos vale aducir el error de derecho para volver el demandante a los planteamientos de que se ocupó al desarrollar la causal cuarta.

4. Toda sentencia, en negocios con intervención del Jurado, cuando el veredicto lo acepta el fallador, apenas tiene que ocuparse de interpretar el alcance de la decisión popular, sin que sea preciso el análisis o el estudio pormenorizado de los medios probatorios contenidos en el proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

El Juzgado Séptimo Superior de Bogotá, por sentencia de 22 de julio de mil novecientos cincuenta y nueve dispuso, entre otros ordenamientos, condenar a **Amadeo Retavizca Cáceres** y a **Rómulo Virguez Herrera**, como responsables del delito de homicidio, calificado de asesinato, a la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio y a las correspondientes sanciones accesorias.

El Tribunal Superior del mismo Distrito, en fallo de 16 de agosto de mil novecientos sesenta, recurrido en casación por el defensor de Retavizca Cáceres, confirmó lo resuelto por la instancia.

Cumplidos los trámites del recurso extraordinario interpuesto, la Corte procede a decidir.

Antecedentes

1º La investigación se refiere a los siguientes hechos, según los sintetiza la sentencia de primer grado:

"La noche del diez (10) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), a avanzadas horas, pues ya apuntaba el día siguiente, una banda de delincuentes al mando de Amadeo Retavizca Cáceres, quien 'goza de una triste fama de sanguinario por los lados de La Palma', según expresión del H. Tribunal Superior en el auto de proceder, asaltó la casa de habitación de la familia Herrera Chaparro, situada en la vereda de 'Minipí', de la jurisdicción municipal de La Palma, y a machetazos y tiros de fusil los asaltantes dieron atroz muerte a Virginia Chaparro de Herrera, a sus hijos Alvaro, Gilma y Graciela y al jornalero Cornelio Angulo, cuyos cadáveres encontraron horriblemente destrozados las autoridades de La Palma, que dos días después de la masacre acudieron a su teatro para practicar la diligencia de rigor.

"Se afirma que los criminales se llevaron la suma de trescientos pesos pertenecientes a las mismas víctimas; pero, aunque este hecho se dio por probado hasta el auto de proceder, el Jurado, como adelante se verá, lo descartó con la demostración requerida para condenar, y absolver de tales cargos a los acusados".

2º Según la calificación de mérito de la sumaria, a Retavizca Cáceres y Virguez Herrera, se les residenció en juicio, con intervención del Jurado, "por el delito quíntuple de homicidio" y por el delito de robo. Así lo dispuso el Juzgado del conocimiento en providencia de veintidós de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, a la que el Tribunal impartió su aprobación el veinticuatro de febrero siguiente.

3º Celebrada la audiencia pública, entre el 27 de febrero y diez de julio de mil novecientos cincuenta y nueve, el Jurado contestó afirmativamente la cuestión relativa a los homicidios, y negó la referencia al robo.

Los términos de la cuestion primera y su respuesta, son de este tenor:

"Los acusados **Amadeo Retavizca Cáceres y Rómulo Virguez Herrera** son responsables de haber causado voluntariamente, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, con asechanza y alevosía y con sevicia, quíntuple delito de homicidio cometido colectivamente en las personas de Alvaro Herrera Chaparro, Gilma y Graciela Herrera Chaparro, Virginia Chaparro de Herrera y Cornelio Angulo o Contreras Angulo, para lo cual utilizaron indistintamente armas de fuego y de largo alcance (fusiles), así como también de peso y cortante (machetes), hechos los cuales tuvieron su cumplimiento a eso de las doce de la noche del día diez (10) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro en la vereda denominada 'Minipí Quijano', jurisdicción municipal de La Palma (Cund.), comprensión de este Distrito Judicial?"

"El jurado responde

"Por unanimidad el Jurado declara que Amadeo Retavizca Cáceres sí es responsable del delito de homicidio en las condiciones y con los agravantes citados en el anterior cuestionario.

"Respecto de Rómulo Virguez Herrera los Jurados Manuel Aguirre Lozano y Hernando Zamora Avila lo declaran igualmente responsable del citado delito, en las mismas condiciones y con los mismos agravantes. El Jurado Carlos Urrutia Holguín declara que Rómulo Virguez Herrera no es responsable por cuanto considera que no ha sido demostrada su participación en los hechos materia de la causa".

4º De acuerdo con los veredictos fueron pronunciados los fallos de primera y segunda instancia, antes reseñados.

Demanda de casación

El doctor Carlos Reyes Posada, obrando en representación de Retavizca Cáceres, formuló la demanda de casación, contenida en el escrito que obra de folios 8 a 29 del cuaderno de la Corte, y ceñida a las exigencias propias del recurso.

En la acusación se aducen las causales primera, cuarta y quinta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, advirtiendo el demandante "que estas causales no se estudian de acuerdo con la enumeración del texto legal invocado, atendiendo a la técnica del recurso, ya que al ser aceptada la contenida en la causal 4ª no procedería siquiera estudiar las otras".

Causal cuarta

Afirma el demandante que el fallo violó la ley de procedimiento "por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", nulidad que "radica en las diligencias de autopsias, que en seguida analizaremos y porque se desconocieron los derechos de defensa expresamente consagrados en la Constitución y en la ley como garantía de la persona humana para precaver su libertad y su honor".

No dice el libelo, de modo expreso, si lo que se invoca es una nulidad supralegal, con base en el artículo 26 de la Carta, o una nulidad común, de las previstas en el artículo 198 del C. de P. P., pues lo únicamente argumentado respecto a la causal de que se trata es lo que aparece al final del escrito en los siguientes párrafos:

"...: se propuso a la consideración de esa H. Corporación, en primer término la causal 4ª, alterando el orden señalado en el artículo 567 del C. de P. P., porque es bien sabido que se trataba de una causal que de ser aceptada, vendría a excluir a las otras y el orden de los motivos de casación, no es riguroso que se ajuste a la enumeración del artículo referido, pudiéndose variar por razones tan poderosas, como la que me indujo a proponer primero la causal contenida en el numeral 4º, ya que aceptadas como valederas mis razones, la Corte habría de casar la sentencia, haciéndose con ello innecesario estimar las otras.

"Del tremendo error judicial que entraña el hacer gravitar el peso de la imputación, en primer término en el trípode formado por la diligencia de levantamiento de los cadáveres practicada por el Inspector del Municipio de La Palma y por las dos diligencias de autopsias que hemos analizado detenidamente, y por testimonios que sometidos conjuntamente a una crítica severa, no son dignos de que se les atribuya la credibilidad que hasta ahora se les ha otorgado, creemos probada la acusación a través de todas y cada una de las causales propuestas".

Causal primera

Al aducirla, el señor apoderado expresa que se violó "la ley penal por errónea interpretación y por indebida aplicación", arguyendo que la sentencia condenatoria se produjo sin existir la plena prueba exigida por el artículo 203 del C. de P. P. Esta crítica la refiere tanto a la prueba testimonial que obra en los autos, como a los dictámenes periciales, extendiéndose particular-

mente en el análisis de algunas de las declaraciones contenidas en el proceso, para concluir así:

Es errónea la interpretación que se le da a la ley penal e indebida su aplicación, cuando se acepta que está reunida al tenor de lo dispuesto en el artículo 203 del C. de Procedimiento Penal, que aun cuando esté incluído en el articulado del Código de Procedimiento, es una disposición de carácter sustantivo, porque con las observaciones que se han hecho al sostener la causal 4ª del artículo 567 y éstas, se demuestra que no podía producirse un fallo condenatorio contra Amadeo Retavizca, por que no se cumplió con el requisito de allegar al proceso la plena prueba de su responsabilidad.

Causal quinta

En opinión del impugnador, hay lugar a casar el fallo porque en él no se indicaron, clara y terminantemente, los hechos que se estimaron probados.

En este capítulo de la demanda el actor se limita a criticar la forma como el Tribunal califica algunos de los medios probatorios y el valor que podía atribuírseles en cuanto a la demostración de los hechos que dieron lugar al proceso.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal opina que el recurso de casación debe desecharse, conforme a lo previsto en el artículo 569 del C. de P. P., por no estar demostradas por el demandante o no tener fundamento legal ninguna de las causales aducidas.

Para refutar el motivo de nulidad del juicio, luego de una prolija reseña de la actuación procesal, la Procuraduría responde:

"... Es obvio que la disparidad o discrepancia de conclusiones a que llegaron los legistas en las dos necropsias que practicaran al cadáver de Alvaro Herrera, existe y no puede negarse. La explicación y aclaración que por entonces dio el Tribunal, y que destacó este Despacho en párrafos anteriores, disuelve la pretendida incriminación que formula el demandante, hasta el extremo de que, queda sometida al estricto término de haber aceptado el valor de la experiencia médico-legal dentro del valor probatorio que le concede el Código de Procedimiento Penal en su Art. 268, que faculta al Juez o Tribunal para, con fundamento en los datos que arrojan los autos acoger una peritación, total o parcialmente.

"¿En qué forma puede pues, ser la sentencia violatoria de la ley procedimental? Lógicamente, no por ninguno de los motivos previstos en el Art. 198 del C. de P. P., ni 199 del mismo estatuto. Difícilmente se podría considerar que para demostrar la existencia de la nulidad que alega el abogado recurrente hubiera estructurado a lo largo de su alegato siquiera un argumento que mereciera el nombre de tal y su correspondiente consideración. Los que a fuero de razones jurídicas obran, son simples divagaciones, enunciados sin su competente conclusión, afirmaciones sin comprobación ninguna, que no caben ser discutidas dentro de un recurso de casación planteado con el rigor requerido.

"La supuesta violación del Art. 26 de la Constitución, por negativa a conceder a Retavizca las garantías propias y plenas para su defensa se hace aún más complicada de hallar a través de la exposición con que pretende demostrarla el impugnador y que obra confusamente mezclada con los razonamientos que exhibe para comprobar la existencia de una nulidad legal.

"Al efecto considera que era una formalidad imprescindible el interrogatorio a que debió ser sometido el médico legista doctor Gómez Ortiz, para que explicara las contradicciones fundamentales en que incurriera como autopsiador; que al no ser producida esta diligencia, que fuera decretada por el Juez de la causa, la plenitud de las formas propias de cada juicio no se cumplió para el caso de autos. Escuetamente, esta es toda la demostración que propicia para la existencia de una nulidad constitucional.

"Sobre el particular observa esta Procuraduría que a folios 558 del cuaderno 1º obra un memorial suscrito por el defensor de Amadeo Retavizca, en el que se pide, al por entonces Juez de la causa, que se haga comparecer al legista doctor Gómez Ortiz dentro de las audiencias para que amplíe los dictámenes contenidos en las diligencias de autopsias y se refiera a las contradicciones en que incurrió al dictaminar en ellas sobre la clase de armas con que se perpetraron los delitos.

"Por auto de 6 de abril de 1959 el Juez ordenó la citación del dicho profesional, pero, se estableció que se encontraba sometido a una intervención quirúrgica, hecho que le impidió asistir a las audiencias públicas. Concretamente ello está afirmado por el Secretario del Despacho en informe al folio 567 del primer cuaderno.

"No puede afirmarse como lo hace el apoderado que se impidiera un medio de defensa al condenado violando con ello el texto constitucional porque, ese medio de defensa le fue concedido amplísimamente cuando fue solicitado, y el que por razones de fuerza mayor no se hubiera producido a saciedad no puede traducirse en que se le rehusara a quien lo pidió. Además, debe destacarse que el Juez bien ha podido negarse a solicitar la presencia en audiencia del autopsiador Gómez, en uso de la facultad discrecional que le confiere el Art. 472 del C. de P. P., en relación con el 473 de la misma obra".

En cuanto a la causal primera, el distinguido colaborador estima que el demandante la formuló o enunció, sin intentar demostración alguna, razón por la cual considera que no hay lugar a un examen serio de esta parte de la acusación.

Por último, opina que tampoco prospera la causal quinta, por ser el cargo "radicalmente gratuito e inexistente", y concluye con este argumento:

"Debe recordarse sobre este tópico, y en relación con la causal 5ª, que la Corte ha sido explícita en sostener que la apreciación de la prueba corresponde a los Jueces de Conciencia en lo que concierne a los fallos dictados por los Jueces Superiores como corolario del veredicto del Jurado; y que sería inoficioso que el mismo funcionario hiciera la declaración sobre determinados hechos para tomarlos como probados, ya que fue el Tribunal de Conciencia el que hubo de formar juicio para adquirir el convencimiento íntimo que formó su decisión. La misma Corporación ha declarado que es pertinente alegar la causal 5ª en los juicios de puro derecho y no en aquéllos en que interviene el Jurado, porque en éstos la sentencia del Juez se dicta con fundamento en el veredicto pronunciado por los Jueces de Conciencia, no propiamente sobre las pruebas del proceso".

Consideraciones de la Corte

1ª Para que el recurso de casación prospere frente a las causales previstas en el artículo 567 del C. de P. P., es necesario, sin distinción alguna posible, que el demandante demuestre satisfactoriamente los cargos que formule al fallo recurrido; y en el caso de autos, contra todas las previsiones técnicas del recurso, el impugnador omitió esa demostración, limitándose a hacer enunciados sin respaldarlos con los debidos razonamientos de hecho y de derecho, que permitan a la Corte encontrar el error —sustantivo o procesal— del sentenciador.

2ª Cuando se invoca la causal 4ª, el motivo de nulidad, sea constitucional o legal, requiere no solo que el acusador afirme que el fallo recayó en un juicio ilegítimamente rituado, sino señalar en qué momento y respecto de qué actuaciones se incurrió en la nulidad, y hasta dónde lo que se estima nulo hizo inválido el proceso, pues no toda informalidad o vicio en el trámite de una causa criminal determina su invalidez.

En primer lugar, cuando se hace referencia a una nulidad de tipo constitucional y ésta se aduce en representación de los intereses del acusado, debe tener su asiento en lo que preceptúa el artículo 26 de la Constitución Nacional y referirse de manera concreta a las formas del juicio y a la violación del derecho de defensa.

En segundo lugar, si de nulidad legal se trata, es imperativo decir en cuál de las señaladas en los artículos 198 y 199 del C. de P. P. incurrieron los juzgadores, ya que las sancionadas en dichas disposiciones son taxativamente impuestas por la ley.

El demandante, quien no hizo cita de los textos constitucionales y legales, simplemente asevera que le fue quebrantado a su cliente el derecho de defensa, afirmación que hace ateniéndose a lo ocurrido con la prueba pericial de necropsia, que no hubo oportunidad de ser aclarada o ampliada en la vista pública de la causa por cuanto el legista estaba físicamente impedido para concurrir a la audiencia, evento éste que no da fundamento para suponer que no se observaron las formas propias del debate judicial o que, por la ausencia de esa prueba, se hizo más precaria la defensa del procesado.

3ª Cabe observar en relación con este planteamiento de la demanda que el acusado tuvo todos los medios válidos para defenderse de los cargos formulados contra él y que su condenación descansa en el veredicto del jurado, proferido después de agotarse, con todas las garantías legales, el debate ante los Jueces de Conciencia.

4ª No es, por tanto, válida la acusación contra la sentencia del Tribunal por el motivo que se deja examinado.

5ª La causal primera, tal como aparece alegada, no es atinente, pues lo que pretende demostrar el acusador, a través de un motivo que se refiere exclusivamente a la violación directa de la ley sustantiva, es que al procesado se le condenó sin existir en los autos la prueba plena de que se ocupa el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. Si el fallo hubiera sido producido en derecho, es decir, sin intervención del Jurado, el error alegado tendría que ser consecuencia de la invocación de la causal segunda, según lo ha dicho reiteradamente la Sala. Pero como se trata, precisamente, de un juicio por jurado, ni siquiera la causal segunda es procedente para atacar de fondo la prueba del cuerpo del delito o de la responsabilidad. Y menos vale aducir el error de derecho para volver el demandante a los planteamientos de que se ocupó al desarrollar la causal cuarta.

6ª Por último, la causal quinta, tampoco es de recibo en el presente caso, tanto por lo que la Corte ha enseñado respecto de este motivo de casación, como por la muy poderosa razón de que el fallo acusado contiene la motivación requerida para el efecto de acatar el veredicto del Jurado.

Toda sentencia, en negocios con intervención del Jurado, cuando el veredicto lo acepta el fallador, apenas tiene que ocuparse de interpretar el alcance de la decisión popular, sin que sea preciso el análisis o el estudio pormenorizado de los medios probatorios contenidos en el proceso

7ª Todo lo anterior permite concluir que el recurso no prospera y que, como lo solicita el colaborador fiscal, la Corte tendrá que desecharlo, en cumplimiento de lo que ordena el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación de que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la **Gaceta Judicial.**

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Rafael Poveda Alfonso, Conjuez.

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA SUPERIOR DE JUSTICIA

FALTAS A LA ETICA EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA

Facultad de los Tribunales Superiores de Distrito para sancionar a abogados por faltas en el ejercicio de la profesión. — Práctica de Pruebas. — En los juicios sumarios queda al arbitrio del Juez el señalar con entera claridad cuáles son las pruebas que hay necesidad de practicar para que el fallo se acomode a derecho. — Naturaleza especialísima del procedimiento adoptado por la Ley 69 de 1945. — En éste no son admisibles los incidentes que son de recibo en los juicios ordinarios. — Tampoco hay término probatorio. — Recurso de apelación en sentencias condenatorias y consulta de sobreseimientos ante la Corte en esta clase de juicios.

1. Según los Arts. 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, "los Tribunales Superiores de Distrito, de oficio o a virtud de queja de parte interesada, impondrán, previa sustanciación de un juicio sumario y con audiencia del acusado", las penas que allí se indican "a los abogados que cometieren faltas leves contra la delicadeza o el decoro profesional" o faltas graves en el ejercicio de la profesión.

2. Los artículos 1203 y 1204 del C. J. señalan el procedimiento en los juicios sumarios, o sea, cuando el Juez debe conocer de algún asunto "breve y sumariamente". En ellos se entiende que el funcionario "puede exigir la práctica de pruebas que estime necesarias para asegurar la justicia de su fallo". Es decir, en los juicios sumarios, queda al arbitrio del juez el señalar con entera claridad cuáles son las pruebas que hay necesidad de practicar, para que el fallo sea justo o se acomode a derecho. Por su naturaleza misma, el juicio sumario es de carácter excepcional, como que en él solo hay obligación de oir al acusado y de practicar las pruebas que el juez estime conducentes o "necesarias".

Si ello es así, al demandado se le da la potestad de contestar la demanda y de presentar las pruebas que juzgue indispensables a su defensa. Y el Juez, a su prudente arbitrio, decretará además la práctica de aquéllas que él considere de interés para la recta administración de justicia, en cada caso.

3. Dada la naturaleza especialísima del procedimiento adoptado por la Ley 69 de 1945, para la sanción de las faltas contra la ética o el decoro profesionales, en él no son admisibles los incidentes que son de recibo, en cambio, en los juicios ordinarios. Es cierto que el artículo 197 del C. de P. P. establece que "todo auto en que se niegue la prueba solicitada dentro del termino probatorio de la causa, es apelable en el efecto suspensivo; si la negativa tiene lugar durante el sumario, la apelación se concederá en el efecto devolutivo". Pero en este procedimiento no existe término probatorio, por más que el Tribunal Superior de Tunja, usando del arbitrio que la ley le concede para oir al acusado, lo hubiera otorgado, como tampoco puede hablarse propiamente de causa o de sumario, pues esta acción se aparta fundamentalmente de las normas que rigen aquellas situaciones jurídicas. Ni vale decir que, por analogía, puede acudirse a preceptos no señalados específicamente para la solución de las quejas contra los abogados, pues que, en lo penal,

solo es aceptable la analogía expresamente establecida en la ley.

Si la misma Ley 69 de 1945 dice, en su artículo 10, que contra la sentencia condenatoria podrá interponerse el recurso de apelación, y que el procedimiento será consultable, ello está demostrando que, por tratarse de un procedimiento extraordinario, convenía dejar a salvo la facultad de apelar la sentencia condenatoria, como era conveniente ordenar la consulta del sobreseimiento con que pudiera terminar el juicio. De ello no habría necesidad si el procedimiento pudiera considerarse común u ordinario, pues en éste, de acuerdo con el artículo 188 del C. de P. P., la sentencia de primera instancia es apelable en el efecto suspensivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. Bogotá, dos de abril de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo).

Vistos

Para que la Corte resuelva sobre el recurso de hecho interpuesto por el doctor Melquisedec Amézquita Avila, contra la providencia de 3 de febrero del presente año, proferida por el Tribunal Superior de Tunja dentro de la investigación adelantada en su contra por faltas a la ética en el ejercicio de la abogacía, han llegado a esta Corporación estas diligencias. Como el recurso fue instaurado atendiendo a las formalidades legales, la Sala procede a su estudio.

Hechos

La señora Bertha Isabel Salazar de Granados se quejó ante el Tribunal Superior de Tunja de la conducta del doctor Amézquita, por considerar que sus actuaciones en un negocio civil en el que ella era parte, atentaban notoriamente contra la moral profesional.

Adelantada la investigación del caso y en el período correspondiente, el acusado solicitó la práctica de algunas pruebas con el objeto de desvirtuar los cargos formulados. El Tribunal, en auto de 3 de febrero del presente año, ordenó la realización de algunas de ellas, pero no accedió a la práctica de otras por considerarlas "notoriamente inconducentes, ya que ellas no se relacionan con el esclarecimiento de los hechos concretos a que se refiere la querella y solo conduciría a una dilación del negocio con perjuicio de los fines indicados en la ley, por lo cual se niegan".

De la anterior providencia, el apoderado del doctor Amézquita solicitó reposición y, subsidiariamente, apelación ante la Corte. "En primer lugar —dice el recurrente—, el auto de 3 de febrero pasado es auto interlocutorio y la ley procedimental lo califica de esta naturaleza, entre otros casos, cuando se niega la práctica de cua'quiera de los elementos de juicio pedidos como pruebas. Consecuencialmente y por la razón anotada, el recurso propuesto procede, según lo dispuesto en el C. Judicial". Así mismo afirma que "las pruebas negadas en su práctica contienen hechos íntimamente relacionados con los cargos formulados por la Salazar o Virguez de Granados, pues allí se habla de los padres de la misma y en las actuaciones judiciales intervino tal abogado, como apoderado. En la ampliación de la noción sobre inconducencia de pruebas debe adoptarse un criterio discreto, pero enteramente amplio, con el objeto de hallar la verdad, pues basta la simple duda sobre el particular para preferir decretar las pruebas en este caso concreto como medida de garantía al derecho de defensa a que es acreedor el querellado".

A los folios 13 y 14 de estas diligencias obra copia del auto mediante el cual el Tribunal Superior de Tunja denegó la apelación interpuesta. Dice el a-quo que en el caso presente, por tratarse de una queja por faltas contra la ética profesional, debe dársele la tramitación a que alude el artículo 8º de la Ley 69 de 1945, o sea, "previa sustanciación de un juicio sumario y con audiencia del acusado" y que el artículo 1203 del C. J. reglamenta el procedimiento cuando ha de procederse breve y sumariamen-

te. Sobre la base de esta última norma, el Tribunal estima que puede determinar el modo de oír a las partes y que al efecto "decidió practicar las pruebas pedidas por unos y otros de los interesados, en cuanto consideró necesarias para formarse un criterio respecto al asunto por decidir. Así, pues, no se está aplicando aquí el procedimiento de un juicio ordinario civil ni penal sino que apenas se ha señalado el modo como las partes pueden hacerse presentes dentro de esa controversia, pero limitadas todas estas actuaciones por el estrecho y riguroso marco del procedimiento breve y sumario, que deja precisamente al prudente juicio del Juez fijar la oportunidad para pronunciarse sobre lo que se le ha sometido a decisión. Partiendo de estas bases, la Sala considera que tiene facultad para señalar, a su prudente juicio, cuántas y cuáles pruebas pueden practicarse y en que término, sin que sobre sus decisiones al respecto pueda suscitarse el debate propio de los juicios ordinarios, pues se alteraría en su esencia la naturaleza del juicio sumario". En atención a estos argumentos, estima el Tribunal que no existen recursos "sino contra la decisión de fondo, vale decir, contra la providencia que decide el asunto materia del juicio breve y sumario".

En contra del anterior razonamiento, se pronunciaron, con salvamento de voto, dos Magistrados del Tribunal de Tunja, quienes sostuvieron que el auto recurrido, por cuanto negó la práctica de algunas pruebas, tiene la categoría de interlocutorio, por lo cual está sujeto a los recursos legales, aunque se hubiere dictado en juicio breve y sumario.

Así las cosas, y con las formalidades legales, el doctor Melquisedec Amézquita, recurrió de hecho ante a Corte, sustentando sus puntos de vista en extenso alegato, en el que hace un recuento de los antecedentes del juicio contra él adelantado, aboga por la conducencia de las pruebas solicitadas y fija su posición en derecho afirmando que procede el recurso por mandato del artículo 491 del C. J., en armonía con el ordinal 2º del 466, que cataloga entre los autos interlocutorios a aquéllos en los cuales se deniegue la práctica de cualquiera de las pruebas.

Se considera

1º Según los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, "los Tribunales Superiores de Distrito, de oficio o a virtud de queja de parte interesada, impondrán, previa sustanciación de un juicio sumario y con audiencia del acusado", las penas que allí se indican "a los abogados que cometieren faltas leves contra la delicadeza o el decoro profesional" o faltas graves en el ejercicio de la profesión. Por consiguiente, en el caso a estudio deberán seguirse estrictamente los trámites del juicio sumario para resolver sobre la queja presentada por Bertha Isabel Salazar de Granados contra el doctor Melquisedec Amézquita Avila.

2º Los artículos 1203 y 1204 del C. J. señalan el procedimiento en los juicios sumarios, o sea, cuando el Juez debe conocer de algún asunto "breve y sumariamente". En ellos se entiende que el funcionario "puede exigir la práctica de pruebas que estime necesarias para asegurar la justicia de su fallo". Es decir, en los juicios sumarios, queda al arbitrio del juez el señalar con entera claridad cuáles son las pruebas que hay necesidad de practicar, para que el fallo sea justo o se acomode a derecho. Por su naturaleza misma, el juicio sumario es de carácter excepcional, como que en él solo hay obligación de oír al acusado y de practicar las pruebas que el juez estime conducentes o "necesarias".

3º Si ello es así, al demandado se le da la potestad de contestar la demanda y de presentar las pruebas que juzgue indispensables a su defensa. Y el juez, a su prudente arbitrio, decretará además la práctica de aquéllas que él considere de interés para la recta administración de justicia, en cada caso.

4º El Tribunal Superior de Tunja no solo se sujetó a lo dicho, sino que llegó hasta conceder un término probatorio, para que el acusado y el Agente del Ministerio

Público pidieran la práctica de pruebas, pero sin desprenderse, desde luego, de la facultad discrecional de calificación sobre la conducencia o necesidad de las que se solicitaran. Y haciendo uso de esta potestad, negó la práctica de las que reclamó el doctor Amézquita, por ser ellas inconducentes, ya que "no se relacionan con el esclarecimiento de los hechos concretos a que se refiere la querella y solo conduciría a una dilación del negocio con perjuicio de los fines indicados en la ley".

5º Dada la naturaleza especialísima del procedimiento adoptado por la Ley 69 de 1945, para la sanción de las faltas contra la ética o el decoro profesionales, en él no son admisibles los incidentes que son de recibo, en cambio, en los juicios ordinarios. Es cierto que el artículo 197 del C. de P. P. establece que "todo auto en que se niegue la prueba solicitada dentro del término probatorio de la causa, es apelado en el efecto suspensivo; si la negativa tiene lugar durante el sumario, la apelación se concederá en el efecto devolutivo". Pero en este procedimiento no existe término probatorio, por más que el Tribunal Superior de Tunja, usando del arbitrio que la ley le concede para oír al acusado, lo hubiera otorgado, como tampoco puede hablarse propiamente de causa o de sumario, pues esta acción se aparta fundamentalmente de las normas que rigen aquellas situaciones jurídicas. Ni vale decir que, por analogía, puede acudirse a preceptos no señalados específicamente para la solución de las quejas contra los abogados, pues que, en lo penal, solo es aceptable la analogía establecida expresamente en la ley.

6º Finalmente, si la misma Ley 69 de 1945 dice, en su artículo 10, que contra la sentencia condenatoria podrá interponerse el recurso de apelación, y que el sobreseimiento será consultable, ello está demostrando que, por tratarse de un procedimiento extraordinario, convenía dejar a salvo la facultad de apelar la sentencia condenatoria, como era conveniente ordenar la consulta del sobreseimiento con que pudiera terminar el juicio. De ello no habría necesidad si el procedimiento pudiera considerarse común u ordinario, pues en éste, de acuerdo con el artículo 188 del C. de P. P., la sentencia de primera instancia es apelable en el efecto suspensivo.

Dentro de los anteriores términos, considera la Corte que el Tribunal Superior de Tunja no anduvo descaminado al actuar en la forma en que lo hizo, en las diligencias que se adelantan para establecer la queja de Bertha Isabel Salazar contra el doctor Melquisedec Amézquita.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE: No es el caso de conceder la apelación interpuesta por el acusado contra el auto de 3 de febrero del presente año, dictado por el Tribunal Superior de Tunja, en el caso de que se trata. Comuníquese a aquella Corporación lo aquí resuelto.

Cópiese, notifíquese y archívese. Publíquese en la **Gaceta Judicial.**

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

Pioquinto León L. Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PECULADO.- CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

Prueba indiciaria. Arbitrio racional y lógico de los Jueces para su estimación. La Corte no puede en casación entrar a imponer un criterio evaluativo o crítico de la prueba. La Sala ratifica su doctrina acerca de las condiciones probatorias del error de hecho y de la violación indirecta de la Ley Penal.

Tratándose de prueba indiciaria, es obvio que los Jueces para estimarlas disponen de un arbitrio racional y lógico, y salvo un manifiesto o protuberante error al fijar el alcance de cada hecho, su concatenación con otros o la inferencia que guarden con lo que se trata de demostrar, la Corte no puede en casación entrar a imponer un criterio evaluativo o crítico de la prueba, pues su función jurisdiccional no se confunde con la del Tribunal de instancia. En casación, cuando se trata del motivo previsto en el ordinal segundo del artículo 567 del C. de P. P. el recurso prospera solo si el fallo acusado, al estimar los medios probatorios, incurrió en error manifiesto, hasta el punto de carecer la sentencia de una base probatoria legal, conforme a los dictados de los artículos 203 y concordantes del mismo código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo once de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria).

Vistos

Contra la sentencia proferida el 4 de abril del año próximo pasado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante la cual fueron condenados Hernán Manzano Duque y otros, como responsables del delito de peculado; interpuso el recurso extraordinario de casación el aludido Manzano Duque.

Surtidos los trámites de rigor, la Corte procede a decidir de fondo.

Antecedentes

1º Los hechos que dieron origen al proceso aparecen ampliamente reseñados en la providencia que calificó el mérito del sumario, cuyos apartes principales son los siguientes:

"Trata el sumario del delito de Peculado agotado en perjuicio de intereses Municipales de Armenia. La Beneficencia y la Nación, por alzamiento de fondos de la Tesorería Municipal de esta ciudad. Se ha vinculado al sumario como presuntos responsables a Guillermo López Murillo, Ferney López Velásquez, Hernán Manzano Duque, Hernando Mejía Ramírez, Eduardo Valencia y José Toro Patiño. Todos han rendido indagatoria a excepción de Mejía Ramírez, quien huyó de esta ciudad al comienzo de la investigación y por consiguiente fue emplazado y declarado reo ausente. Los tres primeros se encuentran detenidos preventivamente.

"...Se inició la investigación el día veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y dos, cuando la Contraloría Departamental por resolución Nº 0027, comisionó a Bernardo Duque Ríos, Visitador Fiscal de esa entidad, para que adelantara en esta ciudad la investigación penal por los hechos que denunció el señor Tesorero Municipal.

"El funcionario comisionado inició la investigación recibiendo el denuncio correspondiente a quien en ese entonces ejercía las funciones de Tesorero Municipal de Armenia, Caldas, señor Raúl Buriticá Valencia —F. 1 Bis—. Los hechos denunciados fueron los siguientes:

"...Desde el ocho de enero del corriente año tomé o me encuentro desempeñando el cargo de Tesorero Municipal de este lugar. Desde el mismo día que me posesioné, tuve informes que dentro de las dependencias de la Tesorería Municipal en conexión con un empleado de la Contraloría Municipal de esta ciudad existían ciertas anomalías en lo que respecta a ingresos. Inmediatamente me puse en las pesquisas del caso y logré comprobar que en poder del doctor Florentino Muñoz García, ex-Alcalde de esta ciudad, se encontraban los recibos duplicados que correspenden al archivo de la Contraloría Municipal y cuya relación me permito adjuntar a esta denuncia. Inmediatamente procedí a la revisión del archivo, constatando que no existían las copias amarillas, dejo claro que estas copias amarillas son las que corresponden al archivo de la Tesorería. Luego procedí a la revisión de las planillas de ingresos correspondientes a las fechas señaladas en los recibos cuya relación me permito adjuntar y tampoco aparecían relacionados, es decir que la plata, producto de estos recibos no ingresó a las arcas del Tesoro Municipal. Posteriormente llamé a don José Toro Patiño, ex-Tesorero de esta ciudad, o sea mi antecesor y constatamos igual cosa. El día veintitrés de los corrientes a eso de las dos de la tarde, en las oficinas de la Personería Municipal llamamos al señor Guillermo López, Cajero General de la Tesorería, y lo interrogamos sobre esta anomalía. Este interrogatorio fue hecho en presencia del señor Personero y el Secretario de la Tesorería señor Jesús Arbeláez. A ésto nos respondió el señor López que eso era una realidad, que él había dispuesto del producto de esos recibos. El señor López nos explicó, que en la oficina de liquidación expedían el respectivo recibo al contribuyente por concepto de impuesto predial, boletas de registro y anotación e impuestos diversos; que luego por la tarde procedía a retirar el dinero de la caja correspondiente a los recibos expedidos y que aparecen anotados en esta relación, como también las copias amarilla y rosada. Al preguntársele sobre quiénes participaron en la comisión de estos hechos respondió que los señores Hernán Manzano, quien actualmente desempeña el cargo de la Sección de Predial como Jefe, su ayudante el señor Eduardo Valencia, el señor Ferney López revisor de la Contraloría Municipal y el señor Hernando Mejía ex-Cajero, de la Tesorería, hoy Director de Circulación y Tránsito de esta ciudad, es decir, todos estos señores que acabo de enumerar laboraban en la Tesorería y la Contraloría Municipal. También interrogamos a los señores Hernán Manzano y Eduardo Valencia pero éstos negaron rotundamente los cargos hechos por el señor López. Luego de esto procedimos a informarle al señor Contralor Municipal quien nos manifestó que inmediatamente procediéramos a formular la respectiva denuncia criminal. En la oficina tengo las copias rosadas correspondientes a los recibos que enumero en la relación adjunta. Presumo que estos actos delictuosos, datan desde tiempos anteriores, para lo cual tendría que hacerse una revisión exhaustiva en la Tesorería Municipal. **Preguntado:** Sírvase decir, si al expedir el Cajero el recibo al contribuyente por concepto de impuesto predial, etc., hacía el abono en el respectivo libro? **Contestó:** No se sabe quién hacía el abono correspondiente, lo cierto es que en los libros o kárdex que se llevan en la oficina aparecen debidamente abonados. No tengo más nada para agregar a esta denuncia...

"Y se desprende que el señor Tesorero dijo la verdad respecto de las manifestaciones que en su presencia hiciera el Cajero General, señor Guillermo López Murillo, pues su testimonio recibió amplio respaldo con las intervenciones juradas de José Toro Patiño, a la sazón Personero Municipal quien había ejercido las funciones de Tesorero de Rentas Municipales de Arme-

nia, y de Jesús Arbeláez, Secretario contador de la misma Tesorería. Estos dos testigos declaran a folios 49 fte. y vto. haber escuchado las palabras de Guillermo López Murillo, que acusaban a Ferney López Velásquez, Eduardo Valencia, Hernán Manzano y Hernando Mejía Ramírez.

De la forma como el señor Tesorero de Rentas Municipales, señor Raúl Buriticá Valencia tuvo conocimiento de los hechos denunciados da cuenta el mismo señor en una ampliación de su testimonio que aparece al F. 265. Dice en efecto que Hernando Buriticá, su hermano, le había manifestado que en la oficina que acaba de recibir el denunciante se estaban presentando graves anomalías de las cuales era conocedor el señor Alcalde Municipal doctor Florentino Muñoz García, y que éste a su turno le había expresado que en verdad había recibido algunos comprobantes de tesorería, los cuales le fueron entregados a Buriticá con la manifestación del doctor Muñoz García de que tales comprobantes le habían sido entregados por la esposa de Ferney López Velásquez como prueba de que Ferney le estaba robando al Municipio.

"Se destaca de la investigación que cuando el hecho o los hechos dolosos fueron conocidos oficialmente ya habían trascendido antes a algunos sectores particulares, y todo porque Ferney López Velásquez se había excedido en la confianza que tenía a su esposa legítima señora Nohelia Barrios de López, cuyas relaciones conyugales con el sindicado no eran las mejores, habían tenido disgustos de mayor alcance y mantenían riñendo por celos, por malos tratos, por descuidos, etc. En uno de los momentos álgidos de traición Nohelia Barrios hizo manifestación ante varias personas de que tenía pruebas que hundirían a Ferney y que estaría pronta a denunciarlo si él le castigaba algunas faltas. Sobre este particular declaró el señor Octavio Tabares Suárez "a. Peligro", chofer de profesión al servicio de los esposos López Barrios, pues manejaba un automóvil de Servicio Público de la esposa de Ferney. Dice el mismo señor Tabares en su declaración del F. 22, haber acompañado por invitación de Nohelia Barrios a dicha señora, después de una "garrotera" que había tenido ella con su esposo, a la casa del señor Alcalde doctor Florentino Muñoz García, a quien le hizo entrega la dama, de una cantidad de recibos de Tesorería manifestando que esa era prueba de responsabilidad contra su esposo quien le estaba robando al Municipio.

2º Clausurada le investigación, el Juzgado Segundo Superior de Armenia, mediante providencia de 16 de noviembre de 1962, ordenó, entre otras cosas abrir causa criminal contra Hernán Manzano Duque, por el delito de peculado, "consistente en haberse apropiado o haber hecho uso indebido de la suma de catórce mil setecientos treinta y ocho pesos con veinte centavos ($ 14.738.20) moneda corriente, que por razón de sus funciones como Cajero General encargado, de la Tesorería de Rentas Municipales de Armenia, estaba encargado de recaudar, o administrar, o guardar; hechos que ocurrieron en esta ciudad de Armenia en el tiempo comprendido entre el 1º de diciembre de 1960 y el 11 de marzo de 1961, con perjuicio de los intereses del Municipio de Armenia, la Beneficencia y la Nación".

3º El Tribunal Superior, por auto de 27 de junio de 1963, al conocer por apelación de la resolución del Juzgado, la confirmó en todas sus partes.

4º Practicadas en juicio las pruebas solicitadas por las partes y surtida la audiencia pública, la instancia dictó el fallo definitivo el 19 de noviembre de 1963, condenando al recurrente y a otros procesados a la pena principal de cuatro años y ocho meses de presidio y accesorias correspondientes, fallo que confirmó el superior por medio del proveído que ahora examina la Corte a virtud del recurso extraordinario de casación.

Demanda de casación

El doctor Miguel A. Sánchez Méndez, en su calidad de apoderado del recurrente, formuló para sustentar el recurso la demanda que está contenida en el escrito

que obra de folios 10 a 24 del cuaderno de la Corte.

El acusador alega solo la causal segunda del artículo 567 de C. de P. P., que es aducible en juicios como éste, ya que el fallo, al no haber intervención del Jurado, se produce en derecho.

Al plantear el cargo endereza toda su argumentación a demostrar que los indicios estimados como graves por el ad-quem no están debidamente establecidos en el proceso y que, por lo mismo, en los autos no se reunen los presupuestos que para condenar exige el artículo 203 del C. de P. P.

Del fallo del Tribunal el demandante transcribe la relación de los elementos indiciarios y, a continuación, se limita a hacer una crítica o valoración subjetiva del mérito de los distintos elementos de juicio, como si se tratara de un alegato de instancia.

El resumen de la impugnación para dar por cierto que en la sentencia recurrida se le atribuyó a los hechos un valor probatorio que no tienen, error determinante en la condenación de Manzano Duque, está contenida en los siguientes apartes del libelo:

"Considero, con el respeto que me merece el H. Tribunal Superior de Pereira, que por errada interpretación ha dado un valor probatorio que no tiene a la sindicación que contiene el testimonio de **Nohelia Barrios de López**, sacando de éste, al cual no se le hizo la crítica necesaria que hubiera conducido a desecharlo, la consecuencia de que los López pactaron con **Manzano** y otros la posición que adoptarían ante la Justicia. Y de ésto, a su turno, se dedujo equivocadamente que **Manzano** participó en el delito.

"Se apreció erradamente el testimonio de los señores **Buriticá, Toro y Arbeláez**, también sin crítica alguna, dándole un valor probatorio que no tiene a la sindicación indirecta que hacen a **Manzano** afirmando haberla oído de labios de **López**.

"Se apreció erradamente, hasta el punto de llegar a considerarlo como "indicio prácticamente necesario", el hecho de haber desempeñado **Manzano** la Caja de la Tesorería por algunos días y consecuencialmente haber puesto su inicial en algunos recibos de los sustraídos por Guillermo López o por Ferney.

"No se le dio el valor adecuado a la confesión de **Guillermo y Ferney López**, a pesar de haberla aceptado en su integridad para lo que los perjudicaba y para lo que los favorecía jurídicamente, desconociendo el valor de las afirmaciones de dichos individuos en favor de **Manzano**. Resulta elemental que si la confesión debe aceptarse en lo favorable y en lo desfavorable al sindicado cuando se reunen los requisitos de todo orden para ello, reuniéndose a cabalidad en este caso es preciso también creer al confesante lo que favorezca a terceras personas con detrimento de sus intereses, mientras no se demuestre intención de desviar la investigación contra los intereses de la administración de justicia, caso en el cual el **confesante** caería dentro del precepto del artículo 187 del Código Penal, tercer inciso.

"Finalmente, aseguro que se le dio un valor totalmente errado al hecho de haberse sustraído el señor Mejía a la acción de la justicia, deduciéndolo el Tribunal de tal hecho un indicio contra el señor **Manzano** en forma por demás desacertada.

"Si bien es cierto un número de indicios no necesarios pueden reunirse en su apreciación para deducir de ellos una prueba completa, cuando aquellos indicios se han elaborado sobre hechos equívocos y no han sido acertadamente apreciados, el resultado no puede ser esa suma ideal sino por el contrario una protuberante injusticia o el reconocimiento de la inocencia del sindicado.

"Con la desacertada valoración de los hechos que he puntualizado y el desconocimiento del valor probatorio de la confesión de los sindicados, se llegó a afirmar erradamente que dentro del proceso se reunía

la plena prueba de la responsabilidad del señor Manzano, contrariando lo preceptuado por el artículo 203 del C. de P.P., concordante con el 205 de la misma obra".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima, previo un estudio de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, así como de un detenido examen crítico de las pruebas de cargo contra el recurrente, que la causal invocada no prospera, dado que el sentenciador apreció correctamente el recaudo probatorio, sin que surja, en modo alguno el error notorio u ostensible que da base a la causal segunda de casación.

Consideraciones de la Corte

1º En este juicio, rituado sin intervención del jurado, como antes se indicó, los medios de convicción que las instancias tuvieron en cuenta, primero para proferir el auto de proceder, y luego para dictar sus fallos condenatorios, enseñan, sin lugar a dudas, la comisión del delito de peculado y la responsabilidad del recurrente, en el grado y forma deducidos en la condenación.

2º Tratándose de prueba indiciaria, es obvio que los Jueces para estimarlas disponen de un arbitrio racional y lógico, y salvo un manifiesto o protuberante error al fijar el alcance de cada hecho, su concatenación con otros o la inferencia que guarden con lo que se trata de demostrar, la Corte no puede en casación entrar a imponer un criterio evaluativo o crítico de la prueba, pues su función jurisdiccional no se confunde con la de Tribunal de instancia. En casación, cuando se trata del motivo previsto en el ordinal segundo del artículo 567 del C. de P. P. el recurso prospera solo si el fallo acusado, al estimar los medios probatorios, incurrió en error manifiesto, hasta el punto de carecer la sentencia de una base probatoria legal, conforme a los dictados de los artículos 203 y concordantes del mismo código.

3º La Sala ha sido muy explícita en su doctrina en este punto y sobraría ahora insistir acerca de las condiciones probatorias que autorizan a hablar del error de hecho y de la violación indirecta de la Ley Penal.

4º Por último, conviene observar que el señor apoderado en la demanda se limita a criticar, sin demostración alguna evidente, los medios de prueba, y, simplemente señala su personal criterio de estimación de las pruebas por él examinadas, para concluir que el Tribunal debió apreciarlas de un modo distinto.

Lo expresado en todas las consideraciones anteriores indica que el recurso habrá de desecharse.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación ameritado, y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

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

Pioquinto León L., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ESCUELA SUPERIOR DE JUSTICIA

DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES.- SUPUESTA NULIDAD SUPRALEGAL.

Efecto retroactivo al procedimiento ordinario más favorable al reo que el Decreto 0012 de 1959. — Facultad del Tribunal para revocar el fallo de primera instancia proferido cuando estaba en vigencia este Decreto. — El Juzgado del conocimiento en ninguna forma pretermitió el derecho de defensa del procesado. — Causal 4ª de casación penal.

El Tribunal, al conocer del fallo de segunda instancia, tenía facultad de revocarlo, y para que todo el proceso se surtiera de conformidad con el procedimiento más favorable al reo, fue que dictó el auto que el apoderado de éste considera como un motivo de nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta, que establece una garantía dentro del proceso penal a favor del reo, garantía, que precisamente el Tribunal buscó que se cumpliera con su providencia del 8 de agosto de 1962 que el recurrente considera, sin motivo, como una causal de nulidad fundada en la disposición constitucional que precisamente el citado Tribunal quiso tuviera aplicación en este caso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo).

Vistos

Cumplidos los trámites propios, procede la Corte a resolver de fondo, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 28 de agosto de 1963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la que al confirmar el fallo de primera instancia pronunciado por el Juez Tercero Superior de dicha ciudad, se condenó a **Félix María Tapiero Peñuela** por los delitos de homicidio y lesiones personales, consumados el primero en Gerardo Chilatra y el segundo en Simón Rodríguez, a ocho años y ocho meses de presidio, de acuerdo con hechos ocurridos el 2 de abril de 1961, en el punto denominado Alto de San Nicolás, de la vereda de Peralonso, comprensión municipal de Ortega, departamento del Tolima.

Antecedentes

Dada la única causal invocada, no es el caso de hacer un relato pormenorizado sobre la forma como ocurrieron los hechos que dieron origen a este proceso, por cuanto se trata en la demanda de casación de impugnar el fallo acusado, exclusivamente con fundamento en la causal 4ª contenida en el artículo 567 del Codigo de P. Penal.

Al proceso se le dio en primera instancia aplicación a lo dispuesto en el Decreto extraordinario Nº 0012 de 1959, vigente cuando sucedieron los hechos, para los Departamentos que continuaron en estado de sitio, que rigió hasta el 31 de diciembre de 1961.

Aplicando dicho procedimiento, el Juez 3º Superior de Ibagué a quien le correspondió el conocimiento del negocio, por sentencia del 13 de diciembre de 1961, condenó a Félix María Tapiero a la pena principal de

ocho años y diez meses de presidido y a las accesorias correspondientes.

Al conocer por apelación el Tribunal Superior de Ibagué de la sentencia de primer grado, en providencia de 8 de agosto de 1962, revocó el fallo apelado y ordenó que volviera al juez del conocimiento para que lo calificara de acuerdo con las normas del C. de P. Penal.

En cumplimiento a lo resuelto por el superior, el Juzgado calificó el mérito del sumario, abriendo causa criminal de oficio contra Félix María Tapiero, con intervención del jurado, como único autor del delito de homicidio en Gerardo Chilatra y del de lesiones personales consumado en Simón Rodríguez.

Convocado el jurado y celebrada la audiencia pública, a éstos se les propuso los cuestionarios correspondientes, de acuerdo con los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder y en el que se le llamó a responder por un delito de homicidio simplemente voluntario, sin reconocerle circunstancias agravantes ni atenuantes.

Los cuestionarios fueron contestados afirmativamente, por mayoría de votos, especialmente por lo que se refería al delito de homicidio cometido en Gerardo Chilatra, en el que uno de los jurados expresamente reconoció la circunstancia atenuante de haber obrado en estado de ira e intenso dolor, por grave e injusta provocación.

El Juzgado 3º Superior, teniendo en consideración la respuesta dada por los jurados, profirió el fallo del 5 de abril de 1963, en que se condenó a Félix María Tapiero a la pena de ocho años y ocho meses de presidio y a las penas accesorias correspondientes.

El Tribunal Superior de Ibagué al revisar el fallo de primera instancia, lo confirmó en todas sus partes en el de fecha 28 de agosto de 1963, fallo que ha sido objeto del recurso que se estudia.

Demanda de casación

El escrito que contiene la demanda se ajusta a los requisitos formales exigidos por la ley en estos casos; en ella, después de hacer un breve relato de los hechos y de la actuación procesal, invoca como causal única, la 4ª del artículo 567 del C. de P. Penal que dispone: "Hay lugar a casación cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Con invocación de esta causal, el señor recurrente formula dos cargos, alegando una supuesta nulidad por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. Y para demostrar tales cargos expone lo siguiente:

"Los hechos que se investigaron y fallaron en la sentencia recurrida en casación se sucedieron el 2 de abril de 1961, cuando estaba en vigencia el Decreto 0012 de 1959, de ahí que el procedimiento adoptado para investigar tales ilícitos es perfectamente legal. La sentencia del 13 de diciembre de 1961 proferida por el Juzgado Tercero Superior de Ibagué también es perfectamente legal porque aún estaba vigente la disposición ántes citada.

"En consecuencia de lo anterior, el H. Tribunal de Ibagué, al dictar el auto del 8 de agosto de 1962 incurrió en una nulidad supralegal porque ordenó darle al proceso una tramitación distinta a la que legalmente le correspondía.

"La H. Corte Suprema de Justicia ha mantenido la doctrina de que las sentencias de primera instancia proferidas bajo el imperio del Decreto 0012 de 1959 son perfectamente legales. (Casación de Sofía Sánchez Díaz, 1962, Magistrado Ponente doctor Humberto Barrera Domínguez).

"Se podrá argüir que en este caso se aplicó el principio de mayor favorabilidad de la ley del procedimiento penal ordinario, pero lo cierto es que esta tesis no puede prevalecer sobre las leyes mismas del proceso que ordenaron en un momento dado un pro-

cedimiento especial que como tal tenía preferencia. Además en el caso que estudiamos la prueba de cargo que existe contra Tapiero muy difícilmente constituye la plena prueba exigida para condenar por el Art. 203 del C. P. P. En consecuencia si el fallo fuera en derecho, habría lugar a esperar una posible sentencia absolutoria en favor del procesado, o habría lugar a sustentar la causal segunda de casación en la que podría discutirse el valor legal que se le ha dado a algunas pruebas que carecen de valor probatorio alguno.

"Resumen del cargo

"El auto de 8 de agosto de 1962 proferido por el H. Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué ordenó darle al proceso una tramitación diferente a la que legalmente le correspondía y en consecuencia la sentencia es violatoria del Art. 26 de la Constitución Nacional.

"Segundo cargo

"La sentencia es violatoria del Art. 26 de la Constitución Nacional, por haberse producido en un juicio en el cual no se observaron las formalidades propias de él.

"Demostración del cargo:

"Al ordenar el H. Tribunal que el proceso se tramitara por las normas del C. P. P. el auto de detención proferido por el alcalde de Ortega contra el sindicado perdió su carácter de inapelable y en consecuencia la apelación interpuesta por éste y visible al Fl. 14 ha debido concederse antes de entrar a la calificación del sumario, o por lo menos ha debido decirse algo sobre ella. Al no hacerlo el Juzgado de conocimiento pretermitió el derecho de defensa del procesado y consecuencialmente incurrió en nulidad supralegal o constitucional. Por otra parte el mencionado auto de detención no fue notificado en debida forma ni al apoderado del sindicado que se encontraba posesionado desde el momento de la indagatoria, ni al agente del Ministerio Público, violando en esta forma el Art. 166 y 172 del C. P. P.

"Resumen del cargo:

"Al no decidirse sobre la apelación del auto de detención interpuesta por el sindicado en el momento de la notificación se desconoció el derecho de defensa, por lo cual se incurrió en la nulidad Constitucional antes transcrita y por otra parte se incurrió en nulidad legal por no notificación del auto de detención".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al dar respuesta a la demanda de casación, pide que se deseche el recurso propuesto por no encontrar justificada la causal aludida.

Para ello reproduce los fundamentos que tuvo el Tribunal para revocar la sentencia de primer grado y disponer que el asunto se tramitara de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Penal, de los cuales participa el señor Agente del Ministerio Público

Dice este funcionario que no halla "en manera alguna violación del Art. 26 de la Carta, y por ende, presencia de una nulidad supralegal en el proceso, por el hecho de habérsele proporcionado a Tapiero posibilidades de mayor favorabilidad para su defensa al tramitarse su negocio dentro de los ordenamientos comunes". Agrega que, "de otro lado el impugnador no ofrece demostración del cargo que propone, de suficiente mérito para ser consideradas, ya que ellas se hacen sobre terreno meramente hipotético y sobre la base de que el Art. 203 del C. de P. P. no obtuvo comprobación suficiente en los cargos".

En cuanto al segundo cargo formulado con fundamento en la misma causal, el colaborador Fiscal responde: "En ninguna forma el Juzgado del conocimiento pretermitió el derecho de defensa del procesado al no hacer referencia, expresa ni tácita, a la apelación propuesta contra el auto precautelativo mediante el cual se detuvo a Tapiero. Este derecho de defensa en forma extraordinariamente amplia se satisfizo con

la tramitación del negocio a impulso de las normas del C. de P. P. Si bien el dicho auto no fue notificado al apoderado del sindicado ni al Agente del Ministerio Público, no se violó con ello ni el artículo 166 ni el Art. 172 de C. de P. P. hasta el extremo de que la omisión de la notificación al Agente Fiscal afectara las formalidades propias del juicio en relación con el Art. 26 de la Constitución. Ni siquiera los artículos 198 y 199 del C. de P. P. contemplan, —como simples nulidades establecidas por la ley—, las invocadas por el opositor".

Consideraciones

Como se ha visto, el demandante formula dos cargos con fundamento en una supuesta nulidad supralegal, en que según su criterio, se ha incurrido en la actuación en este proceso, y con fundamento en ello solicita que se invalide la sentencia recurrida y en su lugar se reponga lo actuado a partir del auto de 21 de agosto de 1962, a fin de que se dé trámite a la apelación del auto de detención por indebida notificación del mismo.

Subsidiariamente propone que se ordene reponer todo lo actuado, a partir del auto del 8 de agosto de 1962, por medio del cual se ordenó darle al proceso una tramitación distinta a la que legalmente le correspondía.

El Tribunal Superior de Ibagué, en auto del 8 de agosto de 1962, que el actor considera como motivo de una nulidad supralegal, al ordenar darle al proceso la actuación prevista en el C. de P. P., revocando para ello el fallo de primera instancia, expuso las razones siguientes:

"Es de advertir, que el Decreto 0012 de 1959, rigió hasta el 31 de diciembre del año próximo pasado y que a partir del primero de enero de este año recobró su vigencia el procedimiento penal ordinario, gracias al levantamiento del estado de sitio. Es bien sabido que por mandato de la Constitución, las leyes de emergencia dictadas bajo el imperio del estado de sitio, quedan derogadas automáticamente que éste se levanta.

"Los tratadistas están acordes en afirmar, que las actuaciones cumplidas cuando rigen las leyes de emergencia, son completamente válidas, pues de no ser así se pecaría contra la estabilidad del proceso. Pero también afirman, que siempre se debe aplicar al proceso la ley permisiva o favorable, en el momento en que se juzga. Es decir, se acepta en determinadas circunstancias la retroactividad de la ley más favorable al sindicado.

"Se trata entonces, de conciliar a la luz de nuestra legislación positiva estos dos criterios: Validez de la actuación cumplida y retroactividad de la norma penal más favorable. El artículo 26 de la Constitución Nacional dice: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". Este principio fue repetido en el artículo 5º del C. de Procedimiento Penal que a la letra dice: "En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior al acto que se impute, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

"Indudablemente, que en el momento actual la ley favorable para los procesados es la del enjuiciamiento penal ordinario. Para dictar su fallo el Juez tiene que olvidarse de la existencia del Decreto 0012 y acomodarla expresamente al nuevo estatuto. Se podría afirmar que en estos casos ya hay sentencia de primer grado dictada por el juez y que ésta no puede ser anulada en virtud de que el procedimiento anterior tiene absoluta validez. La tesis es cierta, pero se debe tener en cuenta que esa sentencia de primer grado, que en la primera instancia apenas cerró la etapa sumarial, es susceptible de ser revocada, o reformada, sin que se peque contra las leyes del proceso.

"Así las cosas, para no dar lugar a la excepción de inconstitucionalidad, con base en el artículo 26 de la Carta Fundamental de la República, se debe revocar en su tota-

lidad la providencia que ahora ocupa a la Sala, para que el señor Juez de primera instancia califique el mérito del sumario de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Penal. Bajo el punto de vista formal, la revocatoria se justifica porque se pretermitió en la primera instancia toda la etapa de la causa. Es cierto que esa pretermisión operó por mandato del decreto que tenía fuerza de ley, pero también lo es que actualmente y desaparecido el decreto que así lo ordenaba, nadie puede ser juzgado, sin que haya previo llamamiento a juicio, audiencia pública, etc.".

El Tribunal pretendió, como se ve, con esta providencia, darle efecto retroactivo al procedimiento ordinario más favorable al reo que el Decreto 0012 de 1959 cuya vigencia había cesado por efecto de haberse levantado el estado de sitio; en esta forma quiso que la actuación cumplida en primera instancia, aun cuando válida, por haberse desarrollado y dictado el fallo correspondiente durante la vigencia de dicho decreto, se cumpliera con sujeción a las normas de la ley más favorable para el procesado en atención principalmente a lo dispuesto en el Art. 26 de la Constitución, en cuanto establece que en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, principio éste que fue repetido por el Art. 5º del C. de P. Penal.

El Tribunal, al conocer del fallo de segunda instancia, tenía facultad de revocarlo, y para que todo el proceso se surtiera de conformidad con el procedimiento más favorable al reo, fue que dictó el auto que el apoderado de éste considera como un motivo de nulidad constitucional por violación del Art. 26 de la Carta, que establece una garantía dentro del proceso penal a favor del reo, garantía, que precisamente el Tribunal buscó que se cumpliera con su providencia del 8 de agosto de 1962, que el recurrente considera, sin motivo, como una causal de nulidad fundada en la disposición constitucional que precisamente el citado tribunal quiso tuviera aplicación en este caso.

En cuanto al segundo cargo formulado a la sentencia con base en la misma causal 4ª, por el hecho de no haberse notificado al Fiscal ni al sindicado el auto de detención proferido por el Alcalde Municipal de Ortega, y por cuanto nada se decidió acerca de la apelación interpuesta contra dicho auto por el sindicado, la Sala acoge las razones expuestas por su colaborador fiscal para rebatir dicho cargo, el que por lo tanto, considera que no tiene fundamento ni eficacia para invalidar la sentencia acusada con fundamento en una nulidad constitucional.

De lo dicho se sigue, que la única causal de casación invocada no puede prosperar, y que, por lo tanto, el fallo no puede ser invalidado.

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 Segundo Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, del 28 de agosto de 1963, a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Pioquinto León L., Secretario.

REHABILITACION EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION DE ABOGADO

Lapso de prescripción de la acción penal. — En las sentencias de segunda instancia, respecto de las cuales no procede el recurso de casación, la ejecutoria se produce una vez notificadas las partes. — Publicación de los fallos en materia penal. — Notificación personal a los defensores. El denominado "domicilio procesal" se relaciona con los juicios civiles únicamente. — El efecto retroactivo de la ley penal, cuando es favorable al procesado, no puede extenderse a la jurisprudencia. — Aplicación analógica en materia penal. — La cancelación de la matrícula de abogado implica una sanción perpetua, pero ello no impide que proceda la rehabilitación, dado el precepto contenido en el inciso 3º del artículo 113 del Código Penal. — Competencia para resolver sobre la rehabilitación.

1. Es cierto que el Art. 172 del C. de P. P., dispone que "todo acto o sentencia se notificará personalmente al Agente del Ministerio Público". Pero no es verdad que en este negocio se dejara de cumplir tal mandato, pues de la testación dejada por la Secretaría de la Sala Penal de la Corte, que obra al folio 52 vt. del segundo cuaderno, aparece que el fallo de 3 de mayo de 1958 fue notificado al señor Procurador Delegado en lo Penal.

El Art. 309 del C. de Procedimiento Civil señala que "las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de los diez días de publicadas se hacen saber por medio de un edicto que contiene...".

De esta norma desprende el acusado que la sentencia antes mencionada ha debido publicarse. Ciertamente tal publicación no se hizo, pero tampoco correspondía llevarla a cabo. Este requisito de la publicación no procede para los fallos en materia penal sino "a solicitud del acusado absuelto o de la parte lesionada por el delito" (Art. 53 del Código Penal) o "como pena accesoria de las de presidio y prisión, siempre que no se otorgue la condena condicional y que no se trate de menores de dieciocho años, ni de delitos contra las buenas costumbres o el orden de las familias..." (Art. 54 ib.).

Y como ninguna de las circunstancias antes anotadas se da en el caso de que trata este negocio, es obvio que el fallo aludido no requería la publicación.

Recuérdese el Art. 166 del C. de P. P., el cual indica: "Los autos o sentencias que no se hayan notificado personalmente pasados dos días de la fecha del pronunciamiento, se notificarán, respectivamente, por estado o por edicto".

Así, pues, la notificación que se llevo a cabo mediante edicto, cumplió los efectos legales pertinentes.

Sobre este particular, dice el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que "la supuesta violación del Art. 309 del C. J. apenas existe en la imaginación del recurrente, porque una sentencia en materia penal no tiene por qué ser objeto de la publicación prevista en el referido Art. 309, y cuando no ha sido notificada personalmente, pasados dos días de la fecha de su pro-

ferimiento, debe ser notificada por edicto, sin necesidad de previa publicación por el término de diez días".

El Art. 313 del C. de Procedimiento Civil señala que "las partes y sus apoderados tienen obligación de poner en noticia del juez de la causa cuál es su casa de habitación u oficina, y si no la tienen, cuál es la que designa para que en ella se les hagan las notificaciones personales".

De este precepto desprende el recurrente que el fallo de esta Sala, de 3 de mayo de 1958, ha debido ser notificado personalmente a su defensor, porque él indicó la dirección de su oficina de abogado, en esta ciudad.

Para indicar lo contrario, es suficiente tomar en consideración el Art. 169 del C. de P. P. en el cual se dice que "por regla general los autos y sentencias se notificarán personalmente a los apoderados o defensores que concurrieren a la Secretaría; pero si oportunamente no se presentaren, se notificarán por estado o por edicto, según el caso".

Dentro de las excepciones a esta regla, a las cuales aluden los Arts. 170 y 171 del C. de P. P., no se encuentra la providencia que señala el recurrente, pues en las citadas disposiciones se indica que deben notificarse personalmente al defensor, únicamente el auto de proceder; el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen hechos que probar en el juicio; el auto en que se formulan los cuestionarios que haya de absolver el jurado; el auto en que se señala, en los juicios en que intervienen los jueces de hecho, día y hora para el sorteo, y el auto en que se indica el día para la celebración del juicio.

La obligación de constituir el llamado en la doctrina "domicilio procesal" a que alude el Art. 313, tiene relación con los juicios de naturaleza civil, pero no con los de orden penal, pues la notificación personal a los defensores, en estos últimos asuntos, obliga apenas en los casos ya indicados.

2. La Sala está de acuerdo con el Tribunal Superior de Medellín, pues ciertamente la acción penal seguida contra el recurrente no ha prescrito. El lapso de cinco años no había transcurrido cuando el fallo de la Corte, de 3 de mayo de 1958, quedó en firme. Y ese era el término que, según doctrina de la Sala, se tomaba entonces en cuenta para que tuviese lugar la prescripción de la acción penal con respecto a las faltas graves que reprime la Ley 69 de 1945. Y si bien la Corte, desde la providencia de 27 de noviembre de 1960 (G. J. Tomo XCIII, Págs. 746 a 755) ha venido sosteniendo que todas las faltas de los abogados contra la ética profesional tienen el carácter de contravenciones, y, por tanto, la acción penal prescribe en un año, es obvio que esta doctrina no puede aplicarse al caso **sub-judice**, dándole el efecto retroactivo que pretende el acusado y la Constitución Nacional (Art. 26) solamente señala para que la ley penal permisiva o favorable frente a un fallo que se ocupó, de manera expresa, de declarar que la acción penal no había prescrito, porque no había transcurrido el término correspondiente. Tómese en cuenta que ni siquiera tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, tienen la obligatoriedad de la ley, sino que apenas constituyen doctrina probable.

Si una sentencia en materia penal queda ejecutoriada cuando contra ella no se ha interpuesto recurso alguno dentro del término legal, y no debe ser consultada (Art. 196 del C. de P. P.), o, si recurrida o consultada, queda en firme la providencia que rechaza el recurso o decide sobre éste o sobre la consulta con resolución confirmatoria, es obvio afirmar que un fallo de segunda instancia como lo es la providencia del 3 de mayo de 1958, el cual no admite recurso alguno, queda en firme una vez haya sido notificada a las partes, sin que requiera término de ejecutoria.

La aclaración de los fallos en cuanto a los conceptos o frases que ofrezcan serios motivos de duda (Art. 482 del C. de P. Civil), o la enmienda del yerro numérico en que se haya incurrido en ellos (Art. 194 del C. de P. P. y 483 del C. de P. Civil), no

son verdaderos recursos, como que a tal aclaración y enmienda se puede llegar oficiosamente y no permiten que se modifique el fondo mismo de la cuestion resuelta. Además, la ley no menciona esa aclaración y enmienda dentro de los recursos ordinarios o extraordinarios.

Aseverar que una sentencia no queda ejecutoriada, así no proceda contra ella recurso alguno, mientras no transcurra el lapso de ejecutoria, solo porque el Art. 482 del C. de P. Civil indica un término para que pueda el juzgador aclararla, ya de oficio o a instancia de parte, es pretender que ese fallo no tiene el carácter de definitivo y que no ha hecho, por tanto, tránsito a cosa juzgada, como si esa aclaración de las frases o conceptos que ofrezcan serios motivos de duda pudiera afectar el objeto mismo del juzgamiento. Y, además, no tendría explicación que el yerro numérico pueda enmendarse en cualquier tiempo (Art. 194 del C. de P. P. y 483 del C. de P. Civil), esto es, aún después de que se haya empezado a cumplir la pena, en caso de un fallo condenatorio.

La Sala Plena de la Corte, en providencia de 5 de agosto de 1955 (G. J. Tomo LXXX, Pág. 265), dijo que "el poder de la aclaración que tiene el juzgador respecto de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, contenidos en una sentencia por él proferida, no se extiende o llega hasta poder modificar, so pretexto de aclaración, la parte resolutiva de una providencia ejecutoriada".

Esta primera petición del acusado fue bien denegada por el a-quo, pues la sentencia de 3 de mayo de 1958, de esta Sala, quedó en firme al ser notificada a las partes y en esa fecha no había transcurrido el término de cinco años, indicado entonces por la Corte, para que prescribiera la acción penal con respecto a las faltas graves contra la ética en el ejercicio de la profesión de abogado.

3. Con fundamento en el Art. 9º de la Ley 69 de 1945, al peticionario le fue impuesta la pena de cancelación de su matrícula de abogado. Esta sanción, es obvio, tiene el carácter de perpetua. ¿Pero esa calidad de la pena impide al condenado obtener la rehabilitación? Debe responderse que no, pues para la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, aún en el caso de ser impuesta esta sanción como perpetua, es pertinente la rehabilitación, y, analógicamente, corresponde indicar lo mismo en cuanto a la pena impuesta al recurrente.

El Art. 113 del Código Penal dice: "La interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, proveniente de una condena, cesará por la rehabilitacion.

"Si tales penas fueren accesorias, no podrá pedirse la rehabilitación sino cuando el condenado hubiere observado una conducta que haga presumir su reforma, y después de transcurridos cuatro años a partir del día en que se haya cumplido la pena principal.

"Si la mencionada interdicción no fuere accesoria de otra sanción, la rehabilitación no podrá pedirse sino cuatro años después de ejecutoriada la sentencia en que ella se impuso.

"Los plazos señalados para solicitar la rehabilitación se duplicarán cuando se trate de reincidentes".

Como un caso en el que la pena de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas se impone como perpetua, con el carácter de sanción principal y no accesoria de otra, se tiene el Art. 167 del Código Penal.

¿Puede aseverarse que este evento punible está exento de rehabilitación?

Es claro que no, porque esta condición restrictiva no está señalada en el precepto inmediatamente antes citado ni en ninguna otra norma de las leyes penales. Tampoco se dice tal cosa en el Art. 113 del Código Penal. Antes bien, en este precepto se indica que "si la mencionada interdicción no fuere accesoria de otra sanción..." (como ocurre en el Art. 167 del mismo estatuto)... "la rehabilitación no podrá pedirse sino

cuatro años después de ejecutoriada la sentencia en que ella se impuso". Esto es, que es pertinente para las eventualidades en las que esa pena es señalada como sanción principal, sin eximir los casos en que es indicada como perpetua.

En la obra de César Camargo Hernández sobre "La Rehabilitación" (Editorial Bosch, Barcelona, 1960) se dice en la página 26 que "es indudable que la rehabilitación es instituto jurídico que pertenece al derecho penal sustantivo, y ésto, por la sencilla razón de que es una causa de extinción de las inhabilitaciones perpetuas, penas accesorias u otras consecuencias de la condena (antecedentes penales, pérdida de la carrera, etc.), según las distintas legislaciones, y, por tanto, tan de naturaleza sustantiva como las demás causas de extinción de la responsabilidad criminal". (Subraya la Sala).

Ahora bien: el Art. 10 del Código Penal preceptúa que "las disposiciones preliminares y las contenidas en el libro primero de este Código se aplicarán también a las materias de que tratan otras leyes penales, siempre que en éstas no se disponga otra cosa".

En la Ley 69 de 1945 no se dice nada en contrario, con respecto a la posibilidad de rehabilitación de los abogados a quienes se imponga la pena de cancelación de la matrícula. Y el carácter penal de este estatuto ha sido reconocido en diferentes ocasiones por esta Sala. En consecuencia lo que dispone el Art. 113 del Código Penal es aplicable en este negocio, con criterio analógico, pues cabe éste cuando se trata de materias que favorecen al procesado.

Refuerza esta conclusión el hecho mismo de que, sin embargo de que el Art. 113 del Código Penal alude solamente a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, el Art. 682 del Código de Procedimiento Penal se apoya en aquél para indicar que la rehabilitación de la patria potestad corresponde al juez que dictó la sentencia de primera instancia, de acuerdo con las condiciones señaladas en el Art. 113 del Código Penal".

Tómese en consideración que el Art. 42 del Código inmediatamente antes citado, también señala como perpetua esta sanción, pues habla de "la pérdida o suspensión de la patria potestad", pérdida de esa calidad que, de acuerdo con el Art. 58 de la misma obra, se impone como sanción accesoria en los casos en que se señala la de presidio.

Si la esperanza de la rehabilitación induce al reo a la enmienda y facilita, por tanto, su readaptación a la vida en sociedad —misión primordial de la pena—, es obvio que proceda aún con respecto a quienes han sido reprimidos con una pena perpetua, tanto más cuando el condenado ha puesto de presente su enmienda.

4. El peticionario comprobó su buena conducta a partir de la fecha en que le fue cancelada su matrícula de abogado. Acreditó, por tanto, las condiciones pertinentes señaladas en el Art. 683 del C. de P. P. para que pueda otorgársele la rehabilitación.

De otra parte, también ha transcurrido un lapso superior al previsto en el inciso tercero del Art. 113 del Código Penal (el de cuatro años), indispensable para que la rehabilitación pueda concederse.

5. En cuanto a la competencia para conocer de esta solicitud, es evidente que corresponde, de acuerdo con el Art. 682 del C. de P. P., "al juez que dictó la sentencia de primera instancia", en este caso, el Tribunal Superior de Medellín.

Ello es así, no solo porque de otros institutos penales debe conocer el juez que profirió el fallo condenatorio (orden de ejecutar la sentencia, en los casos de condena condicional —Art. 82 del C. P.—; libertad condicional —Art. 671 del C. de P. P.—; aplazamiento de la ejecución de la pena —Art. 641 del C. de P. P., y suspensión de la ejecución de la sanción —Art. 99 del

C. P. y 643 del C. de P. P.—, entre otros), sino porque el mismo criterio analógico lleva a que se tome en cuenta el referido artículo 682 para otras situaciones distintas de la que allí se menciona. El Art. 8º de la Ley 153 de 1887 dice que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio siete de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez)

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado, doctor Pablo Emilio Vargas Gutiérrez, contra la providencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el primero de octubre último, mediante la cual —en desacuerdo con el Ministerio Público— niega "las peticiones formuladas..." por el recurrente ..., "relacionadas con la rehabilitación en el ejercicio profesional y la declaración de prescripción de la condena que le fue impuesta".

Reseña del proceso

El día veinte de junio de mil novecientos cincuenta y seis el Tribunal Superior de Medellín hizo las siguientes declaraciones en el negocio seguido contra el doctor Vargas Gutiérrez, relacionado con supuestas faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía:

"1ª La acción seguida en este proceso contra el abogado Pablo Emilio Vargas Gutiérrez no ha prescrito;

"2ª Cancélase al mismo abogado Pablo Emilio Vargas Gutiérrez la matrícula profesional que, en calidad de abogado titulado, y con el número de orden 898, le expidió el Tribunal Superior de Popayán, por acuerdo número 12, de doce de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, cuya copia aparece en el expediente;

"3ª Sáquense por la Secretaría copias de las presentes diligencias sumarias y pásense a las autoridades judiciales competentes, para que investiguen y decidan si los hechos ejecutados por el abogado Vargas Gutiérrez, de que dan cuenta los autos, tienen o no el carácter de delictuosos".

La Sala Penal de la Corte, al resolver el recurso de apelacion que contra el anterior proveído interpuso el profesional acusado, confirmó lo resuelto por el a-quo, pues encontró probado el caso que sanciona el ordinal 3º del artículo 10 de la Ley 21 de 1931 que dice:

"Son causales para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión, las siguientes:

".....

"3ª Haber intervenido en cualquier forma en la celebración de actos tendientes a sustraer fraudulentamente los bienes a la persecución de los acreedores de una persona..."

Y en esta providencia —fechada el día tres de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho— también señaló la Corte lo que pasa a transcribirse, en cuanto a la prescripción de la acción penal:

"Lo mismo ante el Tribunal que ahora ante la Corte, el procesado ha insistido en alegar la prescripcion de la acción.

"El Tribunal consideró que, habiendo guardado silencio a este respecto la Ley 69 de 1945 y la Ley 21 de 1931, no había lugar a la extinción de la acción por este medio.

"No comparte la Sala este criterio, a pesar de la respetabilidad y sabiduría de quienes lo exponen. Y no lo comparte: a) porque siendo la prescriptibilidad de las acciones y de los derechos la regla general, y la imprescriptibilidad la excepción, para que

ésta surja en el terreno jurídico debe estar consagrada expresamente en una norma positiva e inequívoca de la ley. **Exceptiones sunt strictissime interpretationis.** b) porque, en armonía con ésto, es inconciliable que una acción penal por traición a la patria con las más atroces circunstancias de peligrosidad sea prescriptible, y que no lo sea, en cambio, una causa por faltas contra la ética profesional. Estas, por graves que lleguen a ser, no alcanzan a equipararse a las que cometen los traidores.

"El recurrente, no sin cierta habilidad, se esfuerza en hacer coincidir, por lo que hace a la prescripción, el concepto de 'faltas' contra la ética de la abogacía con las meras contravenciones de que trata el Código Penal. Pero los dos conceptos lejos de coincidir, tienen alcance muy diferente, como ya se ha visto.

"Para saber cuál es el lapso de la prescripción extintiva en este asunto, no se puede, pues, echar mano del artículo 115 del Código de las penas, porque este artículo es aplicable a contravenciones y no a faltas contra la ética profesional.

"Las leyes 21 de 1931 y 69 de 1945, en cuanto reprimen estas faltas, adicionan, en realidad, el código de los delitos y las penas. Estas leyes son de derecho público interno y vienen a formar parte especial del código.

'Siendo esto así como lo es y faltando en dichas leyes especiales la norma sobre prescripción, resulta claro que la aplicable al caso en estudio es la de carácter general contenida en el artículo 105 de la ley 95 de 1936.

"Como la represión de las faltas contra la ética de la abogacía no priva de la libertad al infractor, síguese que el lapso de la prescripción de la acción es el de cinco años (último inciso ibídem).

"El recurrente plantea, en subsidio esta prescripción, y la Sala debe decidir si está consumada o no, atendiendo a los artículos 106 y 107 del Código Penal.

"En esta clase de acciones es precisamente la providencia recurrida la que hace las veces de auto de proceder; y como evidentemente no está en firme, tampoco ha podido producirse la interrupcion de que trata el recién citado artículo 107.

"Desde cuándo, pues, comienzan a contarse los cinco años de la prescripción?

"En el folio 95 y en los siguientes del primer cuaderno consta que el 13 de mayo de 1953 'se trasladó el Juzgado 6º Municipal en lo Civil de Medellín al depósito situado en la calle 44-A número 57-49 con el objeto de practicar la entrega ordenada'... 'Al interrogar el señor Juez al señor Gómez sobre los bienes que habían quedado en el local, manifestó que habían sido retirados por el doctor Pablo Emilio Vargas. Se buscó (sic) con diligencia los bienes y efectivamente no fueron encontrados... Se continuó la diligencia pasando al depósito siguiente, situado en la misma calle, los mismos que intervinieron en la diligencia anterior más el doctor Pablo Emilio Vargas, quien dijo que los bienes habían sido retirados por él, y en realidad se buscaron y no se encontraron. Al preguntarle el señor Juez por el paradero de ellos, contestó que había dispuesto de ellos porque le pertenecían'.

"Se trata, como es claro, de una infracción continua (artículo 106 del Código Penal), cuyo último acto conocido se realizó el **trece de mayo de mil novecientos cincuenta y tres**, y que no podría declararse concluída sino en vista de una prueba convincente de que el procesado le puso término al propósito delictuoso que ha sido materia del juzgamiento. Lo cual quiere decir que en ningún caso han transcurrido los cinco años a que se refiere el artículo 105 del citado Código.

"La providencia del Tribunal habrá, por lo tanto, que confirmarla, pues por una parte la acción penal no ha prescrito y, por la otra, las faltas contra la ética profesional resultaron, como ya se vio suficientemente probadas".

El anterior fallo fue notificado personalmente al Ministerio Público el mismo día tres de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, y al procesado mediante edicto, el que permaneció fijado hasta el trece del mismo mes, fecha en la cual vencía el término legal de cinco días.

Corresponde transcribir las constancias secretariales sobre este particular:

"Hoy, tres de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, le notifico al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal la sentencia anterior de fecha de hoy. En fe de lo cual firma.— M. Bernal Medina A.— P. León, Secretario".

"Para notificar legalmente a las partes la anterior sentencia, se fijó edicto en lugar público de la Secretaría de la Sala, por el término de cinco días hábiles hoy, siete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, a las ocho de la mañana. Pioquinto León, Secretario".

"Edicto. El Secretario de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia hace saber que en el juicio sumario seguido al abogado Pablo Emilio Vargas Gutiérrez, por faltas contra la moral profesional, se ha dictado la sentencia siguiente. 'Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo tres de mil novecientos cincuenta y ocho ... Pioquinto León, Secretario".

"Para notificar legalmente a las partes la anterior sentencia, se fija este edicto en lugar público de la Secretaría de la Sala, por el término de cinco días hábiles, hoy, siete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, a las ocho de la mañana. Pioquinto León, Secretario".

"Certifico que el presente edicto permaneció fijado desde el día que en él se indica hasta hoy, trece de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, a las ocho de la mañana (el día 11 del presente mes, fue inhábil). Pioquinto León, Secretario".

Devuelto el negocio al Tribunal Superior de Medellín, allí se dispuso dar cumplimiento lo resuelto por la Corte (auto de 30 de mayo de 1958) y, en consecuencia, se enviaron comunicaciones a los Presidentes de los Tribunales Superiores de la República, a los Alcaldes, Jueces de Circuito y Municipales del Departamento de Antioquia y a los Jueces Superiores, de Circuito y Municipales de Medellín, para darles cuenta de la sentencia de que se ha hecho mención. En igual sentido se libró despacho a la Sección de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia.

Ahora bien:

En la providencia recurrida, el a-quo se apoya para no declarar prescrita la acción penal en lo siguiente:

"Al estudiar la H. Corte Suprema de Justicia por vía de revisión el caso de la cancelación de la inscripción de abogado del doctor Pablo Emilio Vargas, en su decisión correspondiente de fecha mayo 3 de 1958, precisamente consideró con las razones que se sirvió consignar, que la prescripción de la acción penal no se había operado, estimando con sujeción a la jurisprudencia sentada que esa acción penal prescribía en cinco años, de acuerdo con las normas del código penal, y que aunque en la ventilación del proceso correspondiente no se verificó interrupción de la acción porque no hay lugar a auto de proceder, es lo cierto que al dictarse la sentencia aquel tiempo no había transcurrido.

"Fue pues objeto de estudio por aquella entidad ese evento de alegación de prescripción, habiéndose desechado.

"La sentencia tiene la fecha indicada y fue notificada el 7 de mayo por edicto que se desfijó el 13 de mayo de 1958. Es decir, que ese día se surtió la notificación.

"El Código Judicial en el Art. 327 dice que las providencias no producen efecto sino una vez notificadas. Y el artículo 468 del mismo estatuye que una providencia queda en firme cuando no hay lugar con-

tra ella a recurso alguno, o cuando existiendo, no se ha interpuesto dentro del término que el interesado tiene para interponerlo, o cuando no deba ser consultada.

"Contra las providencias de segunda instancia no consagra el código procesal recurso alguno ordinario, sino apenas los extraordinarios por las causales que previamente determina.

"Fuera de esos casos no caben contra esas decisiones más recursos.

"El artículo 482 del Código Judicial, dice:

"La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado. Con todo, pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.

"Esta aclaración puede hacerse de oficio dentro del día hábil siguiente al de la notificación de la sentencia, o a instancia de la parte, hecha dentro de los tres días siguientes al de la notificación.

"Pero como bien se indica, no conduce esa vía de aclaración a modificación alguna de lo dispuesto en la sentencia, lo que quiere decir que ésta permanecerá intocable en su integridad para ser ejecutada posteriormente por la autoridad correspondiente

"La aclaración no es un recurso, y solo cabría en el caso de conceptos oscuros o dudosos, que en el caso de autos no se ofrecieron.

"Se deduce, entonces, que como contra la decisión no cabe recurso porque la aclaración no lo constituye, tal decisión prácticamente queda ejecutoriada al surtirse la notificación respectiva, que es cuando empieza a producir sus efectos. Desde ese momento el fallo es inalterable.

"Y con esa condición habrá de seguir no obstante que la aclaración se suscite.

"Luego, quedando en firme por esas circunstancias, es impertinente hacer un pronunciamiento sobre un proceso ya fenecido.

"Entrar el Tribunal a modificar un fallo ya proferido que constituye cosa juzgada sería entrar a usurpar competencia para producir en forma improcedente la revisión de un fallo de una Corporación de segunda instancia por una vía ordinaria, cosa que es contraria a los principios de ordenación y jerarquía procesal consagrados en el Código de Procedimiento Civil.

"Y por la vía extraordinaria, no está establecido ese recurso para el evento que aquí se contempla".

En cuanto a la rehabilitación demandada, el Tribunal Superior de Medellín anota en la misma providencia:

"La pena de cancelación de una licencia profesional restringe pero no desconoce por completo el derecho al trabajo. Y esa restricción, por lo que se anotó, tiene fundamento en una especie de colisión que se presenta en algunos casos, entre el interés particular y el colectivo... Al abogado a quien se le cancela la licencia se le impide apenas litigar en causa propia o hacerlo mediante representación en la ajena. Esto no obsta para que él trabaje como tal en distintas entidades de carácter privado o realice su actividad en esas esferas. Por eso, precisamente, se debe llegar a la conclusión de que la pena tantas veces mencionada simplemente constituye una retricción de los derechos de trabajo libre garantizados constitucionalmente.

"En síntesis, la sanción de cancelación de una licencia profesional es perpetua o indefinida en su duración porque la autoridad competente para fijarla, lo es también para modificar sus consecuencias. No va contra las normas constitucionales, como lo asevera el peticionario, y tiene respaldo aún en el mismo Código Penal cuya aplicación se invoca. El artículo 45 del estatuto aludido, refiriéndose a la duración de las penas, establece: 'La de prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o pro-

fesión, de diez días a cuatro años, cuando no se establezca como perpetua'. Piensa el doctor Pablo Emilio Vargas que en su caso debe aplicarse el artículo 10 del estatuto penal sustantivo, que manifiesta: 'Las disposiciones preliminares y las contenidas en el libro primero de este Código se aplicarán también a las materias de que tratan otras leyes penales, siempre que en éstas no se disponga otra cosa'. Sin embargo, olvida que, de acuerdo con el mismo Código Penal, la pena de prohibición del ejercicio de una profesión u oficio puede ser perpetua. Y si lo es, naturalmente que debe ser incompatible con la rehabilitación.

"La Ley 69 de 1945, se basa en una disposición constitucional que autorizó al legislador para reglamentar el ejercicio profesional y, por consiguiente, para imponer sanciones a quienes las infringieran. Luego, es una ley especial, que ninguna incompatibilidad presenta con lo que estatuye el mismo código sobre esa clase de penas. Por consiguiente, si se determinaba una sanción permanente o perpetua, era absurdo fijar normas de prescripción con relación a ella, y lo mismo ocurriría si se aplicaran al respecto las disposiciones que reglamentan la prescripción de la pena en el Código Penal. Muy diferente es la situación cuando la pena consiste únicamente en la suspensión temporal del ejercicio profesional".

Dos grupos de Magistrados del Tribunal Superior de Medellín hicieron sendos salvamentos de voto, así:

Primer salvamento

Están de acuerdo con lo resuelto, en cuanto se niega la rehabilitación demandada. Dicen, en efecto, los Magistrados que componen este primer grupo que "la ley concede el derecho de rehabilitación para la interdicción de derechos y funciones públicas y para la patria potestad; pero los somete a trámites distintos y a competencias diferentes. Cuando se trata de la cancelación de la licencia para ejercer una profesión, la ley no concede el derecho de rehabilitación, y por lo tanto no establece el trámite adecuado, ni señala autoridad alguna ante la cual pueda instaurarse la acción. Otra cosa bien distinta ocurre en el caso de suspensión del condenado, en ejercicio de una industria o profesión con base en el artículo 75 del C. Penal, porque para estos casos la ley fija un término máximo limitativo, dentro del cual debe operar la sanción. En conclusion: la solicitud que formula el doctor Vargas Gutiérrez aparece apoyada dentro del C. Penal, cuando debió situarse dentro de la Ley 69 de 1945, que es norma especial sobre la materia. La Ley 95 de 1936 —C. Penal— y la Ley 69 de 1945 tienen igual categoría y por tal razón debe aplicarse la última que es especial para el caso debatido. Esta ley no habla de rehabilitación en el ejercicio de una profesión, ni señala procedimiento para ese efecto, ni indica autoridad competente para conocer de la acción. Por los motivos expresados esta solicitud del doctor Vargas Gutiérrez será negada".

Aluden, luego, a que esta misma tesis fue sostenida por la Corte, en sentencia de 8 de marzo de 1960 (G. J. Nos. 2223-2224), pues se dijo que "no niega la Sala que el legislador de 1945 (Ley 69) fue demasiado severo en mantener como sanción disciplinaria la de cancelación definitiva de la matrícula o licencia del abogado, sin posibilidades de rehabilitación, al contrario de lo previsto en los artículos 196 y siguientes del Código Penal, que consagran una pena accesoria meramente temporal de suspensión del ejercicio de la profesión, para los casos allí previstos, que son de delitos. Ello quizá sea fundamento para propugnar una modificación de la ley; pero ni autoriza la violacion de ésta, ni da causal de revisión".

Pero con respecto a la prescripción de la acción penal, disienten de la mayoría de la Sala, pues estiman que "el 13 de mayo de 1958, fecha en que se desfijó el edicto —8 a.m.— no se había ejecutoriado la sentencia, dictada por este Tribunal y confirmada por la Corte... Faltaban todavía tres días hábiles que debían empezar a correr el 14 del mismo mes, término que pudo ser mayor si se hubiera solicitado aclaración de la sentencia... Es evidente que la sentencia por medio de la cual la licencia pa-

ra ejercer la profesión de abogado el doctor Vargas Gutiérrez quedó cancelada, no alcanzó a ejecutoriarse; no pudo tener vida jurídica. No logró adquirir la categoría de cosa juzgada e inmodificable. No obstante esta circunstancia, por negligencia del propio interesado quien no reclamó oportunamente —personalmente o por intermedio de su apoderado judicial—, y por un error involuntario o inadvertido de los funcionarios que actuaron en el proceso, se ordenó el cumplimiento de la mencionada sentencia, sin parar mientes en el vicio de que adolecía. Solo pasados varios años, solicitó la rehabilitación del derecho a ejercer la profesión y agregó luego otra petición, que es precisamente la que analizamos ahora".

Segundo salvamento

Los Magistrados que suscriben este segundo salvamento de voto estiman pertinente la rehabilitación demandada, con fundamento en lo que pasa a transcribirse:

"De entrada, tenemos que contraponer al argumento central de la sentencia, en este punto, la circunstancia de que a pesar de que el Art. 167 del C. Penal fulmina contra 'el funcionario o empleado público, o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo', como pena principal, la interdicción **perpetua** (subrayamos) de derechos y funciones públicas; no obstante, de conformidad con el Art. 113, inciso tercero, ibídem, tal interdicción debe cesar, sin más, con la sola condición de que el levantamiento de ésta sea pedida por el reo cuatro años después de ejecutoriada la sentencia en que ella se impone. Y es así, porque donde la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, menos en materia penal, y es un hecho cierto, con categoría de verdad absoluta, verificable con solo leer el inciso tercero del Art. 113 del C. Penal, que allí no se discrimina para otorgar la correspondiente rehabilitación, que la respectiva 'inhabilitación' haya sido decretada por tiempo determinado, o indefinido, o a perpetuidad. Luego el argumento de que se trata es absolutamente inapto para arribar a la conclusión a que la sentencia llega en este particular".

Agregan que "si las disposiciones preliminares y las contenidas en el Libro Primero del Código Penal hacen parte integrante, en virtud del artículo 10 ibídem, de la Ley 69 de 1945, por lo menos en lo que diy a la rehabilitación en el ejercicio de cierce relación a la prescripción de la acción tos derechos, de los cuales ha sido privado alguien en virtud de una sentencia condenatoria, entonces hay que convenir que la rehabilitación de los abogados condenados a la máxima pena contemplada en aquella ley, aún suponiendo que esta tuviese el carácter de perpetua, es jurídicamente posible, y ello por la potísima razón de que ésta no dispuso nada en contrario".

También expresan los Magistrados disidentes que, si bien el artículo 113 del Código Penal "solo consagra y reglamenta la rehabilitación, expresis verbis, como referida exclusivamente a los casos de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, provenientes de una condena, igualmente es verdad que 'la rehabilitación' es una institución de carácter general, y, lo que es más, de obligatoria aplicación, cuando los beneficiarios reunen los requisitos preestablecidos para solicitarla y obtenerla, y que dice referencia, por tanto, a todos los eventos en que la privación o restricción del ejercicio de ciertos derechos, sean estos públicos, civiles, de familia o sociales, haya sido impuesta como pena principal"

Anotan, de igual manera, que aun cuando el artículo 113 del Código Penal no se refiere a la patria potestad, cuando se pierde como consecuencia de un fallo en materia penal (Arts. 42, aparte 9º del C. P. y 58 ibídem), "dicha específica rehabilitación sí fue reglamentada por el artículo 682 del C. de P P.", e implícitamente fue instituída por el artículo 113 del C. P.

Observan, sobre este último particular, que el criterio de interpretación analógica es procedente, pues redunda en provecho del procesado o del reo, en este caso.

Dicen, asimismo, que "si las disposiciones preliminares y las contenidas en el Libro Primero del Código Penal hacen parte integrante, en virtud del Art. 10 ibídem, de la Ley 69 de 1945. por lo menos en lo que dice relación a la prescripción de la acción y a la rehabilitación, en el ejercicio de ciertos derechos, de los cuales ha sido privado alguien en virtud de una sentencia condenatoria, entonces hay que convenir que la rehabilitación de los abogados condenados a la máxima pena contemplada en aquella ley, aún suponiendo que esta tuviese el carácter de perpetua, es jurídicamente posible, y ello por la potísima razón de que ésta no dispuso nada en contrario".

De otra parte, manifiestan los Magistrados discrepantes que tomado en cuenta el precepto constitucional de que no habrá en Colombia obligaciones irredimibles, que en su más lato sentido indica todo deber jurídico, de cualquier naturaleza que éste sea, lo cual implica que se consagra una "radical reprobación a la imposición de toda pena, que siendo de ejecución instantánea, tenga efectos irreparables o que, ejecutándose suscesivamente en el tiempo, asuma el carácter de perpetua e irremisible", se tiene que "el artículo 45 del C. Penal, en cuanto dispone que la 'duración de las penas es la siguiente: ... la de prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión, de diez días a cuatro años, **cuando no se establezca como perpetua**' es, en la parte que se deja subrayada, no solo manifiestamente inconstitucional, y por lo tanto, inexequible, sino incongruente con los principios que, en lo pertinente, penetran y dominan el referido estatuto; inexequibilidad e incongruencia que deben tener en este proceso las consecuencias atrás precisadas".

Concepto del Ministerio Público

Luego de un completo estudio de las diferentes tesis sostenidas en la primera instancia, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal se manifiesta de acuerdo con el grupo de Magistrados del Tribunal Superior de Medellín que, al salvar su voto, estiman que la acción penal seguida contra el doctor Vargas Gutiérrez prescribió antes de que la sentencia de segunda instancia, proferida por esta Sala el día 3 de mayo de 1958, contara con el término indispensable para su ejecutoria.

En consecuencia, solicita que se revoque en todas sus partes el auto que motivó la alzada y que, en su lugar, se declare "que la acción penal seguida con ocasión del juicio de la referencia está prescrita". Igualmente pide que "se ordene el levantamiento de la pena impuesta al doctor Vargas Gutiérrez...".

Dice también el señor Agente del Ministerio Público que no es el caso de que examine los razonamientos con que el recurrente sustenta la petición subsidiaria —la de rehabilitación—, precisamente por considerar que la acción penal aludida prescribió.

Del concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal corresponde transcribir lo siguiente:

"Si, en sentir de la Procuraduría, era posible, una vez desfijado el edicto, interponer contra la sentencia del 3 de mayo de 1958, el recurso llamado por la jurisprudencia nacional, 'recurso de aclaración', resulta entonces que los días 14. 15 y 16 de mayo correspondieron al término dentro del cual el abogado querellado y sentenciado podía hacer uso de la indicada facultad de pedir.

"El 16 de mayo —parece necio apuntarlo— ya había prescrito la acción penal, lo que quiere decir que la sentencia de segunda instancia que confirmó la de primer grado a virtud del cual se le cancela la matrícula de abogado al doctor Pablo Emilio Vargas, no alcanzó —como este último lo dice— a tener vida jurídica, no llegó a convertirse en una sentencia firme que como tal tuviera que ser cumplida.

'Le asiste, por tanto, al peticionario toda la razón. Es de justicia levantarle la sanción impuesta, porque el fallo de la H. Corte de que tantas veces se ha hablado, no causó ejecutoria, no hizo tránsito a cosa

juzgada, nunca adquirió caracteres de irreformable o inmodificable.

"A este final se llega indefectiblemente... Nunca tuvo el Estado, como consecuencia de haberse verificado la prescripción de la acción penal, derecho a ejecutar la pena que el **a-quo** le impone al abogado Vargas Gutiérrez en su fallo del 20 de junio de 1956. Con todo, durante casi siete años la pena de cancelación de la matrícula ha venido cumpliéndose. Es, pues, la hora de remediar la injusticia cometida. Vargas Gutiérrez tiene todo derecho a ejercer su profesión de abogado".

Agrega que "en materia de prescripción de la acción penal seguida contra el doctor Pablo Emilio Vargas Gutiérrez como infractor de la Ley 69 de 1945, la disposición aplicable es la contenida en el artículo 115 del Código Penal. Es este y no otro el artículo actualizable si se quiere estar a lo adoctrinado por la H. Corte a partir de su citado fallo del 27 de septiembre de 1960, fallo en el cual se preceptúa, de acuerdo en un todo con el concepto que en su oportunidad emitiera el suscrito Procurador Primero Delegado en lo Penal, que 'las faltas de los abogados contra la moral tienen carácter contravencional y, por tanto, la acción penal prescribe en un año'. El año, en el caso del abogado Vargas Gutiérrez, se cumplió el 13 de mayo de 1954. Para aquella sazón ni siquiera había sido dictada sentencia condenatoria de primer grado.

"Pero si no se aceptara seguir los pasos de esta jurisprudencia de la H. Corte ino que, por el contrario, se considerara que la nueva doctrina de esa Corporación no es susceptible de adecuación al juicio sumario seguido al abogado recurrente, por ser ella posterior al tiempo que se tramitó dicho juicio, entonces valdría observar que así sea que se ponga en vigor la anterior jurisprudencia sobre la materia en cita, esto es, la que considera que las faltas cometidas contra la ética por los abogados en ejercicio, son constitutivas de delito, de todas maneras la prescripción de la acción penal es, en el caso del abogado recurrente, un hecho irrefragable, un hecho cumplido a partir del día 3 de mayo de 1958, en que si bien es cierto se había ya proferido sentencia de segunda instancia, no es menos evidente que ésta sentencia —como se ha podido ya demostrar— no causó ejecutoria, no hizo tránsito a autoridad de cosa juzgada".

Argumentos del recurrente

Dice el doctor Vargas Gutiérrez lo siguiente:

"En este proveído de la H. Corte Suprema de Justicia...", (el fallo de 3 de mayo de 1958)..., "acto éste que ha pretendido intitularse sentencia, aparece de bulto la falta de publicación, también el incumplimiento de lo estatuído por el artículo 172 del C. de P. P., ya que dicho proveído no fue notificado personalmente al señor Agente del Ministerio Público, pues el artículo 172 del C. de P. P. dice: "Todo auto o sentencia se notificará personalmente al Agente del Ministerio Público'. No se hizo notificación personal a mi apoderado residenciado en la ciudad de Bogotá y con sus oficinas a tres cuadras de donde funciona la H. Corte Suprema de Justicia, no obstante tener en el papel que utilizó para su intervención su dirección muy clara... violando lo estatuído en el artículo 313 del C. J. y que dice: "Las partes y sus apoderados tienen obligación de poner en noticia del Juez de la causa cuál es su casa de habitación u oficina, y si no la tienen, cuál es la que designan para que en ella se les hagan las notificaciones personales. Esta indicación debe hacerse por el demandante desde que se inicia el juicio, y por el demandado u opositor cuando se le hace la primera notificación'. Y el no lleno de estos requisitos constituye la ausencia de sujetos procesales o su no representación en juicio y conlleva como consecuencia lógica, la negación de la relación jurídico-procesal con las partes y por consiguiente, la afirmación de la inexistencia del acto, ya que la defensa no es un privilegio que otorga la ley, sino un derecho originario del hombre, inenajenable e irrenunciable. No solo es inhumano, sino ilógico, afirma **Carrara**, que se pueda llevar a término una investigación sobre la culpabilidad de un individuo, y que, declarándolo culpable se pueda someter a cas-

tigo, sin que se haya llamado a tomar parte en tal examen al sujeto contra el cual va dirigido, intervención que el acusado, en calidad de parte, puede asumir en el sumario o en el juicio, personalmente o por medio de su representante legal'. Hubo también violación del artículo 309 del C. de P. C. y que dice: 'Las sentencias que no se hayan notificado personalmente, dentro de los diez días de publicadas, se hacen saber por medio de edicto'. Y ya hemos visto y así aparece de bulto en el expediente, que apenas habían transcurrido dos días de haberse proferido el proveído que se comenta, cuando aparece fijándose el respectivo edicto... Y de acuerdo con el artículo 468 del C. de P. C., su ejecutoria se declara de oficio por el juez que la ha pronunciado. Esa ejecutoria fue declarada en los primeros días del mes de junio de 1958, cuando ya el fenómeno de la prescripción había operado, cuando ya el Estado nada podía hacer, porque tenía por delante la prescripción que la misma entidad, la H. Corte Suprema de Justicia reconoció en el mismo proveído, la prescripción de cinco años a partir del 13 de mayo de 1953. Lo que quiere decir que el día 13 de mayo de 1958, cuando ni siquiera el edicto podía estar desfijado, ya estaba operado el fenómeno de la prescripción. Quiero repetir hasta el cansancio, que el H. Tribunal Superior de Medellín, al recibir el expediente, ordenó dar cumplimiento a un auto que no alcanzó a tener vida jurídica y que consecuencialmente no podía ordenar su cumplimiento, la prescripción había operado".

Agrega lo que pasa a transcribirse:

"El día nueve de noviembre de 1960, en providencia que aparece publicada a folio 175 y ss. de la Gaceta Judicial, órgano de la H. Corte Suprema de Justicia, que aparece publicada en el Tomo XCIV, Nros. 2233 y 2234, rectifica expresamente la doctrina sentada en el fallo recaído en mi negocio y que es el mismo que hoy tiene a su conocimiento. Dice la H. Corte: 'sin perjuicio de la acción penal para los casos de infracciones estrictamente delictivas, los hechos graves o leves, previstos por la Ley 69 de 1945, en armonía con la Ley 21 de 1931 como contrarias a la moral y a la delicadeza en el ejercicio de la abogacía, son allí reprimidos a simple título de faltas, por medio de un procedimiento especial y sumario, y con el claro propósito de mantener a tono el sentido ético en el ejercicio de esta profesión, eminentemente social. Trátase, pues, de contravenciones, cuyo termino de prescripción en lo tocante a la acción es el de un año, conforme al mandato del artículo 115 del Código Penal..., rectificación que me favorece al tenor de lo dispuesto por el artículo 6º del C. de P. P. y que dice: 'La providencia que haga cesar, o que rebaje con arreglo a una ley nueva una sanción impuesta de acuerdo con leyes anteriores, será dictada de oficio, a petición del reo o del Ministerio público, por el Juez o Tribunal que conoció de la causa'. En manera alguna podrá aducirse razones que alcancen a refutar tan clara disposición en mi favor. No solo la Constitución (Art. 26), sino el C. P. (Art. 3º) el de Procedimiento Penal (Art. 5º) y la Ley 153 Art. 44), repiten que en materia penal la ley permisiva o favorable se ha de preferir a la restrictiva o desfavorable. Los expositores opinan que este principio rige no solamente en cuanto a la aplicación en el tiempo, sino en cuanto a la interpretación de la ley. Pero cabe hacer un comentario para señalar el límite de esa interpretación benigna y la razón de ella".

Dice que el juez no puede ser más riguroso que el legislador y por tanto no puede negar el alcance retroactivo de la doctrina, como manera de interpretar la ley y, concretamente, en lo que se refiere al lapso prescriptivo de un año para las faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía.

En cuanto a la petición subsidiaria, expresa:

"He solicitado mi rehabilitación y el levantamiento de la sanción que se me ha impuesto como sanción, con arreglo a lo estatuído por la Ley 69 de 1945. Dicha petición la he fundamentado en el Art. 113 del C. P., por considerar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del C. P., que estatuye: 'las disposiciones preliminares y las contenidas en el Libro Primero de este

Código, se aplican también a las materias que tratan otras leyes penales, siempre que en éstas no se disponga otra cosa'. Siendo esto así, y por mandato de esta disposición, en el caso de que se insistiera en que el acto o providencia por la cual se me ha sancionado sí tiene el carácter de sentencia y sí tuvo vida jurídica (lo q ue constituye un imposible), o que el fenómeno de la prescripción no operó (otro imposible), o que la rectificación que la H. Corte Surprema hizo en proveído de nueve de noviembre de 1960 y que obra en la G. J. T. XCIV, P. 175 y ss. Nos. 2233 y 2234, no es aplicable (lo que constituye otro imposible), ya que ello implicaría el desconocimiento a las normas vigentes; he preferido elevar mi petición con fundamento en el cumplimiento de la pena, ya que la medida de las penas en Colombia, que lo es el Art. 45 del C. P. y que da la medida de diez días a cuatro años, cuyo máximo no puede pasarse por ningún funcionario".

Agrega que "siendo esto así y aceptado que los imposibles antes relacionados, sean de gran posibilidad para los señores Magistrados... y en atención a lo estatuído por el artículo 10 del C. P., que es la norma general aplicable a mi caso, tengo ya cumplida la pena en su máximo... y es por ello por lo que tengo derecho a que se me rehabilite en mis derechos, se me levante la pena para entrar al ejercicio de mi profesión de abogado.

"Las condiciones para la rehabilitación las he llenado totalmente, obrando dichas pruebas en el expediente que adelanté ante la H. Sala Penal del Tribunal de Medellín, expediente que ha sido traído a petición del suscrito al expediente en el cual se tramita ahora mi insistente petición".

Opiniones del Ministerio Público en la primera instancia

El señor Fiscal 3º del Tribunal Superior de Medellín anota lo siguiente, (Fl. 16 del Cd. Nº 5):

"La Fiscalía conceptúa que tal sanción no puede exceder el límite establecido para los casos del derecho común, aunque es verdad que el vocablo 'cancelación', empleado por el legislador de 1945, entraña la noción de lo que ya dejó de existir. No puede olvidarse que el espíritu de la perfectibilidad, de la reforma y del perdón fue lo que en día memorable llevó a los fundadores de nuestra nacionalidad a borrar de los odigos la muerte civil, llegando más tarde a la norma constitucional que vedó la pena de muerte. Por eso al criminal, en determinados casos, se le rehabilita. Y no se diga que en el caso que nos ocupa hay silencio en la ley, pues entonces sale al paso y con todo vigor, el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que dice: 'Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales del Derecho'."

Dice, también:

"La sentencia de que se habla lleva fecha 10 de abril de 1958 (sic) y el edicto fue desfijado el 13 de mayo siguiente, día en que se cumplía la prescripción, pues el último acto delictuoso tuvo lugar el 13 de mayo de 1953. Y comoquiera que no habían transcurrido los tres días requeridos para la ejecutoria, no puede tenerse ésta como existente para los efectos posteriores, como son los relativos a las infracciones de la Ley 69 de 1945 (Fl. 50 del Cd. Ib.).

Para resolver la Sala considera

Dos peticiones formuló el recurrente, doctor **Pablo Emilio Vargas Gutiérrez**, las cuales, como se ha visto, fueron negadas por el **a-quo** en la providencia que se revisa, a saber: la de prescripción de la acción penal y la de rehabilitación, aquélla propuesta como principal y ésta señalada como subsidiaria. Y es natural que en ese orden fueran introducidas, pues es sabido que la rehabilitación implica que exista una sentencia condenatoria que haya hecho tránsito a cosa juzgada, lo cual resulta incompatible con el supuesto de que la acción penal hubiera prescrito.

Pero, antes del estudio de las cuestiones planteadas, corresponde negar la aseveración del recurrente sobre supuestas violaciones de los artículos 172 del C. de P. P. y 313 y 309 del C. de Procedimiento Civil, pues se tiene al respecto:

a) Es cierto que el artículo 172 del C. de P. P. dispone que "todo acto o sentencia se notificará personalmente al Agente del Ministerio Público". Pero no es verdad que en este negocio se dejara de cumplir tal mandato, pues de la atestación dejada por la secretaría de la Sala Penal de la Corte, que obra al folio 52 vuelto del segundo cuaderno, aparece que el fallo de 3 de mayo de 1958 fue notificado al señor Procurador Delegado en lo Penal.

b) El artículo 309 del C. de Procedimiento Civil señala que "las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de los diez días de publicadas, se hacen saber por medio de un edicto que contiene...".

De esta norma desprende el acusado que la sentencia antes mencionada ha debido publicarse. Ciertamente tal publicación no se hizo, pero tampoco correspondía llevarla a cabo. Este requisito de la publicación no procede para los fallos en materia penal sino "a solicitud del acusado absuelto o de la parte lesionada por el delito" (Art. 53 del Código Penal), o "como pena accesoria de las de presidio y prisión, siempre que no se otorgue la condena condicional y que no se trate de menores de diez y ocho años, ni de delitos contra las buenas costumbres o el orden de las familias..." (Art. 54 Ib.).

Y como ninguna de las circunstancias antes anotadas se da en el caso de que trata este negocio, es obvio que el fallo aludido no requería la publicación.

Recuérdese el artículo 166 del C. de P. P., el cual indica: "Los autos o sentencias que no se hayan notificado personalmente pasados dos días de la fecha del pronunciamiento, se notificarán, respectivamente, por estado o por edicto".

Así, pues, la notificación que se llevó a cabo mediante edicto, cumplió los efectos legales pertinentes

Sobre este particular, dice el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que "la supuesta violación del artículo 309 del C. J. apenas existe en la imaginación del recurrente, porque una sentencia en materia penal no tiene por qué ser objeto de la publicación prevista en el referido artículo 309, y cuando no ha sido notificada personalmente, pasados dos días de la fecha de su proferimiento, debe ser notificada por edicto, sin necesidad de previa publicación por el término de diez días".

c) El artículo 313 del C. de Procedimiento Civil señala que "las partes y sus apoderados tienen obligación de poner en noticia del juez de la causa cuál es su casa de habitación u oficina, y si no la tienen, cuál es la que designan para que en ella se les hagan las notificaciones personales".

De este precepto desprende el recurrente que el fallo de esta Sala, de 3 de mayo de 1958, ha debido ser notificado personalmente a su defensor, porque él indicó la dirección de su oficina de abogado, en esta ciudad

Para indicar lo contrario, es suficiente tomar en consideración el artículo 169 del C. de P. P., en el cual se dice que "por regla general los autos y sentencias se notificarán personalmente a los apoderados o defensores que concurrieren a la Secretaría; pero si oportunamente no se presentaren, se notificarán por estado o por edicto, según el caso".

Dentro de las excepciones a esta regla, a las cuales aluden los artículos 170 y 171 del C. de P. P., no se encuentra la providencia que señala el recurrente, pues en las citadas disposiciones se indica que deben notificarse personalmente al defensor únicamente el auto de proceder; el auto en que se señala término a los interesados para que manifiesten si tienen hechos que probar en el juicio; el auto en que se formulan los cuestionarios que haya de absol-

ver el Jurado; el auto en que se señala, en los juicios en que intervienen los jueces de hecho, día y hora para el sorteo, y el auto en que se indica el día para la celebración del juicio.

La obligación de constituir el llamado en la doctrina "domicilio procesal", a que alude el Art. 313, tiene relación con los juicios de naturaleza civil, pero no con los de orden penal, pues la notificación personal a los defensores, en estos últimos asuntos, obliga apenas en los casos ya indicados.

Ahora bien:

Siguiendo, como se dijo, el orden de los pedimentos del recurrente y que le fueron negados por el a-quo en la providencia apelada, se tiene lo siguiente:

I. Prescripción de la acción penal.

La Sala está de acuerdo con el Tribunal Superior de Medellín, pues ciertamente la acción penal seguida contra el doctor Vargas Gutiérrez no ha prescrito. El lapso de cinco años no había transcurrido cuando el fallo de la Corte, de 3 de mayo de 1958, quedó en firme. Y ese era el término que, según doctrina de la Sala, se tomaba entonces en cuenta para que tuviese lugar la prescripción de la acción penal con respecto a las faltas graves que reprime la Ley 69 de 1945. Y si bien la Corte, desde la providencia de 27 de noviembre de 1960 (G. J. T. XCIII, P. 746 a 755) ha venido sosteniendo que todas las faltas de los abogados contra la ética profesional tienen el carácter de contravenciones y, por tanto, la acción penal prescribe en un año, es obvio que esta doctrina no puede aplicarse al caso sub-judice, dándole el efecto retroactivo que pretende el acusado y que la Constitución Nacional (Art. 26) solamente señala para la ley penal permisiva o favorable, frente a un fallo que se ocupó, de manera expresa, de declarar que la acción penal no había prescrito, porque no había transcurrido el término correspondiente. Tómese en cuenta que ni siquiera tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, tienen la obligatoriedad de la ley, sino que apenas constituyen doctrina probable.

Si una sentencia en materia penal queda ejecutoriada cuando contra ella no se ha interpuesto recurso alguno dentro del término legal, y no debe ser consultada (Art. 196 del C. de P. P.), o, si recurrida o consultada, queda en firme la providencia que rechaza el recurso o decide sobre éste o sobre la consulta con resolución confirmatoria, es obvio afirmar que un fallo de segunda instancia, como lo es la providencia de 3 de mayo de 1958, el cual no admite recurso alguno, queda en firme una vez haya sido notificada a las partes, sin que requiera término de ejecutoria.

La aclaración de los fallos en cuanto a los conceptos o frases que ofrezcan serios motivos de duda (Art. 482 del C. de P. Civil), o la enmienda del yerro numérico en que se haya incurrido en ellos (Art. 194 del C. de P. P. y 483 del C. de P. Civil), no son verdaderos recursos, como que a tal aclaración y enmienda se puede llegar oficiosamente y no permiten que se modifique el fondo mismo de la cuestión resuelta. Además, la ley no menciona esa aclaración y enmienda dentro de los recursos ordinarios o extraordinarios.

Aseverar que una sentencia no queda ejecutoriada, así no proceda contra ella recurso alguno, mientras no transcurra el lapso de ejecutoria, solo porque el artículo 482 del C. de P. Civil indica un término para que pueda el juzgador aclararla, ya de oficio o a instancia de parte, es pretender que este fallo no tiene el carácter de definitivo y que no ha hecho, por tanto, tránsito a cosa juzgada, como si esa aclaración de las frases o conceptos que ofrezcan serios motivos de duda pudiera afectar el objeto mismo del juzgamiento. Y, además, no tendría explicación que el yerro numérico pueda enmendarse en cualquier tiempo (Art. 194

del C. de P. P. y 483 del C. de P. Civil), esto es, aún después de que se haya empezado a cumplir la pena, en caso de un fallo condenatorio.

La Sala Plena de la Corte, en providencia de 5 de agosto de 1955 (G. J. T. LXXX, P. 265), dijo que "el poder de la aclaración que tiene el juzgador respecto de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, contenidos en una sentencia por él proferida, no se extiende o llega hasta poder modificar, so pretexto de aclaración, la parte resolutiva de una providencia ejecutoriada".

Esta primera petición del acusado fue bien denegada por el a-quo, pues la sentencia de 3 de mayo de 1958, de esta Sala, quedó en firme al ser notificada a las partes y en esa fecha no había transcurrido el término de cinco años, indicado entonces por la Corte, para que prescribiera la acción penal con respecto a las faltas graves contra la ética en el ejercicio de la profesión de abogado.

II. Rehabilitación

Estima la Sala que esta solicitud subsidiaria del recurrente debe aceptarse.

Se tiene, en efecto:

1. Con fundamento en el artículo 9º de la Ley 69 de 1945, al doctor Vargas Gutiérrez le fue impuesta la pena de cancelación de su matrícula de abogado. Esta sanción, es obvio, tiene el carácter de perpetua. ¿Pero esa calidad de la pena impide al condenado obtener la rehabilitación? Debe responderse que no, pues para la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, aún en el caso de ser impuesta esta sanción como perpetua, es pertinente la rehabilitación, y, analógicamente, corresponde indicar lo mismo en cuanto a la pena impuesta al recurrente.

El artículo 113 del Código Penal dice:

"La interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, proveniente de una condena, cesará por la rehabilitación.

"Si tales penas fueren accesorias, no podrá pedirse la rehabilitación sino cuando el condenado hubiere observado una conducta que haga presumir su reforma, y después de transcurridos cuatro años a partir del día en que se haya cumplido la pena principal.

"Si la mencionada interdicción no fuere accesoria de otra sanción, la rehabilitación no podrá pedirse sino cuatro años después de ejecutoriada la sentencia en que ella se impuso.

"Los plazos señalados para solicitar la rehabilitación se duplicarán cuando se trate de reincidentes".

Como un caso en el que la pena de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas se impone como perpetua, con el carácter de sanción principal y no accesoria de otra, se tiene el artículo 167 del Código Penal, a saber:

"El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en provecho propio o en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, incurrirá en interdicción perpetua de derechos y funciones públicas y en multa de ciento a tres mil pesos.

"Esta disposición se aplicará a los peritos, árbitros o administradores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación intervengan o hubieren intervenido, y a los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a los respectivos pupilos o sucesiones".

¿Puede aseverarse que este evento punible está exento de rehabilitación?

Es claro que no, porque esta condición restrictiva no está señalada en el precepto inmediatamente antes transcrito, ni en ninguna otra norma de las leyes penales. Tampoco se dice tal cosa en el artículo 113 del Código Penal. Antes bien, en este precepto

se indica que "si la mencionada interdicción no fuere accesoria de otra sanción..." (como ocurre en el Art. 167 del mismo estatuto... "la rehabilitación no podrá pedirse sino cuatro años después de ejecutoriada la sentencia en que ella se impuso". Esto es, que es pertinente para las eventualidades en las que esa pena es señalada como sanción principal, sin eximir los casos en que es indicada como perpetua.

En la obra de **César Camargo Hernández**, sobre la rehabilitación", (Editorial "Bosch", Barcelona, 1960) se dice que en la página 26 que "es indudable que la rehabilitación es un instituto jurídico que pertenece al derecho penal sustantivo, y esto, por la sencilla razón de que es una causa de extinción de las **inhabilitaciones perpetuas**, penas accesorias u otras consecuencias de la condena (antecedentes penales, pérdida de la carrera, etc.), según las distintas legislaciones, y, por tanto, tan de naturaleza sustantiva como las demás causas de extinción de la responsabilidad criminal", (subraya la Sala).

Ahora bien:

El artículo 10 del Código Penal preceptúa que "las disposiciones preliminares y las contenidas en el libro primero de este Código se aplicarán también a las materias de que tratan otras leyes penales, siempre que en éstas no se disponga otra cosa".

En la Ley 69 de 1945 no se dice nada en contrario, con respecto a la posibilidad de rehabilitación de los abogados a quienes se imponga la pena de cancelación de la matrícula. Y el carácter penal de este estatuto ha sido reconocido en diferentes ocasiones por esta Sala. En consecuencia, lo que dispone el artículo 113 del Código Penal es aplicable en este negocio, con criterio analógico, pues cabe éste cuando se trata de materias que favorecen al procesado.

Refuerza esta conclusión el hecho mismo de que, sin embargo de que el artículo 113 del Código Penal alude solamente a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, el artículo 682 del Código de Procedimiento Penal se apoya en aquél para indicar que "la rehabilitación de la patria potestad corresponde al Juez que dictó la sentencia de primera instancia, de acuerdo con las condiciones señaladas en el artículo 113 del Código Penal".

Tómese en consideración que el artículo 42 del Código inmediatamente antes citado, también señala como perpetua esta sanción, pues habla de "la pérdida o suspensión de la patria potestad", pérdida de esa calidad que, de acuerdo con el artículo 58 de la misma obra, se impone como sanción accesoria en los casos en que se señala la de presidio.

Si la esperanza de la rehabilitación induce al reo a la enmienda y facilita, por tanto, su readaptación a la vida en sociedad —misión primordial de la pena—, es obvio que proceda aún con respecto a quienes han sido reprimidos con una pena perpetua, tanto más cuando el condenado ha puesto de presente su enmienda.

2. El peticionario, doctor Vargas Gutiérrez, comprobó su buena conducta a partir de la fecha en que le fue cancelada su matrícula de abogado. Acreditó, por tanto, las condiciones pertinentes señaladas en el artículo 683 del C. de P. P., para que pueda otorgársele la rehabilitación.

De otra parte, también ha transcurrido un lapso superior al previsto en el inciso tercero del artículo 113 del Código Penal (el de cuatro años), indispensable para que la rehabilitación pueda concederse.

3. En cuanto a la competencia para conocer de esta solicitud, es evidente que corresponde, de acuerdo con el artículo 682 del C. de P. P., "al juez que dictó la sentencia de primera instancia", en este caso, el Tribunal Superior de Medellín.

Ello es así, no solo porque de otros institutos penales debe conocer el juez que profirió el fallo condenatorio (orden de ejecutar la sentencia, en los casos de condena condicional —Art. 82 del C. P.; libertad condicional —artículo 671 del C. de P. P.—;

aplazamiento de la ejecución de la pena —Art. 641 de C. de P. P., y suspensión de la ejecución de la sanción —Art. 99 del C. P. y 643 del C. de P. P.—, entre otros), sino porque el mismo criterio analógico lleva a que se tome en cuenta el referido artículo 682 para otras situaciones distintas de la que allí se menciona. El artículo 8º de la Ley 153 de 1887 dice que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Corresponde, según lo expuesto, revocar la providencia apelada, en lo que se relaciona con esta segunda petición del recurrente, a fin de concederle la rehabilitación que demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oída la opinión del Ministerio Público, REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Medellín, de que se ha hecho mérito, en cuanto niega al abogado, doctor **Pablo Emilio Vargas Gutiérrez** la rehabilitación que demanda y, en su lugar, LA CONCEDE. Asimismo, DISPONE que se comunique lo resuelto a las mismas entidades a las cuales se hizo saber la sentencia de 3 de mayo de 1958, proferida por esta Sala.

En lo demás rige la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Pioquinto León, Secretario.

RECUSACION CONTRA MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR

Hipótesis que pueden presentarse en tratándose de recusación en materia penal. — Derecho que la ley concede a las partes de recusar al Juez o Magistrado en quien concurra alguna de las causales previstas en el Art. 73 del C. de P. P. — Competencia de la Corte para decidir el asunto en virtud del simple rechazo que de las causas de inhibición haga el recusado.

1. En numerosas oportunidades ha expresado la Corte que en presencia de una recusación propuesta en materia penal contra un Magistrado de Tribunal Superior, puede presentarse una de estas dos hipótesis: a) Que aquél acepte como ciertos los hechos en que la recusación se funda; b) Que, por el contrario, los rechace o les niegue virtualidad para estructurar la causal o causales invocadas por el recurrente. Si lo primero ocurre, lo que en el fondo se configura es un impedimento, y entonces corresponde a los restantes Magistrados de la misma Sala declararlo fundado, si están de acuerdo con el recusado, o, si discrepan de éste, enviar el negocio a la Corte, para que ella decida, todo conforme a los artículos 77 y 74 del C. de P. P. Y se dice que en la primera hipótesis el incidente se resuelve con anuencia de los restantes Magistrados de la Sala respectiva, porque como el citado estatuto no indica quién ha de dirimir el asunto, es preciso aplicar el artículo 442 del C. J., en armonía con el 7º de aquella obra. Pero si acontece lo segundo, vale decir, si el recusado niega fundamento a la causa inhibitoria que se invoca, no puede recurrirse a estas dos disposiciones, porque el artículo 77 del C. de P. P. imperativamente expresa que si aquél "no los aceptare, (los hechos en que la recusación se funda) **enviará el proceso al superior,** quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado y probado". (Subraya la Sala).

2. El hecho de no haberse notificado la providencia que ordenó el inmediato envío del asunto al Superior en manera alguna atenta contra los intereses de la defensa, ni constituye irregularidad de ningún género. La ley garantiza a las partes el derecho de recusar al Juez o Magistrado en quien, a su juicio, concurra alguna de las causales taxativamente previstas en el artículo 73 del C. de P. P., pero planteado el incidente y obtenida la respuesta del funcionario recusado, ninguna intervención pueden razonablemente tener en el asunto, ni siquiera para desistir, porque un supremo interés de orden publico exige que la cuestión se defina por la autoridad que tenga competencia para ello, a fin de despejar del ambiente del proceso todo motivo de duda acerca de la imparcialidad del juzgador. En un caso como el presente, la Corte adquiere jurisdicción para decidir el asunto en virtud del simple rechazo que de las causas de inhibición haga el recusado. Y ese poder jurisdiccional —ajeno a la voluntad de las partes— solo se agota con la providencia que, de plano, califica el incidente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, ocho de junio de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

En este negocio, del cual conoce el Tribunal Superior de Bogotá en segunda instancia, el doctor Hernando Díaz Rubio, de-

fensor del procesado, recusa al Magistrado sustanciador, doctor Pedro Ignacio Camacho.

Invoca el recusante la causal quinta del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, que estima fundada en los siguientes hechos, referidos en el memorial respectivo:

"El día miércoles cinco del presente mes (alude a mayo último) en las horas de la mañana me llamaron del Tribunal y como no me encontraron dejaron razón, que uno de los empleados de mi oficina la escribió así: 'que el Dr. Camacho, Magistrado del Tribunal, le avisa al Dr. Díaz, que si no manda en el curso del día de hoy al cliente Pablo Antonio Rojas Leal, mañana le revoca el auto de libertad de que está disfrutando...'

"Como al llegar a mi oficina cerca a las once de la mañana y leer esa razón, considerara que seguramente existía alguna equivocación y que mal podía el señor Magistrado hacer esa amenaza, resolví llamarlo inmediatamente y preguntarle de qué se trataba, así lo hice, me respondió su auxiliar y pasó usted, le pregunté si me había llamado y me contestó que sí lo había hecho, le dije que si entonces era cierto que me había dejado una razón y me respondió que era inaudito que después de varios meses yo no me posesionara del cargo de defensor del señor Rojas Leal, que eso era una burla y no la toleraría, le respondí que el día anterior había dejado en la Secretaría del Tribunal un memorial en el que explicaba mi situación, me contestó que precisamente lo tenía a la vista y que yo abusaba de la amistad, que sancionaría al Secretario de la Sala Penal del Tribunal, a esto le respondí que yo era el único responsable, que nada tenía que ver el señor Secretario ni mi cliente el señor Rojas Leal al cual mal podía irle a revocar un auto de libertad, cuando en verdad ese auto no tenía existencia en el proceso, me respondió que podría tomar medidas y que en todo caso debería presentar al señor Rojas Leal, le respondí que ello era imposible en esa semana por estar dicho señor ausente de la ciudad, que el lunes siguiente me comprometía a presentarlo a la Secretaría del Tribunal y usted señor Magistrado me respondió que así lo esperaba, nos despedimos y en cumplimiento de lo ofrecido el lunes el señor Rojas Leal se presentó al Tribunal e insistió en que yo lo debía defender, en razón de todo lo ocurrido consideré mi deber aceptar la designación que se me pedía en forma reiterada por mi cliente aceptara y oportunamente tomé posesión del cargo de defensor, juré cumplirlo e interpuse el recurso de reposición".

Alude aquí el recusante al recurso de reposición por él interpuesto contra la providencia del 13 de noviembre de 1964 (Fls. 162 a 168), en la que el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión integrada por los Magistrados Pedro Ignacio Camacho G., Germán Echeverría M. y Luis Gonzalo Fajardo, resolvió, entre otras cosas, llamar a juicio al señor Pablo Antonio Rojas Leal "por el delito de lesiones personales cometido en accidente de tránsito ocasionado el once de septiembre de mil novecientos sesenta en jurisdicción de Girardot y contra la integridad corporal del joven Víctor Eduardo Rubiano".

A continuación del relato transcrito el recusante se ocupa de presentar una reseña histórica en torno al proceso evolutivo de la causal de recusación invocada, y agrega: "Aquellas actitudes de exigírseme que perentoriamente le presentara a mi cliente el señor Rojas Leal en término de horas, la amenaza de que le iba a revocar un beneficio de libertad, que nadie le había concedido, la insinuación que se me hizo de tomar medidas represivas, y la manifestación expresa y clara de que iba a sancionar al señor Secretario de la Sala Penal del Tribunal, son hechos que me demuestran que tal vez Usted, ignoro por qué motivo, ha perdido la serenidad para juzgar este asunto".

Concluye el doctor Díaz Rubio: "Ignoro igualmente si esa animadversión, puede ser contra mí o contra el sindicado. Yo personalmente no le he dado nunca al señor Magistrado motivo alguno para tal actitud y

repito, que es sobremanera penoso en cumplimiento de mi deber profesional, tener que presentar esta recusación pero me apoyo en el refrán jurídico De amicus Platus vel amicus veritas, justiciae".

A su turno, el Magistrado doctor Camacho estima que los hechos relatados por el recusante en manera alguna traducen animadversión de su parte hacia el procesado o su defensor, y categóricamente afirma, en esencia, que su ánimo no se siente perturbado en lo más mínimo para ejercer su función de juzgador en el proceso de que se trata. Al auto en que así lo expresa pertenecen los siguientes conceptos:

"No acepta el suscrito Magistrado que en él concurra la causal quinta de recusación, por enemistad grave, por cuanto, de un lado, no conoce personalmente al señor Rojas Leal ni contra él, en forma alguna, puede animarlo el más insignificante motivo de enemistad, animadversión, antipatía o siquiera leve prevención; y en cuanto a su defensor, doctor Hernando Díaz Rubio, si bien su conducta en este proceso le ha parecido un tanto abusiva del derecho y de posible enmarcación dentro de las previsiones de la Ley 69 de 1945, ello no implica, como pretende el abogado aludido, que haya despertado en el Magistrado sustanciador una enemistad hacia él o siquiera una auténtica repulsión. Y e afirma que la conducta ha sido un tanto abusiva del derecho por cuanto, según lo informó verbalmente el Secretario de la Sala Penal al suscrito, el Dr. Díaz Rubio estuvo esquivando o eludiendo la posesión del cargo de defensor del señor Rojas Leal desde el once (11) de diciembre del año próximo pasado hasta el catorce (14) de mayo del presente, pese a que lo asistió en el momento de la notificación del auto de proceder y le escribió, de su puño y letra, el memorial que obra al folio 170. Solamente encontró inconveniente aceptar el poder, alegando supuestas razones, que hubieran sido válidas también cinco meses atrás, cuando, presionado por la Secretaría para que tomara una decisión al respecto, escribió y presentó el memorial que obra al Fl. 177. Si a esta injustificada conducta del doctor Díaz Rubio se agrega el hecho de que este proceso va a cumplir cinco (5) años desde la comisión de las lesiones en accidente de tránsito, el cual tuvo su ocurrencia el **once de septiembre de mil novecientos sesenta,** claramente se colige la intención de no dejar interrumpir el término prescriptivo de la acción por medio de una posible ejecutoria del auto de proceder, pero, desde luego, a costa de forzar los procedimientos engorrosos y las evidentes complacencias o fallas de los empleados de la Secretaría y de hacer muy elásticas las normas del comportamiento profesional".

Consecuentemente, de acuerdo con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 77 del C. de P. P., resolvió enviar el asunto a la Corte "para los fines legales consiguientes", sin previa notificación del auto respectivo, procedimiento que el recusante, en memorial visible al folio 2 del cuaderno 3º, ha considerado irregular y contrario a "los intereses de la defensa".

Se considera

1º En numerosas oportunidades ha expresado la Corte que en presencia de una recusación propuesta en materia penal contra un Magistrado de Tribunal Superior, puede presentarse una de estas dos hipótesis: a) Que aquél acepte como ciertos los hechos en que la recusación se funda: b) Que, por el contrario, los rechace o les niegue virtualidad por estructurar la causal o causales invocadas por el recusante. Si lo primero ocurre, lo que en el fondo se configura es un impedimento, y entonces corresponde a los restantes Magistrados de la misma Sala declararlo fundado, si están de acuerdo con el recusado, o, si discrepan de éste, enviar el negocio a la Corte, para que ella decida, todo conforme a los artículos 77 y 74 del C. de P. P. Y se dice que en la primera hipótesis el incidente se resuelve con anuencia de los restantes Magistrados de la Sala respectiva, porque como el citado estatuto no indica quién ha de dirimir el asunto, es preciso aplicar el artículo 442 del C. J., en armonía con el 7º de aquella obra. Pero si acontece lo segundo, vale decir, si el recusado niega fundamento a la causa inhibitoria que se invoca, no puede recurrirse a

estas dos disposiciones, porque el artículo 77 del C. de P. P. imperativamente expresa que si aquél "no los aceptare, (los hechos en que la recusación se funda) enviará el proceso al superior, quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado y probado". (Subraya la Sala).

Significa lo anterior que el Magistrado doctor Camacho, en presencia de la recusación propuesta, dio exacto cumplimiento a las disposiciones que regulan la materia.

2º Por otra parte, el hecho de no haberse notificado la providencia que ordenó el inmediato envío del asunto al Superior en manera alguna atenta contra los intereses de la defensa, ni constituye irregularidad de ningún género. La ley garantiza a las partes el derecho de recusar al Juez o Magistrado en quien, a su juicio, concurra alguna de las causales taxativamente previstas en el artículo 73 del C. de P. P., pero planteado el incidente y obtenida la respuesta del funcionario recusado, ninguna intervención pueden razonablemente tener en el asunto, ni siquiera para desistir, porque un supremo interés de orden público exige que la cuestión se defina por la autoridad que tenga competencia para ello, a fin de despejar del ambiente del proceso todo motivo de duda acerca de la imparcialidad del juzgador. En un caso como el presente, la Corte adquiere jurisdicción para decidir el asunto en virtud del simple rechazo que de las causas de inhibición haga el recusado. Y ese poder jurisdiccional —ajeno a la voluntad de las partes— solo se agota con la providencia que, de plano, califica el incidente.

3º Los hechos relatados por el personero de la defensa en modo alguno traducen o reflejan sentimientos de grave enemistad entre aquél y el Magistrado que conoce del proceso, y, ciertamente, ni siquiera autorizan para hablar de antipatía. El Magistrado se limitó a cumplir con su deber, y la energía de su conducta no puede tomarse como pretexto para descubrir en su ánimo, con criterio de inaceptable subjetivismo, factores de perturbacion que él enfáticamente ha rechazado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA INFUNDADA la recusación a que se refiere la parte motiva, y DISPONE devolver los autos al Tribunal de origen para que continúe conociendo del proceso el Magistrado recusado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Pioquinto León L., Secretario.

COMPLICIDAD CORRELATIVA

La complicidad correlativa es una modalidad específica de la coparticipación criminal. — Si se predica del delito de homicidio, sobre ella debe resolver el Jurado. — Definición de coautor. — Acuerdo entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia. — Causales 1ª y 3ª del artículo 567 del C. de P. P.

1. Los jueces de hecho, como lo observa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, no están sometidos a la tarifa legal de pruebas. Unicamente cuando el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, el juez así lo declara; y si su resolución es confirmada por el superior, se convoca un nuevo Jurado.

2. Ni el auto de vocación a juicio, ni el cuestionario propuesto al Jurado, ni la respuesta de éste dan apoyo alguno para que la sentencia acusada tomara en cuenta una supuesta complicidad correlativa. Si el juzgador en derecho hubiera aplicado el Art. 385 del Código Penal, entonces sí hubiera incurrido en violación de la ley penal, por indebida aplicación de la misma. Esta Sala ha dicho que "la complicidad correlativa en procesos con Jurado, de acuerdo con la doctrina, requiere, además de sus elementos esenciales, que la hayan reconocido, el juez en el auto de proceder y el Jurado en el veredicto (éste en todo caso)", sentencia de 5 de julio de 1949, G. J. Tomo LXVI, P. 399; sent., de 3 de septiembre de 1949, G. J. T. LXVI, P. 657, y sent. de 11 de sept. de 1951, G. J., T. LXX, P. 254.

Y esto, como es obvio, porque la calificación de la complicidad correlativa como modalidad específica de la coparticipación criminal y que incide como circunstancia modificadora de la responsabilidad en los delitos de homicidio y lesiones personales, corresponde al Jurado, en los juicios en que éste interviene y no al juez de derecho, a quien solo le compete lo relativo a las circunstancias genéricas de mayor y menor peligrosidad, "cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito", (Art. 499 del C. de P. P.).

Si al juri, en este caso, se le preguntó si el procesado Rodríguez Rico "es responsable, sí o no, de haber dado muerte a Serafín Duarte, en coautoría con el otro sindicado...", era lógico que, ante la respuesta afirmativa de los jueces de conciencia, el juzgador en derecho no tuviera en cuenta el Art. 385 del Código Penal, sobre complicidad correlativa, porque ésta resulta negada por ese veredicto, que obligaba a tomar en cuenta el Art. 19 de dicho Código y no aquél. Coautor es quien comete un hecho delictuoso conjuntamente con otros autores, es decir, en cooperación consciente y querida. Y de acuerdo con **Francisco Antolisei**, "la responsabilidad de los diversos partícipes encuentra su justificación precisamente en el hecho de que todos son autores de él, por pertenecer a cada uno de ellos la operación conjunta que ha dado origen al delito mismo" (P. 397 de su "**Manual de Derecho Penal**", Editorial "Uthea", Buenos Aires, 1960).

La conducta —de acción u omisión— de los distintos **socci sceleris** al aparecer conectada material y moralmente, constituye un conjunto de fuerzas que se dirigen a un fin común o unidad de intención crimi-

nal. La conexión que resulta de las distintas actividades de los copartícipes, cuando todos obran determinados por esa voluntad de cooperar al hecho que constituye el delito, excluye que ninguno de ellos resulte ajeno a las consecuencias penales, en igual grado de las que se desprenden para los demás codelincuentes. Es que la unidad de la intención criminal, dentro de las distintas actividades de los copartícipes, cuando éstas se completan recíprocamente, tiene la virtualidad de aunar, asimismo, la diferente colaboración física de unos y otros para configurar un solo hecho. De esta manera, las distintas acciones pertenecen a todos y a cada uno de los copartícipes, pues si el fin es común, también lo es la actividad conjunta puesta en juego para conseguirlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio diez de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos

Agotado el trámite correspondiente, procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados **Isaías Chimbi Hernández y Noel Eliécer Rodríguez Rico**, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 13 de abril de 1964, por la cual les fue impuesta, a cada uno, la pena principal de quince (15) años de presidio, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Serafín Duarte.

De los dos recurrentes, únicamente presentó demanda de casación el último de los nombrados.

Hechos

El ad-quem hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"En horas de la noche del veintisiete de marzo de mil novecientos sesenta y uno, el campesino Serafín Duarte Durán fue muerto violentamente, mediante varios peinillazos en la cabeza y en otras partes del cuerpo, en momentos en que se encontraba solo en una choza situada en el paraje 'La Paz', de la comprensión municipal de Vergara, a la que se había trasladado con el fin de cuidar algunos humildes enseres que tenía allí. Su mujer Carmen Camacho de Duarte, junto con la demás familia, se había quedado desde el veintiséis del mismo mes en predios de Querubín Chimbi Hernández, situados en 'El Vergel', del ya mencionado municipio. Desde ese día Serafín Duarte Durán se había ido de su casa a trabajar donde Guillermo Mendigaño, con la clara advertencia de que pernoctaría en la humilde vivienda en la que se le encontró muerto. Inmediatamente se tuvo conocimiento, tanto la esposa del extinto, sus familiares y vecinos de la vereda estuvieron acordes en señalar a Noel Rodríguez y a Isaías Chimbi Hernández como a los presuntos autores del crimen, ya que de muchos eran sabidas las ilícitas relaciones carnales sostenidas por Isaías con Carmen Camacho de Duarte, y de Noel con Ana Cecilia, de escasos diez y seis años de edad. Para dar una noción exacta de la personalidad de la esposa del occiso, basta recordar que la misma noche del delito dicha mujer accedió a la conjunción carnal con Querubín Chimbi, hermano de Isaías, cosa que, por demás, solía hacer con varios varones de la vereda... Noel Rodríguez, quien junto con Isaías Chimbi llegó adonde se encontraba Carmen Camacho de Duarte a eso de las ocho o nueve de la noche, no tuvo inconveniente alguno en acostarse al lado de la menor Ana Cecilia, con quien copuló, lo que no era la primera vez que sucedía. Los dos hombres habían estado en esa misma casa en las últimas horas de la tarde. Al regresar, fue notorio que algunas de sus prendas de vestir acusaban manchas de sangre".

Desarrollo del proceso

El Juzgado 5º Superior de Bogotá, mediante providencia de 24 de noviembre de 1961, llamó a juicio, por los delitos de homicidio y robo, a los recurrentes **Rodríguez Rico y Chimbi Hernández.**

En la parte motiva de este auto se anota:

"Está demostrado del expediente que el señor Serafín Duarte permanecía solo en su antigua habitación. Que la noche del crimen se encontraba acostado precisamente en el lugar donde apareció muerto. Las armas que portaba, particularmente su peinilla, fue hallada en la parte de afuera sobre una zaranda de lata, como dice la diligencia de levantamiento del cadáver. Pues bien: todo cuanto se ha dicho indica que el señor Serafín Duarte fue eliminado cuando se encontraba en absoluto estado de indefensión. Esta circunstancia de agravación del homicidio y que lo eleva a la categoría de asesinato, debe ser sometida a la consideración del Jurado de Conciencia en el respectivo cuestionario y en su debida oportunidad.

"Teniendo en cuenta... la forma como le fue 'desbaratada' la cabeza a la víctima, por más de diez golpes de machete, según las pruebas aportadas al proceso, debe igualmente tenerse presente que el delito fue cometido con sevicia... Esta otra circunstancia de agravacion del homicidio se someterá al Jurado en su debida oportunidad".

También se observa en este proveído que el delito de robo se cometió en despoblado.

El **ad-quem**, al revisar el auto de vocación a juicio, lo confirma en cuanto al delito de homicidio solamente. También anota lo que pasa a transcribirse, con respecto a las circunstancias de agravación señaladas por el **a-quo** en la parte motiva:

"Resulta apenas elemental, obvio y lógico que Serafín Duarte fue eliminado encontrándose en absoluto estado de indefensión e inferioridad personal, no solamente por el número de sus agresores, sino por hallarse totalmente desarmado, ya que durante la diligencia de levantamiento de su cadáver se logró establecer que la peinilla de su propiedad no había sido usada y se encontraba afuera sobre una zaranda.

Estas especiales circunstancias condujeron al señor Fiscal del Juzgado a solicitar que el llamamiento a juicio se hiciera con a deducción de la causal 5ª del artículo 363 del Código Penal, ya que los incriminados habían actuado con alevosía. Ese planteamiento fue acogido genéricamente por el Juzgado. Estima la Sala que si bien lo anterior es inconcuso, jurídicamente resulta más apropiado y con mayor anclaje en la desnuda realidad procesal, hablar de premeditación, comoquiera que los asesinos hubieron de concertar previamente su plan de eliminación, planeando la hora, el sitio y las armas que debían usar, encaminándose luego, con la complicidad de la noche, para sorprender a la víctima en forma desprevenida... Debe pensarse en que los motivos que armaron los brazos homicidas fueron no solamente bajos, sino innobles, ya que con la eliminación de Serafín desaparecía el estorbo y así podrían seguir copulando a sus anchas Isaías con Carmen y Noel con Ana Cecilia. Dicha circunstancia específica de agravación se encuentra prevista en el aparte 2º del canon 363 del Código Penal. Con la reforma consiguiente, se aprobará el llamamiento a juicio.

"Nada debe glosar el Tribunal respecto de la circunstancia prevista en el numeral 7º ibídem, ya que en verdad los sindicados procedieron con saña y despiadada ferocidad al darle muerte al indefenso Serafín, asestándole duros y repetidos golpes en la cabeza y en uno de los brazos, hasta llegar al número de diez, según se comprobó en la diligencia de levantamiento de su cadáver. Así que la sevicia surge con meridiana claridad".

En la audiencia pública le fue propuesto al Jurado el siguiente cuestionario, con respecto a cada uno de los dos enjuiciados:

"El encausado..., de las condiciones civiles y personales que registra el expediente, es responsable SI o NO de haber dado muerte a Serafín Duarte, en coautoría con el otro sindicado que responde en este proceso, con intención de matar, mediante lesiones con arma cortante de que da cuenta la diligencia de autopsia, con premedi-

tación acompañada de motivos innobles o bajos, y con sevicia además, conforme a hechos ocurridos en las horas de la noche del veintisiete de marzo de mil novecientos sesenta y uno, en la choza situada en la vereda de La Paz, del municipio de Vergara, comprensión de este Distrito Judicial?".

Para ambos sindicados los jueces de hecho respondieron afirmativamente el anterior cuestionario.

Cón fundamento en esta determinación del Jurado, el Juzgado 5º Superior de Bogotá condenó a Rodríguez Rico y a Chimbi Hernández a la pena principal de dieciseis años de presidio, sanción que modificó el ad-quem para reducirla a quince años, por estimar pertinente el mínimo de la pena señalada en el artículo 363 del Código Penal, dado que únicamente resultaron probadas algunas circunstancias de menor peligrosidad y ninguna de mayor peligrosidad.

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público

Invoca el demandante los ordinales 1º y 3º del artículo 567 del C. de P. P., así:

a) Causal primera: Formula dos cargos a través de este motivo de casación:

Primer cargo

Dice el actor lo que pasa a transcribirse:

"Al considerarse que el delito de homicidio, cuya comisión se le atribuye a Noel e Isaías, fue perpetrado en circunstancias de agravación, se desconoció la vigencia de la segunda parte del artículo 204 del C. de P. P.... El carácter eminentemente circunstancial de la única prueba recaudada no proporciona el argumento idóneo para darle al hecho incriminado la categoría de asesinato. El procesamiento, pues, ha debido hacerse por homicidio simplemente voluntario, en razón de que las circunstancias de agravación o atenuación no pueden ser objeto de presunción judicial, cuando el procesado no acepta su participación en el delito y existe carencia de prueba directa. Resultaría tremendamente aberrante y bastante arbitrario que el juzgador, apoyándose en el vacío, le atribuyera al hecho y al penumbroso responsable circunstancias determinantes, eximentes o modificadoras de la responsabilidad. Al no dársele aplicación al artículo 204, en su última parte, para reconocerle al procesado el derecho que allí se consagra, por consiguiente y por contragolpe se viola la ley penal. Surge, pues, la causal alegada como un imperativo jurídico".

También manifiesta que "no fue posible traer a los autos la prueba directa que sirviera para acreditar la imputabilidad material", y que de la prueba indiciaria allegada no podía "el juzgador tener por establecido que Noel e Isaías premeditaron el hecho, impulsados por el innoble motivo de satisfacer un deseo impuro y ni al llegar el momento consumativo repitieron los golpes de peiiilla, obedecieron a una morbosa saña".

Persiste en aseverar que "la comprobación de las circunstancias de agravación tenidas en mientes para determinar la aritmética de la pena, fue algo que quedó escondido en la penumbra sumarial, y ante la carencia de elementos de juicio distintos de la prueba circunstancial, esa agravación no puede presumirse judicialmente porque sería lo mismo que empeorar la situación de os procesados ante la ley".

A lo anterior, replica el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, así:

"El señor demandante, en su empeño inútil de sustentar la acusación al fallo, aparenta olvidar que el Jurado de conciencia fue quien decidió de la suerte de su patrocinado; fue quien, por hacer uso de su soberanía y por no estar sometido a tarifa legal de pruebas, consideró que Noel Eliécer Rodríguez Rico e Isaías Chimbi Hernández son responsables como autores del horrendo asesinato de que fue víctima el señor Serafín Duarte. Olvida también o ignora que el auto de proceder causó, en su mo-

mento, ejecutoria y que conforme a dicho proveído era el caso de interrogar al Jurado sobre si los acusados eran o no responsables de haberle dado muerte al señor Serafín Duarte con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con sevicia o crueldad excesiva o innecesaria.

"Aspira, pues, el señor demandante a que sea desconocido el fallo de hecho, que como tal constituye el fundamento legal y jurídico de las sentencias proferidas por el **a-quo** y el **ad-quem**. Pero a nadie puede escapársele que ese intento suyo es inútil, porque el recurso de casación no da cabida a semejante disparatada pretensión, velada por cierto y consistente en querer socavar el veredicto del Tribunal popular, sosteniendo la inepta e injurídica tesis de que la prueba circunstancial o indiciaria no es, en nuestra ley de procedimiento penal, apta para deducir la concurrencia de circunstancias de agravación en la comisión del homicidio de autos.

"Duda nunca pudo plantearse en todo el curso del proceso, porque los indicios vehementes o necesarios que militan en contra de los acusados Chimbi Hernández y Rodríguez Rico, descartaron desde un principio hasta un fin la aplicación del artículo 204 del C. de P. P., el cual erróneamente el actor considera infringido; y permitieron esos mismos indicios que fuera dictada la sentencia condenatoria por estar cumplidos en autos los requisitos demandados por el artículo 203 del citado Código.

"Como consecuencia de lo contraargüído puede sacarse la de que el intento de revivir el debate probatorio que feneció en las instancias, es cosa que no debe aceptar la H. Corte, siendo ella como es un Tribunal de casación y no de instancia.

"A su turno, resulta que el cargo analizado es inane y debe ser desechado".

Segundo cargo

Expresa el demandante que el fallo recurrido viola la ley penal sustantiva, por haberse dejado de aplicar el artículo 385 del Código Penal para señalar la pena pertinente.

Persiste en su crítica a los elementos de juicio para dar apoyo a esta tacha y supone que "cuando se está frente a la prueba indiciaria y son dos o más personas las que han resultado comprometidas en la comisión del delito y como es lo natural, no es posible determinar el grado de participación de cada una de ellas, la pena se ha de imponer conforme a lo dispuesto en la norma aludida, para los efectos de la aritmética de la pena".

Para rechazar este cargo, el señor Agente del Ministerio Público observa que "las voces del veredicto pronunciado no dan base para considerar que la complicidad correlativa fuera admitida por los jueces de hecho. El jurado declaró sin ambages que Noel Eliécer Rodríguez es responsable del homicidio de Serafín Duarte, en coautoría con Isaías Chimbi Hernández. Ese reconocimiento o declaración del Juri, corresponde a los claros y precisos términos del cuestionario del folio 184 del cuaderno principal. Y este cuestionario es fiel reflejo de la clase de acusación provisional que en el auto de proceder le fue hecha a los acusados".

Estima, en consecuencia, que esta segunda tacha no resulta probada.

b) **Causal tercera:** Afirma el señor personero de Rodríguez Rico que existe desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, pues el **ad-quem**, al ocuparse de la revisión del enjuiciamiento, para nada mencionó el ordinal 7º del artículo 363 del Código Penal, "dando a entender que los cuestionarios debían ser redactados teniendo en cuenta solo la causal segunda", y, "sin embargo, al redactar el cuestionario y la sentencia de primer grado se incluyó la causal de agravación en comentario... y en la providencia que se impugna se incurrió en el mismo vicio, es decir, reconociendo la causal séptima, a pesar de que en el auto de

proceder, o sea la providencia ya modificada por el Tribunal, se excluyó deliberadamente esta causal".

Responde el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal lo que sigue:

"No hubo tal exclusión. Lo que ocurrió fue que al conocer el ad-quem del auto de proceder que hubo de ser apelado, ninguna objeción hizo en relación con la consideración hecha por el juez del conocimiento en torno a la circunstancia prevista en el aludido ordinal séptimo, circunstancia la cual halió concurrente...".

De igual manera, expresa que no es viable la causal tercera de casación.

Para resolver se considera

Ninguno de los cargos formulados con invocación de las causales primera y tercera de casación fue comprobado por el demandante, como lo observa el señor Agente del Ministerio Público.

En efecto:

—I— Causal primera

Es claro el propósito del señor apoderado de Rodríguez Rico de buscar que se reabra el debate probatorio, so pretexto de una inexistente violación de la ley penal sustantiva, precaviéndose de invocar la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, única que lo haría posible, pero que no es pertinente en los juicios en que interviene el Jurado, como de manera reiterada y constante lo ha señalado la Corte.

Los jueces de hecho, como lo observa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, no están sometidos a la tarifa legal de pruebas. Unicamente cuando el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, el juez así lo declara; y si su resolución es confirmada por el superior, se convoca un nuevo Jurado. Pero en este negocio no se llevó a cabo tal declaración y, de consiguiente, el fallo del juez de derecho debía ceñirse a la afirmación de la responsabilidad de los enjuiciados, claramente hecha por los jueces de conciencia, con las circunstancias de agravación también indicadas por éstos.

De otra parte, ni el auto de vocación a juicio, ni el cuestionario propuesto al Jurado, ni la respuesta de éste dan apoyo alguno para que la sentencia acusada tomara en cuenta una supuesta complicidad correlativa. Si el juzgador en derecho hubiera aplicado el artículo 385 del Código Penal, entonces sí hubiera incurrido en violación de la ley penal, por indebida aplicación de la misma. Esta Sala ha dicho que "la complicidad correlativa en procesos con Jurado, de acuerdo con la doctrina, requiere, además de sus elementos esenciales, que la hayan reconocido, el juez en el auto de proceder y el Jurado en el veredicto (éste en todo caso)", Sent. de 5 de julio de 1949, G. J. t. LXVI, p. 399; Sent. de 3 de Sep. de 1949, G. J. t. LXVI, p. 657, y Sent. de 11 de Sept. de 1951, G. J. t. LXX, p. 254.

Y esto, como es obvio, porque la calificación de la complicidad correlativa, como modalidad específica de la coparticipación criminal y que incide como circunstancia modificadora de la responsabilidad en los delitos de homicidio y lesiones personales, corresponde al Jurado, en los juicios en que éste interviene y no al juez de derecho, a quien solo le compete lo relativo a las circunstancias genéricas de mayor y menor peligrosidad, "cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito", (Art. 499 del C. de P. P.).

Si al Juri, en este casó, se le preguntó si el procesado Rodríguez Rico "es responsable, sí o no, de haber dado muerte a Serafín Duarte, en coautoría con el otro sindicado...", era lógico que, ante la respuesta afirmativa de los jueces de conciencia, el juzgador en derecho no tuviera en cuenta el artículo 385 del Código Penal, sobre complicidad correlativa, porque ésta resulta negada por ese veredicto, que obligaba a tomar en cuenta el artículo 19 de dicho código y no aquél. Coautor es quien comete un hecho delictuoso conjuntamente con

otros autores, es decir, en cooperación consciente y querida. Y de acuerdo con **Francisco Antolisei**, "la responsabilidad de los diversos participantes encuentra su justificación precisamente en el hecho de que todos son autores de él, por pertenecer a cada uno de ellos la operación conjunta que ha dado origen al delito mismo". (p. 397 de su "**Manual de Derecho Penal**", Editorial "Uthea", Buenos Aires, 1960).

La conducta —de acción u omisión— de los distintos **socci sceleris**, al aparecer conectada material y moralmente, constituye un conjunto de fuerzas que se dirigen a un fin común o unidad de intención criminal. La conexión que resulta de las distintas actividades de los copartícipes, cuando todos obran determinados por esa voluntad de cooperar al hecho que constituye el delito, excluye que ninguno de ellos resulte ajeno a las consecuencias penales, en igual grado de las que se desprenden para los demás codelincuentes. Es que la unidad de la intención criminal, dentro de las distintas actividades de los copartícipes, cuando éstas se completan recíprocamente, tiene la virtualidad de aunar, asimismo, la diferente colaboración física de unos y otros para configurar un solo hecho. De esta manera, las distintas acciones pertenecen a todos y a cada uno de los copartícipes, pues si el fin es común, también lo es la actividad conjunta puesta en juego para conseguirlo.

No prospera, pues, el motivo de casación propuesto.

—II— **Causal tercera**

La Sala comparte el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, pues evidentemente no existe desacuerdo entre el auto de proceder y el cuestionario propuesto al Jurado, ni entre la sentencia y aquella resolución de llamamiento a juicio.

En el auto del **ad-quem** a que alude el demandante, se dice, precisamente, que "nada debe glosar el Tribunal respecto de la circunstancia prevista en el numeral 7º del artículo 363 del C. P., ya que en verdad los sindicados procedieron con saña y despiadada ferocidad al darle muerte al indefenso Serafín, asestándole duros y repetidos golpes en la cabeza y en uno de sus brazos, hasta llegar al número de diez, según se comprobó en la diligencia de levantamiento de su cadáver. Así que la sevicia surge con meridiana claridad".

Es, por tanto, inane el cargo formulado por el impugnante a través de esta causal y, de consiguiente, no prospera este motivo de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado **Noel Eliécer Rodríguez Rico** contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se ha hecho mérito. Igualmente DECLARA DESIERTO el recurso de casación interpuesto contra el mismo fallo por el procesado **Isaías Chimbi Hernández** y lo condena en costas. Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO DE SIMPLE PROPOSITO

Causal 3ª de casación penal en su segunda hipótesis. — Requisitos para que prospere. — Actuaciones procesales de fundamental importancia en los juicios con intervención del Jurado. — Armonía entre el auto de proceder, el cuestionario y la sentencia que desarrolla el veredicto. — Sistema de formulación de cuestionarios de la Ley 4ª de 1943. — Juzgamiento conforme a las leyes prexistentes al acto incriminado.

1. Ha dicho esta Sala repetidas veces que cuando se aduce la causal tercera de casación en su segunda hipótesis, vale decir, desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado, el demandante debe demostrar, para que su pretensión prospere, dos cosas fundamentales: a) que la respuesta del Juri traduce o configura una precisa y determinada situación jurídica; y b) que el Tribunal acogió otra sustancialmente diversa, desconociendo total o parcialmente la voluntad declarada de los jueces populares.

2. En los juicios con intervención del Jurado existen tres actuaciones procesales de fundamental importancia que deben guardar entre sí una íntima relación de dependencia: el auto de proceder, que formula los cargos contra el procesado; el cuestionario, que constituye la síntesis del enjuiciamiento, y la sentencia, que desarrolla el veredicto.

En este proceso no se ha roto esa armonía. En el auto de llamamiento a juicio se advirtió con toda claridad que "no hay circunstancias específicas agravantes ni atenuantes, por lo cual la procesada responderá de un homicidio simplemente voluntario". En consecuencia, no habiéndose modificado esa situación durante el juicio, era apenas lógico que se interrogara al Jurado en los términos en que lo hizo el juez de la causa.

A los jueces de conciencia no se les formuló "un cuestionario múltiple", como erróneamente se afirma en la demanda, sino una cuestión única, con coherencia interna o unidad conceptual. Por tanto, la respuesta afirmativa del Tribunal Popular no solo comprende la autoría material, sino también la responsabilidad del agente, dentro del ámbito del auto de proceder y en las circunstancias allí señaladas.

En tales condiciones, al juez de derecho únicamente le correspondía desarrollar el veredicto y en efecto lo hizo, sin extralimitación de ninguna índole. Así las cosas, no puede válidamente hablarse, en el caso estudiado, de desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

Lo expuesto adquiere mayor fuerza demostrativa si no se olvida la siguiente jurisprudencia de la Corte: "En el sistema de formulación de cuestionarios de la Ley 4ª de 1943, la propuesta al Jurado sobre la responsabilidad del acusado por el hecho o hechos a él imputados, comprende los elementos del delito, tanto físicos o materiales como síquicos o morales, de modo que la no propuesta expresa del propósito o intención al Jurado, no implica su desconocimiento o exclusión, menos la consiguiente absolución del procesado, ni funda el desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, doce de junio de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

En sentencia del treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, el Tribunal Superior de San Gil condenó a **Eva Olarte de Ariza** a la pena principal de ocho (8) años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable de la muerte de Uladislao Abreo Vargas, fallo contra el cual interpusieron el recurso extraordinario de casación la procesada y su defensor.

Agotado el trámite propio del asunto, procede la Corte a decidir.

Antecedentes

1º Los hechos que originaron el proceso los resume la sentencia de primer grado en los siguientes términos, que recogen, en esencia, la verdad de lo ocurrido:

"Al promediarse la tarde del día veinte de octubre del año próximo pasado, (se alude a 1962) en una de las calles más céntricas de la ciudad de Vélez, en los umbrales de la puerta de gabinete estomatológico del doctor Luis Emigdio Velandia, la procesada, señora Eva Olarte de Ariza, le descerrajó al joven Uladislao Abreo Vargas la carga íntegra de su revólver Smith & Wesson, de cinco recámaras. Tres proyectiles hicieron impacto en el cuerpo del infortunado galán, generalmente conocido con el remoquete de 'Lalo', quien quedó instantáneamente muerto sobre la vía. La Olarte de Ariza afirma que lo mató por cuanto de tiempo atrás pugnaba por seducirla y que, no obstante su franco rechazo, el día de los hechos insistió en sus propuestas indecorosas, subrayando las palabras con actos atentatorios de su pudor y dignidad de mujer casada, al pretender manosearle las partes íntimas. Los testigos afirman a una, que, yacente la víctima como consecuencia de los primeros disparos, la sindicada aún hízole dos más; y según la testimoniante Beatriz Guarnizo, a continuación se inclinó sobre el cadáver y le arrancó una porción de cabellos. Luego enrumbó hacia su casa monologando: 'así se matan los perros', 'todavía se mueve' o algo por el estilo. Inmediatamente fue interceptada por las autoridades y puesta a buen recaudo. Al requisarla le fue hallado, a más del arma de fuego ya descrita, una puñaleta en la cartera de mano".

2º En providencia del 14 de diciembre de 1963, el Juzgado Tercero Superior, con sede en el Socorro, llamó a "responder en juicio criminal por los trámites en que interviene el Jurado de Conciencia, a **Eva Olarte de Ariza**... por el delito de homicidio en Uladislao Abreo Vargas...", proveído en cuya parte motiva se dijo:

"No siendo aceptable, entonces, la eximente aquí planteada por la procesada, ésta debe comparecer ante el Jurado de conciencia, en razón de los requisitos que al respecto exige el artículo 429 del C. de P. P. se hallan satisfechos a plenitud en el presente negocio.

"Realmente, como lo sostiene la Fiscalía, no hay circunstancias específicas agravantes ni atenuantes por lo cual Eva Olarte de Ariza responderá de un homicidio simplemente voluntario".

3º Cumplidas las formalidades del juicio, al Tribunal Popular se le interrogó de la siguiente manera:

"**Cuestión única:** La acusada **Eva Olarte de Ariza** es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte a Uladislao Abreo Vargas por medio de las heridas descritas en la diligencia de autopsia que obra al folio 21 del expediente, hecho cometido en el perímetro urbano de la ciudad de Vélez en las horas de la tarde del día veinte de octubre del año de mil novecientos sesenta y dos, y en la ejecución de tal hecho obró la procesada con el propósito de matar?"

El Jurado respondió: "Sí es responsable".

4º Las instancias, en sus respectivos fallos, acogieron el veredicto unánime del Ju-

ri. A la motivación del fallo de segundo grado pertenecen los apartes que en seguida se transcriben:

"Dos tesis opuestas se plantearon en la audiencia pública. La primera sostenida por el señor Fiscal del Juzgado en forma brillante y con sobrados conocimientos jurídicos, llevó adelante la idea de un homicidio pasional, donde la mujer faltando a la fe que juró a su marido, satisfacía adulteradamente su apetito sexual con su amante Uladislao Abreo, a quien dio muerte impulsada por los celos, al saber que existía otra mujer que compartía las caricias del hombre que quería para sí de manera exclusiva. En estas condiciones no podía existir sino un homicidio de simple propósito.

"El señor Defensor y el vocero de la acusada, trataron de sostener en la audiencia pública, que Eva Olarte de Ariza era una mujer decente, fiel a su esposo, y a quien perseguía con lúbricos propósitos Uladislao Abreo, sujeto que faltando al más elemental respeto quiso manosear en plena calle el cuerpo de la mujer, recibiendo como respuesta cinco tiros de revólver de la persona que en esa forma defendía su honra y su buen nombre.

"El Jurado después de meditar sobre las tesis expuestas por la acusación y la defensa, emitió un veredicto condenatorio acogiendo en su integridad los conceptos de la Fiscalía".

Demanda de casación

Sustentó el recurso ante la Corte el doctor Darío Marín Vanegas, apoderado especial de la recurrente. El escrito respectivo contiene un breve relato de los hechos basado primordialmente en la indagatoria de la acusada. A ello se agrega una síntesis de la actuación procesal, y, por último, se formula la acusación al fallo recurrido con apoyo en las causales tercera y cuarta del artículo 567 del C. de P. P.

Causal tercera. Exclusivamente se aduce el segundo de los motivos previstos en esta causal: Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado. La acusación se plantea en los siguientes términos:

"La Ley 4ª de 1943 cambió el sitema anterior y estableció la cuestión única para el cuestionario que ha de someterse a la consideración del jurado. Al efecto en sentencia de 11 de febrero de 1946 (LX, 178) la Honorable Corte dijo lo siguiente: 'La Ley 4ª de 1943, cuyo imperio se inició el día 27 de febrero del mismo año, dispuso que en lo sucesivo en los procesos penales (artículo 28) el cuestionario sometido al Jurado por el juez será distinto al cuestionario múltiple que hasta la vigencia de esta ley tenía estatuído el C. de P. P.

"Contra lo establecido en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, el señor Juez Tercero Superior del Socorro sometió a la consideración de los jurados un cuestionario múltiple. En efecto, tal cuestionario formuló dos preguntas, ambas claramente definidas, sin que la segunda sea una repetición de la primera.

"Descomponiendo el cuestionario, las dos preguntas son las siguientes:

"La primera: 'La acusada Eva Olarte de Ariza es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte de Uladislao Abreo Vargas por medio de las heridas descritas en la diligencia de autopsia que obra al folio 21 del expediente, hecho cometido en el perímetro urbano de la ciudad de Vélez en las horas de la tarde del día veinte de octubre del año de mil novecientos sesenta y dos'.

"La segunda: '... y en la ejecución del hecho obró la procesada con el propósito de matar?'.

"Este múltiple cuestionario fue contestado así por el jurado de conciencia: 'Sí es responsable'. De manera que los jueces populares se limitaron tan solo a contestar la primera pregunta, sin haber dicho nada con respecto a la segunda que concretamente se refería a la intención, hecho éste que introdujo un flagrante elemento de confusión para dictar sentencia previo un debate en el cual se expusieron diversas tesis

jurídicas en materia de responsabilidad, incluso la de ira e intenso dolor examinada por el Fiscal en la audiencia pública".

El argumento se repite, con léxico diferente, en posteriores pasos de la demanda. Y luego añade el actor, tratando de resumir su pensamiento: "Frente a la contestación del Jurado en relación con las dos preguntas que se le propusieron al Juez de derecho no le queda sino este dilema ineludible: o declara la contraevidencia, o ajusta la interpretación del veredicto a la situación más favorable al procesado, sin salirse de la calificación genérica que haya recibido en la parte resolutiva del auto de vocación a juicio. En el caso de autos, el examen de los términos del debate conduce a la conclusión de que el juez de derecho se desvió de la voluntad del jurado, produciendo con su interpretación un manifiesto desacuerdo entre el veredicto y la sentencia. Se dejó, por ejemplo, de tener en cuenta una figura delictiva, la consignada en el artículo 28 del C. P., el homicidio cometido en estado de ira o intenso dolor, figura ésta que tiene amplio asidero en los autos y que, incluso, fue debatida por el Fiscal del Juzgado".

"En consecuencia —concluye el demandante— demando la invalidación del fallo acusado para que se reemplace por el que ajuste los términos de la condenación proferida contra Eva Olarte de Ariza a la voluntad del jurado de conciencia, 'que consulte la verdad material del proceso y sea un reflejo exacto de los hechos debatidos', conforme a lo dispuesto en el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal".

Causal cuarta

Los dos párrafos que a continuación se transcriben contienen el motivo fundamental de la acusación por este aspecto:

"La mencionada multiplicidad del cuestionario determinó una seria restricción a las posibilidades de la defensa, e introdujo un elemento de confusión para los jurados y para el mismo fallador.

"La Constitución Nacional estableció que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, y en el caso de estudio el a-quo al confeccionar el formulario lo hizo de acuerdo con una disposición derogada del C. P.—, (sic) con lo cual vició de nulidad sustancial una pieza fundamental del proceso definitiva para fallar un caso debatido en audiencia pública, como el homicidio".

Con apoyo en ese criterio, el actor pide a la Corte que, por intermedio del Tribunal Superior de San Gil, devuelva el proceso al Juez Tercero Superior del Socorro, "para que reponga el procedimiento a partir del cuestionario que se sometió al jurado de conciencia, inclusive, cuestionario en el cual se ha localizado una nulidad sustancial por violación del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 y del artículo 26 de la Constitución Nacional".

Concepto del Ministerio Público

En extensa crítica a la demanda, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal no solo estima que los cargos en aquélla enunciados quedaron sin adecuada demostración, sino que, inclusive, el libelo carece de los presupuestos mínimos que la ley exige para que la Corte pueda hacer un estudio concreto de la providencia recurrida frente a las causales invocadas. Consecuente con esa opinión, pide a la Sala que declare desierto el recurso, al tenor del artículo 565 del C. de P. P., o que lo deseche, con fundamento en el artículo 569 ibídem.

Consideraciones de la Corte

1ª Ha dicho esta Sala repetidas veces que cuando se aduce la causal tercera de casación en su segunda hipótesis, vale decir, **desacuerdo** de la sentencia con el veredicto del jurado, el demandante debe demostrar, para que su pretensión prospere, dos cosas fundamentales: a) que la respuesta del Juri traduce o configura una precisa y determinada situación jurídica; y b) que el Tribunal acogió otra sustancialmente diversa, desconociendo total o parcialmente la voluntad declarada de los jueces populares.

Salta a la vista que las afirmaciones genéricas que sobre el particular contiene la demanda en manera alguna son idóneas para demostrar el cargo, y esa sola consideración sería suficiente para desecharlo. Importa, sin embargo, agregar algunas otras observaciones en torno al tema propuesto.

2ª En los juicios con intervención del jurado existen tres actuaciones procesales de fundamental importancia que deben guardar entre sí una íntima relación de dependencia: el auto de proceder, que formula los cargos contra el procesado; el cuestionario, que constituye la síntesis del enjuiciamiento, y la sentencia, que desarrolla el veredicto.

3ª En este proceso no se ha roto esa armonía. Como se recordará, en el auto de llamamiento a juicio se advirtió con toda claridad que "no hay circunstancias específicas agravantes ni atenuantes, por lo cual Eva O'arte de Ariza responderá de un homicidio simplemente voluntario". En consecuencia, no habiéndose modificado esa situación durante el juicio, era apenas lógico que se interrogara al Jurado en los términos en que lo hizo el Juez de la causa.

4ª A los jueces de conciencia no se les formuló "un cuestionario múltiple", como erroneamente se afirma en la demanda, sino una cuestión única, con coherencia interna o unidad conceptual. Por tanto, la respuesta afirmativa del tribunal popular no solo comprende la autoría material, sino también la responsabilidad del agente, dentro del ámbito del auto de proceder y en las circunstancias allí señaladas.

5ª En tales condiciones, al Juez de derecho únicamente le correspondía desarrollar el veredicto, y en efecto lo hizo, sin extralimitaciones de ninguna índole. Así las cosas, no puede válidamente hablarse, en el caso estudiado, de desacuerdo de la sentencia con el veredicto.

6ª Lo expuesto adquiere mayor fuerza demostrativa si no se olvida la siguiente jurisprudencia de la Corte: "En el sistema de formulación de cuestionarios de la Ley 4ª de 1943, la propuesta al jurado sobre la responsabilidad del acusado por el hecho o hechos a él imputados, comprende los elementos del delito, tanto físicos o materiales como síquicos o morales, de modo que la no propuesta expresa del propósito o intención al jurado, no implica su desconocimiento o exclusión, menos la consiguiente absolución del procesado, ni funda el desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado".

7ª Fluye de todo lo anterior que a la procesada se le juzgó conforme a las leyes preexistentes al acto incriminado, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio. En consecuencia, carece de toda seriedad el cargo de nulidad constitucional sugerido en la demanda.

Decisión

En mérito de estas razones, 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 extraordinario de casación a que se refiere la parte motiva y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

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

Ploquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL

Fallos absolutorio y condenatorio proferidos en causa por homicidio. — Responsabilidad penal. — Confrontación del veredicto con los elementos probatorios del proceso. — Soberanía del Jurado para juzgar de hecho. — Pruebas de cargo obrantes en la causa. — Alcance y contenido de la respuesta del Jurado en el caso de estudio. — La Corte reafirma su tesis respecto de la interpretación del veredicto en caso de responsabilidad por homicidio preterintencional, previsto y sancionado por el Art. 365 del C. P.

1. El fallo de primer grado, de carácter absolutorio, tuvo su fundamento —frente al veredicto— en la doctrina temporalmente propiciada por esta Sala, y de la cual se hace cita por la instancia. Pero el fallo de segundo grado, condenatorio del acusado, por homicidio ultraintencional, también se acoge a fallos proferidos por la Corporación con posterioridad a la sentencia invocada por el Juzgado, en los cuales se admite que la negación por los Jueces de Hecho del propósito específico de matar, en el veredicto, no conduce indefectiblemente al fallo absolutorio porque los hechos mismos del proceso pueden indicar la comisión del homicidio preterintencional y ser, por tanto, legal y jurídicamente acertada la decisión condenatoria.

2. En verdad, el problema que suscita el veredicto recaído en esta causa, consistente solo en que el Jurado afirmó que el homicidio lo cometió el agente sin el propósito de matar, elemento éste del delito enunciado en el auto de proceder y en la cuestión sometida a los Jueces de Conciencia, para una solución correcta en derecho, requiere no el examen escueto de la respuesta del Jurado, sino su confrontación con el proceso mismo, es decir, con sus elementos probatorios en torno al hecho material ejecutado por el reo, pues de esa manera es dado saber si se trata de una conducta punible y si como tal se acopla, dentro de los términos del Art. 11 del C. P. a los presupuestos de un acto intencional o simplemente culposo, y, en último término, si escapa a los ordenamientos de la ley penal por ser, como caso fortuito, no culpable.

3. Cabe afirmar, en primer término, que el veredicto no desconoció la responsabilidad del homicida, puesto que expresamente el Jurado consignó el "sí es responsable", en las circunstancias investigadas en el proceso.

Ahora bien: las pruebas de cargo tomadas en cuenta por las instancias para dictar el auto de llamamiento a juicio, todas ellas de carácter indiciario, dan fe de que el homicidio se cometió intencional o voluntariamente por su autor, e, inclusive se insinúa la posibilidad de haberse ejecutado con circunstancias constitutivas de asesinato, las que, por falta de prueba, no se dedujeron en la calificación de fondo, ni fueron materia de debate en la vista pública de la causa.

En tales condiciones, precisa rechazar la hipótesis del homicidio culposo, y con mayor razón, la absoluta inculpabilidad del acusado, puesto que, para decidir, hay en el veredicto el reconocimiento de la responsabilidad.

4. Si el Jurado, en su soberanía para juzgar de hecho, descartó la intención homici-

da, hay que respetar su voluntad de condenar al procesado y en ese sentido, para que no se contraríe el alcance del veredicto, la sentencia del Juez de derecho tiene que corresponder acomodando la conducta al tipo penal que lógicamente resulta de las pruebas que obran en la causa.

5. La causal tercera de casación, tal como se ha invocado en la demanda, pretendiendo el actor que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto, no es atinente, pues lo que el Tribunal hizo fue, precisamente, interpretar con acierto el alcance y el contenido de la respuesta del Jurado, sin que quepa hablar de desvío o extralimitación del sentenciador al acomodar el hecho juzgado dentro del Art. 365 del C. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, catorce de junio de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

El señor defensor de Querubín Suárez interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de 14 de junio de mil novecientos sesenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, mediante la cual condenó a aquél, como responsable del delito de homicidio ultraintencional, a la pena principal de cuatro (4) años y dos (2) meses de presidio, aparte de las correspondientes accesorias.

El recurso fue sustentado en debida forma y sobre su mérito procede la Sala a resolver.

Antecedentes

1º Los hechos materia del proceso aparecen relatados en el auto de calificación proferido por la instancia en estos términos:

"Dos jóvenes, alumnos del Colegio Universitario de Vélez, salieron de cacería el siete de marzo de mil novecientos sesenta, por parajes del occidente de la ciudad comprendidos en las veredas de 'Peña Tambor' y 'Amarillo'. El uno, Noel Ruiz Güiza, oriundo del vecino municipio de Bolívar; su compañero, Jorge Gabriel Zafra Ariza, veleño e hijo de un dueño de tierras ubicadas por aquellos contornos.

"Serían las cinco de la tarde cuando ya con ánimo de regresar, entraron a un predio de Ana Joaquina Cifuentes de Suárez, seguramente con el fin de llegar hasta el camino que desde 'Peña Tambor' da acceso a la zona urbana. Ruiz Güiza marchaba adelante y advirtió que un hombre, desde lugar próximo a una habitación que había más abajo, les prohibía transitar por su fundo, e informó a Zafra Ariza; éste le aconsejó que no le hiciera caso porque ya iban a llegar al predio colindante, de propiedad de su papá.

"Los cazadores siguieron la travesía que se habían propuesto: Zafra, totalmente desentendido de todo lo que no fuera su deseo de lograr una pieza más; Ruiz, preocupado por la porfía de aquel hombre que a la vez que vociferaba su desagrado avanzaba hacia arriba por un plantío de papa, insistió a Zafra para que se retiraran porque ya era la hora del regreso, pero no consiguió que éste, inocentemente, apartara su atención de unas aves que perseguía.

"El vecindario oyó un disparo de arma de fuego y ante el estupor de su amigo, Jorge Gabriel Zafra se desplomó, quizá sin alcanzar a explicarse por qué y cómo lo abandonaba la vida. Ruiz, convencido de que nada podía en favor de su compañero, acosado por nutrida ráfaga de proyectiles, huyó.

"Las gentes vieron que poco después, un hombre se acercaba a observar el cadáver y luego se dirigía a la casa en que Ana Joaquina Cifuentes vivía con su esposo Querubín Suárez.

"Noel Ruiz llegó a Vélez e informó a las autoridades; el señor Inspector de Policía inició estas diligencias sumarias que luego estuvieron al cuidado de los señores jueces Municipal de Vélez y Veintisiete de Instrucción Criminal y que ahora corresponde ca-

lificar, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público que demanda vocación al juicio para Querubín Suárez, por el delito de homicidio de simple voluntariedad".

2º El Juzgado Tercero Superior, una vez concluída la investigación y obrando de acuerdo con el Ministerio Público, dictó el 29 de noviembre de 1961 auto de proceder contra Querubín Suárez "por el delito de homicidio en Jorge Gabriel Zafra, consumado entre las cinco y las cinco y media de la tarde del siete (7) de marzo de mil novecientos sesenta en el sitio denominado de 'Buenavista' de la vereda de 'Amarillo', en jurisdicción del municipio de Vélez..."

3º El Tribunal Superior, mediante providencia de 13 de abril de mil novecientos sesenta y dos, confirmó la resolución del Juzgado Tercero Superior del Socorro, siendo de advertir que en la motivación de los autos calificadores se estimó el delito como homicidio intencional o de propósito, vale decir, el caso previsto en el artículo 362 del Código Penal.

4º Al Jurado, con ocasión de la audiencia pública, le fue propuesta la cuestión correspondiente, redactada de acuerdo con los términos del auto de proceder, y el veredicto se produjo en estos términos:

"Sí es responsable, sin el propósito (sic) de matar" (folios 59, cuaderno Nº 9).

5º El Juzgado, mediante sentencia de 28 de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, absolvió al acusado, entendiendo que los términos del veredicto no permitían reconocer concretamente una responsabilidad penal, ante la imposibilidad de presumir la afirmación en el veredicto por un homicidio ultraintencional o culposo, acogiéndose así la instancia a una doctrina de esta Corporación contenida en fallo de dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

6º El ad-quem revocó la resolución del Juzgado para condenar al homicida, consignando en la parte motiva de su sentencia extensas y fundadas consideraciones en cuanto a la modalidad del delito, el dolo y el alcance de la respuesta del Jurado, todas ellas encaminadas a demostrar que el hecho imputado contiene los elementos propios del homicidio ultraintencional descrito en el artículo 365 del C. P.

Demanda de casación

La sentencia resulta acusada por el demandante solo con apoyo en la causal tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, o sea por estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Por varios aspectos enfoca la demanda el cargo, siendo los principales el probatorio y el puramente jurídico tocante a los elementos constitutivos del homicidio. Del examen hecho por el acusador concluye que el Tribunal le dio al veredicto un significado que no corresponde a la verdad de los autos ni a la técnica del derecho.

Como puntos más destacados de la impugnación la Sala destaca los siguientes:

"Error del Tribunal en el análisis de los elementos del delito.

"Todos están de acuerdo en que los elementos del delito se reducen a tres: legal, material y moral. No cabe duda que el elemento moral, el más importante y difícil —como que sobre él gira todo el Código Penal—, fue el que negó el Jurado.

"Lo primero que es necesario estudiar es ese elemento moral, para deducir si existe o no responsabilidad por el resultado dañoso de ese acto voluntario o culposo. Pero en la sentencia que acuso se dedujo una responsabilidad de un hecho material, sin haber determinado previamente el propósito en el obrar. Es decir, la sentencia planteó la tesis del dolo pero sin resolver si existía en el hecho, conforme la respuesta del jurado, el elemento subjetivo indicado. El profesor extraordinario de derecho penal en la Universidad de Córdoba —Argentina— doctor Sebastián Soler, nos dice precisamente hablando del aspecto subjetivo del homicidio preterintencional, lo siguiente: 'La fi

gura, según se ve, contiene un elemento subjetivo específico: el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud. Esta condición no está cumplida por una forma meramente eventual del dolo —como lo dice el Tribunal, agrego— ni por la mera voluntad de vejar u ofender o ultrajar que no importe un ataque al cuerpo o a la salud. No es, pues, totalmente correcto plantear el problema del dolo antes de resolver si existía en el hecho el elemento subjetivo indicado, que es una exigencia de la figura, pues siempre se hace necesario el examen previo de los elementos típicos aunque pertenezcan al psiquismo del autor antes de entrar al examen de la culpabilidad, la cual se asienta, según sabemos, también sobre los hechos psíquicos. Es posible inducir de los hechos el propósito, como se induce todo lo subjetivo; pero es preciso llegar a la conclusión positiva de que existió. Cuando se aprecia el dolo o la culpa, el Juez estima las relaciones según lo que normalmente significa; pero cuando está en cuestión un elemento subjetivo, ese juicio puede no ser suficiente. 'El ánimo de ofender —dice certeramente Carrara— deberá ser, pues, preestablecido, toda vez que se quiera imputar no ya mera culpa, sino preterintencionalidad'. Sigue el mismo autor, con un argumento que es clarísimo para el caso de estudio y que resuelve perfectamente el problema: 'En el homicidio preterintencional, es necesario ir a parar a ese tipo de consideraciones por fuerza de una circunstancia fundamental; porque se ha producido una muerte empleando un medio que no debía razonablemente producirla (subrayo), de manera que cuando el medio empleado es en sí idóneo para matar o resulta idóneo por las formas o las circunstancias en que se lo emplea, no hay que plantearse el problema de la existencia del propósito de causar un daño, que es propio de la forma preterintencional, pero no del homicidio simple, figura esta que no requiere una forma específica de ánimo... La existencia de una forma cualquiera de dolo dirigida al evento final (representación ratificado o asentida de la consecuencia), excluye toda consideración de esta figura'.

"Como el Tribunal, de unos hechos: arma idónea para matar, dirección al cuerpo de los estudiantes, herida de carácter mortal, dedujo un fin que está en contra de la intención ultraintencional, porque no hay duda que con todos sos elementos lo que menos se podía concluir era la acción con propósito de lesionar, implica un grave error de interpretación. La sentencia, para ser lógica, ha debido concluir: no habiéndose podido determinar la intención de Suárez (dolo eventual), es preciso absolver, no obstante el lamento de la impunidad, que es un argumento de orden público y en contra de los defectos de nuestra ley, pero no sirve para esgrimirlo indeterminadamente contra un sujeto para condenar, porque así se arrasarían los principios fundamentales del derecho universal.

'Es la intención o el propósito lo que determina en esencia el género del delito contra la vida o la integridad de las personas. Si la intención es solamente la de herir, el delito será de lesiones personales; si el propósito el de matar, el delito será de homicidio. La responsabilidad es la consecuencia legal deducida de ese acto psíquico. Como lo dice la misma Corte, en el estudio del caso de Segundo Ducuara, de mayo 4 de 1963 —que luego compararé con la sentencia en estudio— acogiéndose a la definición de Impallomeni: 'La responsabilidad penal es la obligación de sufrir una pena a causa de un delito; luego uno es penalmente responsable cuando todas las consecuencias materiales y morales previstas por la ley como esenciales al delito, se encuentran existentes en el hecho imputado'.

Errada interpretación del Tribunal de la doctrina de la Corte

"Es preciso hacer resaltar, en primer lugar, que el Tribunal de San Gil no ha adoptado al respecto ninguna doctrina. Es probable que si el negocio hubiera sido fallado dentro de los términos legales, la conclusión hubiera sido la de confirmar la sentencia absolutoria, prueba de ello que existe una sentencia de abril 19 de 1961 en donde se dice todo lo contrario y que firma el mismo Magistrado, doctor Arciniegas, que ahora fue el ponente. Pero el conocimiento —no por medio de la Gaceta porque no

había sido publicada— del estudio de la Corte en la casación de mayo 4 de 1963, transformó el criterio, digo mal, lo trastornó, y lo llevó a una interpretación totalmente errada. El Tribunal, en ese caso que cito, fue hasta mucho más allá de las tesis sostenidas por las partes, al absolver en contra de sus mismas peticiones, con estos argumentos: 'Tampoco cree la Sala que se pueda interpretar el veredicto en la forma que lo hace el **a-quo**, es decir, considerando que el jurado aceptó las tesis del Fiscal y del Juzgado sobre el homicidio preterintencional, prohijadas también por el señor defensor durante el debate oral, pues eso equivaldría a sustituir el jurado en su función juzgadora. Menos podría optarse por la declaración de contraevidencia de ese veredicto, toda vez que este tema de la intención homicida fue objeto de amplio debate por parte de los funcionarios de ambas instancias, y si la Sala desechó la ultraintención cuando revisó el auto enjuiciatorio, no se ve cómo esa severidad de la Sala al analizar la acción imputada a Duarte pueda ahora volverse contra el acusado esgrimiendo argumentos de derecho para estrangular un fallo que se dictó en conciencia...'.

"Pero es que Honorables Magistrados, no obstante no estar de acuerdo con la doctrina que al respecto ha sostenido la Corte —sin mucha seguridad— desde 1953, no se puede decir que el Tribunal, en la sentencia que acuso, interpretara lealmente las mismas providencias que trajo como respaldo para poder condenar. Son absolutamente diferentes todos los casos, y, el último que cita, el de Segundo Ducuara, en que fuera ponente el doctor Vergara Crespo, no tiene ni el más leve parecido con el de autos. Allí hubo dos encuentros, varias clases de armas (palo y piedra al final), muerte a los cuatro días, planteamiento en audiencias de la preterintencionalidad, y respuesta de los jurados conforme esta petición. De ahí que dijera la Corte: 'La Sala considera **que el presente caso** (subrayo) no existe desacuerdo entre el veredicto y la sentencia acusada...', lo que implica, naturalmente, que es preciso estudiar para interpretar cada uno de los casos, y no tomar la frase o respuesta del jurado como algo matemáticamente frío, sin vida, y medir —como por cartabón— la pena que deba imponerse. De ahí que esa misma providencia dice: 'Aunque es cierto que el jurado no manifestó expresamente cuál había sido la verdadera intención con que obró el acusado al causar la muerte violenta a Máximo Moreno, fácilmente se deduce, dados los antecedentes procesales y especialmente la tesis sostenida por la defensa en la audiencia pública, que dicha intención fue únicamente la de lesionar al occiso. Esta interpretación no se opone a los términos expresos del veredicto y está en perfecto acuerdo con la realidad procesal, la que ni la misma defensa pretendió desconocer'. Pero no obstante que la misma providencia que acuso copió parte de la casación a que me estoy refiriendo, cae en el gravísimo error de no traer ningún respaldo procesal para el delito preterintencional que hubo deducir, sino que con una frase quiere darle piso a la sentencia, lo que está en contra de la doctrina que dice acatar. Así concluye el Tribunal: 'Mas, en el caso de autos, se ve sin dificultad, así como ha quedado explicado, que el veredicto tiene amplio respaldo en las pruebas procesales analizadas ampliamente en el auto de proceder, y que fue la base para la elaboración del cuestionario que fue absuelto con absoluta precisión así:... "Si fuera cierto que el veredicto tiene el amplio respaldo 'en las pruebas procesales', forzosamente el resultado hubiera sido diferente, máxime cuando en el auto de proceder no se determinó, ni por asomo, una intención diferente a la del homicidio simple".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de un examen de la actuación procesal y de los fundamentos de la demanda, estima que ésta no prospera porque el cargo hecho al fallo es apenas aparente y no tiene consistencia jurídica.

Los puntos principales de la alegación fiscal son los siguientes:

"Este cargo, es, apenas de pura apariencia: los testimonios rendidos ante la justicia, —desde sus comienzos—, por el joven compañero del occiso se mantuvieron dentro de una línea vertical de certeza, de honestidad y seguras apreciaciones del hecho infortunado en que perdiera la vida Zafra. La identidad del homicida Suárez se verifica a través de sus declaraciones, sin excesos de imaginación, pero también, sin defectos imputables al testimoniante. No existe parcialidad ni animosidad ninguna de Ruiz Güiza contra Suárez; él se limitó a narrar en forma escueta y veraz cuanto desafortunadamente le constó sobre los sucesos del día 7 de marzo de 1960. El Tribunal no partió de base endeble ni falsa al darle a su dicho toda la vocación probatoria que le concedió.

"No existe ruptura o divisibilidad arbitrariamente realizada por el Tribunal al interpretar el veredicto dado por el jurado. En la misma forma que a éste se le hizo una sola pregunta, así dio el jurado de conciencia su respuesta. El Juez de derecho no ha sustituido en el presente caso, caprichosamente, el pensamiento de los jueces de hecho; tampoco invadió los predios de su conciencia para hacer la interpretación del veredicto. Solamente, para ser más enfático y claro, su discurrir en la sentencia analizó el contenido de la respuesta del Tribunal Popular para llegar a concluir que no había términos confusos en el veredicto, y que no era un imposible material o moral el interpretarlo. Ni se desfiguró por el ad-quem lo que perjudicaba al procesado, ni se descartó lo que pudiera beneficiarle. Este segundo cargo contenido en el capítulo 'de los fundamentos de la acusación", debe desecharse.

"Comparte en algunos aspectos esta oficina las consideraciones que hace el opositor a propósito del dolo eventual y el indeterminado, pero no encuentra que el pensamiento del demandante dé base suficiente, en estricto derecho, para considerar que el Tribunal interpretó a su acomodo el veredicto violando el artículo 365 del C. P. en relación con el 362 de la misma obra. El marco de la acusación tercera del capítulo que se responde tiene doctrinariamente algún valor; pero sus consecuencias no hacen impacto directo sobre la sentencia, y mucho menos si se tiene en cuenta que los cargos obran, exclusivamente, al amparo de la causal 3ª de casación, segunda hipótesis.

"La deducción que hace el Tribunal de la intención que tuvo Suárez de causar un mal menor al de la muerte de Zafra está ampliamente amparada por el caudal probatorio que obra en autos; la prueba directa e indiciaria es suficiente para considerar que la Corporación no fue arbitraria al graduar la intención del mismo Suárez y enclaustrarla dentro de las normas del homicidio preterintencional que contrae nuestro Código en el artículo 365. Indudablemente el autor del hecho se propuso ocasionar un efecto nocivo distinto al de la muerte de Zafra; de ahí que el Tribunal de conciencia negara la intención que tuvo de matar y que no pueda tenerse como jurídico absolver al culpable, con pretexto en que al agregar el Tribunal del Pueblo las palabras 'sin intención de matar' daba a entender, a la luz de la lógica y de la buena comprensión, que debía exonerársele de toda responsabilidad y por ende, de toda sanción.

El elemento moral del delito increpado a Suárez no fue negado por el Jurado; a él se le dedujo una responsabilidad originada en su hecho material y el dolo correspondiente característico del elemento moral: el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud. La idoneidad del arma, la dirección de los disparos, la repetición de los mismos, son elementos más que suficientes para dibujar la intención que tenía Suárez en el momento en que disparó su carabina contra el hoy occiso Zafra".

Consideraciones de la Corte

1ª El fallo de primer grado, de carácter absolutorio, tuvo su fundamento —frente al veredicto— en la doctrina temporalmente propiciada por esta Sala, y de la cual se

hace cita por la instancia. Pero el fallo de segundo grado, condenatorio del acusado, por homicidio ultraintencional, también se acoge a fallos proferidos por la Corporación con posterioridad a la sentencia invocada por el Juzgado, en los cuales se admite que la negación por los Jueces de Hecho del propósito específico de matar, en el veredicto, no conduce indefectiblemente al fallo absolutorio porque los hechos mismos del proceso pueden indicar la comisión del homicidio preterintencional y ser, por tanto, legal y jurídicamente acertada la decisión condenatoria.

2ª El fallo de la Corte con el que el Tribunal sustenta la revocatoria en el presente caso es del 4 de mayo de 1963, y en sus principales apartes, transcritos por el adquem, se lee:

"Por lo tanto, en el homicidio preterintencional el resultado mortal sobrepasa la intención del sujeto activo del delito, pero este resultado es el efecto necesario de una conducta dolosa que acarrea una sanción penal. Por eso, cuando la muerte se produce como efecto de una lesión intencional, aunque el acusado no hubiera tenido el propósito de matar, éste comete un homicidio preterintencional, que es el caso contemplado en este juicio, y a lo que conduce la acertada interpretación del veredicto que sirvió de fundamento a la sentencia acusada, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el proceso y la misma tesis planteada por la defensa en la audiencia pública en que intervinieron los jueces de conciencia que profirieron dicho veredicto.

"Si se tienen en cuenta estos factores o antecedentes procesales, sin dificultad se concluye que la respuesta del jurado entraña para el acusado el reconocimiento de una responsabilidad por un homicidio preterintencional, que el artículo 365 del C. Penal define y sanciona en los términos siguientes: "El que con el propósito de causar una lesión personal ocasionare la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuida de una tercera parte a la mitad'.

"La responsabilidad penal, aunque no es fácil definir, es una noción cuyo significado no escapa aún a una persona no perita en conocimientos jurídicos. Fue Romagnosi quien primero precisó el concepto de responsabilidad cuando dijo: 'Una cosa es la imputabilidad y otra la responsabilidad. Por la primera se le atribuye a uno algún efecto determinado, como causa productora de éste. Por la segunda se pretende obligar a alguien a resarcir un daño determinado y a sufrir una pena determinada, por motivo de aquél efecto determinado'.

"Impallomeni repitió este concepto en los siguientes términos: 'La responsabilidad penal es la obligación de sufrir una pena a causa de un delito; luego uno es penalmente responsable cuando todas las consecuencias materiales y morales previstas por la ley como esenciales al delito, se encuentran existentes en el hecho imputado'.

"En consecuencia, cuando se afirma en un veredicto que el acusado 'sí es responsable' de un homicidio, esta declaración necesariamente entraña que está obligado a sufrir una pena por motivo de este delito, es decir, que debe ser sancionado. La explicación que añade que el homicidio lo cometió 'sin intención de matar', lógicamente solo puede interpretarse en el sentido de que no puede sancionársele por un homicidio de propósito o intencional, pero no que no esté obligado a sufrir una pena por un homicidio no intencional, cual es el preterintencional y el culposo, que son figuras delictuosas de las cuales está, por definición, expresamente excluído el propósito de matar.

"Pero si como ocurre en el caso de estudio, el resultado mortal se produjo como efecto de una lesión intencional, y por lo tanto dolosa, no hay duda de que el autor de esta clase de lesión, aunque no hubiera tenido el propósito de matar, está obligado a sufrir la pena que le corresponde como responsable de un homicidio preterintencional, previsto y sancionado por el artículo 365 del Código Penal.

"Por esto, considera la Sala que no es acertada la tesis del señor colaborador Fis-

cal, cuando expresa, que descartado por el jurado el propósito de matar, la declaración 'sí es responsable' 'apenas guarda atinencia con la ejecución material de la muerte —en caso de homicidio— porque con tal expresión, en manera alguna el jurado ha admitido la existencia de una voluntad culpable nacida del dolo o de la culpa en el obrar, y por lo mismo, no ha dado lugar a que surja para el reo la obligación de sufrir una pena a causa de un delito'.

"En consecuencia, la Sala reafirma que la tesis acertada que debe aplicarse para la interpretación de un veredicto como el que en este proceso proferido y que sirvió de fundamento para dictar la sentencia recurrida, es la expuesta en casación del 8 de julio de 1955, en el proceso contra Giraldo Valencia, ratificada y ampliada en posteriores fallos, principalmente en el de 26 de octubre de 1956 en la casación de Zuleta Marín...".

3ª En verdad, el problema que suscita el veredicto recaído en esta causa, consistente solo en que el Jurado afirmó que el homicidio lo cometió el agente sin el propósito de matar, elemento este del delito enunciado en el auto de proceder y en la cuestión sometida a los Jueces de Conciencia, para una solución correcta en derecho, requiere no el examen escueto de la respuesta del Jurado, sino su confrontación con el proceso mismo, es decir, con sus elementos probatorios en torno al hecho material ejecutado por Querubín Suárez, pues de esa manera es dado saber si se trata de una conducta punible y si como tal se acopla, dentro de los términos del artículo 11 del C. P. a los presupuestos de un acto intencional o simplemente culposo, y, en último término, si escapa a los ordenamientos de la ley penal por ser, como caso fortuito, no culpable.

4ª Cabe afirmar, en primer término, que el veredicto no desconoció la responsabilidad del homicida, puesto que expresamente el Jurado consignó el "sí es responsable", refiriéndose a la muerte que ocasionó a Jorge Gabriel Zafra, en las circunstancias investigadas en el proceso.

Ahora bien: Las pruebas de cargo tomadas en cuenta por las instancias para dictar el auto de llamamiento a juicio, todas ellas de carácter indiciario, dan fe de que el homicidio se cometió intencional o voluntariamente por su autor, e, inclusive, se insinúa la posibilidad de haberse ejecutado con circunstancias constitutivas de asesinato, las que, por falta de prueba, no se dedujeron en la calificación de fondo, ni fueron materia de debate en la vista pública de la causa.

5ª En tales condiciones, precisa rechazar la hipótesis del homicidio culposo, y con mayor razón, la absoluta inculpabilidad del acusado, puesto que, para decidir, hay en el veredicto el reconocimiento de la responsabilidad.

6ª Si el Jurado, en su soberanía para juzgar de hecho, descartó la intención homicida, hay que respetar su voluntad de condenar al procesado, y en ese sentido, para que no se contraríe el alcance del veredicto, la sentencia del Juez de derecho tiene que corresponder acomodando la conducta al tipo penal que lógicamente resulta de las pruebas que obran en la causa.

7ª La causal tercera de casación, tal como se ha invocado en la demanda, pretendiendo el actor que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto, no es atinente, pues lo que el Tribunal hizo fue, precisamente, interpretar con acierto el alcance y el contenido de la respuesta del Jurado, sin que quepa hablar de desvío o extralimitación del sentenciador al acomodar el hecho juzgado dentro del artículo 365 del C. P.

8ª Lo considerado significa que el recurso no prospera y así habrá de decidirse, dando aplicación al artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Mi-

nisteriò 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 ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Pioquinto León L., Secretario.

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

Violación de la ley penal en cuanto a mala aplicación del artículo 408 del C. P. y omisión del artículo 204 del C. de P. P. — Causales 4ª, 2ª y 1ª alegadas. — No es procedente el motivo de nulidad alegado por tratarse de un juicio sumario, tramitado con sujeción a los preceptos del Decreto Legislativo 0014 de 1955. Error del fallador al tipificar el hecho como estafa sin estar plenamente estructurados los elementos de este delito. — No hubo maniobra engañosa para inducir en error al ofendido y determinarlo a celebrar el acto perjudicial a su patrimonio, porque el beneficiario recibió el cheque a sabiendas de la no existencia de fondos y como garantía de pago futuro. — Absolución del cargo debatido en las instancias.

1. Si bien la causal cuarta de casación es la invocada por el señór apoderado como principal, al prosperar la segunda, que obliga a la Corte a decidir de fondo sobre la situación jurídica del procesado, no parece pertinente detenerse en el estudio del motivo de nulidad alegado, máxime cuando éste no es procedente, ya que se trata de un juicio sumario, sin auto de llamamiento a juicio, única resolución en las causas ordinarias en las que las instancias califican, con su denominación jurídica adecuada, la infracción. Mal puede hablarse de nulidad en la sentencia de segundo grado si la causal cuarta se refiere al recurso de casación, precisamente, cuando el fallo del Tribunal ha recaído en juicio viciado de nulidad, dando a entender que el defecto procesal precede a la decisión del ad-quem.

2. La causal que tiene su debida demostración en la demanda, también acogida por el Ministerio Público, es la segunda, pues el fallador, al valorar los elementos de prueba relacionados con la conducta atribuída al acusado les atribuyó un mérito incompatible con la realidad de lo sucedido, a efecto de tipificar el hecho como estafa, según la descripción del artículo 408 del C. P.

Se dice que hubo error en este aspecto esencial del proceso porque no está demostrado que el procesado, sujeto que no goza de la plenitud de sus aptitudes mentales, hubiera recurrido al giro del cheque como maniobra engañosa para inducir en error al ofendido y determinarlo a celebrar el acto perjudicial para su patrimonio, entendiéndose, más bien, que el instrumento lo recibió el beneficiario, a sabiendas de la no existencia de fondos y como garantía de pago futuro. De otra manera no se explicaría que el denunciante hubiera mantenido el cheque por cerca de siete meses, sin presentarlo al Banco y cuando lo hizo fuera para obtener el protesto.

3. Si no hubo inducción en error y faltó el artificio por parte del sindicado, no hay delito de estafa, lo que indica que al acusado debe absolvérsele del cargo debatido en las instancias, para lo que en nada influye la hipótesis de que su conducta se acomode al Decreto 1858 de 1951 de que habla la demanda.

Es obvio que al prosperar la causal segunda, la primera también prospera, como simple secuencia de la anterior.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de casación Penal. — Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos

El doctor Agustín Gómez Prada, obrando como apoderado de Luis Alvaro Ruiz Ramírez, ha demandado en casación la sentencia dictada el 10 de julio de 1964 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en cuya parte resolutiva dispuso:

"Primero. REVOCASE la sentencia materia de la consulta y en su lugar CONDENASE a Luis Alvaro Ruiz Ramírez a la pena principal de dos años de prisión y multa de veinte pesos a favor de la Caja Nacional de Previsión, como autor del delito de estafa en bienes de Juan B. Vargas Santos, hechos de que tratan las presentes diligencias.

"Segundo. CONDENASE al mismo Luis Alvaro Ruiz Ramírez a las siguientes penas accesorias: a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; a la suspensión de la patria potestad; a la publicación especial de esta sentencia; y en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados por la infracción".

Surtidos los trámites del recurso, la Sala procede a decidir.

Antecedentes

1º Los hechos que motivaron el proceso y cuyo trámite se sometió a los preceptos del Decreto Legislativo 0014 de 1955, los reseña la demanda en estos términos:

"Cuenta el denunciante, Juan B. Vargas Santos, que el 9 de enero de 1962 se presentó en su compraventa de panela, de la ciudad de Charalá, el señor Luis Alvaro Ruiz Ramírez y le compró 135 cargas de panela, a $ 60.00 cada una, por un valor total de $ 8.100.00. En pago de esta mercancía le dio la suma de mil quinientos pesos en dinero y le extendió un cheque, contra el Banco Santander, de la ciudad de San Gil, por $ 6.600.00.

"El cheque fue presentado al Banco de Colombia, de Charalá, quien se lo devolvió al beneficiario el 13 de enero; y habiendo sido presentado al Banco de Santander, de San Gil, éste lo protestó el 11 de agosto por 'fondos insuficientes'.

"El señor Ruiz Ramírez ha estado recluído varias veces en el manicomio de San Camilo, de Bucaramanga, antes y después de los hechos de que trata el proceso y no sabe ni recuerda nada de los hechos por los cuales se le acusa".

2º La sentencia de primer grado, proferida por el Juzgado Primero Superior del mismo Distrito el 21 de mayo de 1964, había absuelto al encausado.

Demanda de casación

Con el lleno de los requisitos, de fondo y de forma, el señor apoderado, previo examen de los antecedentes y desarrollo del juicio, acusa la sentencia con apoyo en las causales cuarta, segunda y primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, según el siguiente plan demostrativo:

Causal cuarta

Dice el demandante que la sentencia del Tribunal recayó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto se incurrió en error relativo "a la denominación jurídica de la infracción". Se hace dimanar el yerro de la calificación dada al ilícito en la propia sentencia, tanto en primera como en segunda instancia, única resolución de fondo que permite denominar la infracción cuando se trata de procesos rituados con el Decreto 0014.

En sentir del impugnador, la conducta de Ruiz Ramírez solo podía —hipotéticamente— encajar dentro del artículo 2º del

Decreto 1858 de 1951, asunto respecto del cual la demanda hace un prolijo análisis, para concluir así su planteamiento:

"Con razón afirma el Juzgado que se puede afirmar que no aparece 'claramente establecido el delito de estafa', porque el cheque, 'por las circunstancias en que fue girado y por las manifestaciones del que lo ricibió, no alcanza a configurar las maniobras engañosas que deben existir en toda estafa'. Tampoco se puede decir que 'cometió el delito autónomo de giro en descubierto'. En todo caso no podrá nunca decirse que cometió la estafa, sino por hipótesis, el delito autónomo de giro en descubierto.

"Ello significa que la nulidad no debe abarcar la sentencia absolutoria de primera instancia, porque allí absuelve por las dos posibles infracciones, la estafa en su figura básica del artículo 408 del Código Penal, y el giro en descubierto del Decreto 1858 de 1951.

"En cambio, debe comprender la nulidad el fallo de segunda instancia, porque el Tribunal sí creyó que estaba configurado el delito de estafa en la figura básica aludida del Código".

Causal segunda

Se invoca como subsidiaria de la anterior y tiende a demostrar el demandante que el Tribunal apreció de modo equivocado las pruebas para proferir el fallo condenatorio.

De estas pruebas analiza, en particular, la denuncia de Juan B. Vargas Santos, el instrumento girado por el sindicado y los documentos referentes a la cuenta de éste, para deducir que no pudo haber delito de estafa, infracción que necesita "se induzca a una persona en error, por medio de artificios o engaños y que se obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro", ya que tales elementos están ausentes en la conducta imputada a Ruiz Ramírez.

Hace notar el apoderado que el cheque girado a favor del denunciante le fue dado, no para el cobro, sino como garantía en un negocio de compra de panela celebrado con el sindicado, lo que permite entender la ausencia de artificios o de engaños inductores de error.

Por último, el demandante recalca sobre las condiciones mentales del sindicado, quien ha estado en establecimientos hospitalarios por causa de trastornos psicopáticos, si bien no se le califica de enajenado mental.

Causal primera

La aduce el señor apoderado como consecuente de la segunda, para reafirmar que indirectamente violó el sentenciador el artículo 408 del C. P.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo expresa estar conforme con los planteamientos del acusador, y da por probadas las tres causales propuestas.

Lo principal de su alegato es lo siguiente:

"El artículo 2º del Decreto Nº 1858 de 1951 (Sep. 4) establece:

"Cuando la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos o sin autorización del girador, no constituye estafa, se sancionará con pena de seis meses a un año de presidio".

"En razón del procedimiento con que se adelantó este negocio la denominación jurídica de la infracción solamente pudo producirse dentro de la sentencia de primera instancia. Como se sabe, según el procedimiento del supradicho Decreto, no existe auto de llamamiento a juicio o auto de proceder. Tras la detención del sindicado viene la apertura del negocio a pruebas por el término bastante sumario de que da cuenta el artículo 61 del estatuto.

"Teniendo en cuenta los artículos 203, 271, 272, 429, 103 y 108 del C. de P. P. se

llega a la conclusión de que, primeramente, no es posible dictar sentencia condenatoria en materia criminal, sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la plena prueba o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella. Entendiéndose que dentro del sumario se efectúa la reunión de las diligencias comprobatorias del cuerpo del delito que tienden a descubrir los autores o partícipes de una infracción, los elementos constitutivos del mismo delito son la base para la comprobación del cuerpo de tal. Dentro de la tramitación ordinaria, aplicando lo predicado por el artículo 429 de C. de P. P., una vez comprobado este cuerpo del delito hasta el extremo de que el procesado es responsable penalmente del hecho que fue materia de investigación el Juez procede a dictar el auto de llamamiento a juicio. De lo anterior se desprende que la denominación jurídica de la infracción tiene necesariamente que responder a la existencia de los elementos tipificantes de ella misma. En el caso de autos, se calificó el delito imputable a Ruiz Ramírez como el de estafa previsto por el artículo 408 del C. P.

"Los elementos estructurales de este delito no se encuentran configurados: No existe la inducción a error desatada por Ruiz sobre Vargas para obligarle a recibir el cheque con el cual cubría parte de la adquisición de las cargas de panela; b) no se demuestran ni emergen en el expediente los medios o artificios de los cuales se valió Ruiz para llevar al error a Vargas. El anterior aserto es evidente; Ruiz, por la fecha del negocio —enero 9 de 1962—, acababa de salir por 'mejoría' del Instituto Psiquiátrico de 'San Camilo', según lo atestigua su ficha médica al Fl. 22. Por las mismas fechas tenía abierta su cuenta corriente en el Banco de Santander en Bucaramanga, aunque contando ciertamente, con una cantidad exigua como saldo. Los pormenores de la transacción se desarrollaron normalmente sin que Ruiz intentara engañar o inducir a error a Vargas en el negocio de la panela. El cheque girado, que obra al Fl. 1 del expediente, se ordenó en su pago el 13 de enero, tal como dice 'sin garantía ni responsabilidad de nuestra parte' por el Banco de Colombia en su Agencia de Charalá. Antes de esta operación había sido devuelto por 'fondos insuficientes', con fecha enero 11 del mismo año 62. Con mucha posterioridad fue protestado por el Banco de Santander de San Gil contra el cual iba girado, vale decir, el 11 de agosto de 1962, por fondos insuficientes.

"Se demuestra pues, la existencia, de un plazo para el pago de ese cheque, anotándose, además, que fue girado sobre plaza distinta a aquélla en que debía ser pagado, si se tiene en cuenta que el negocio de la compraventa de panela se realizó en la ciudad de Charalá.

"Vargas Santos, el denunciante, hizo uso de este largo plazo de siete meses para tratar de hacer efectivo el cheque no sin antes intentar que la señora del sindicado arreglara el asunto con menos dinero antes de hacerlo protestar. La diligencia de careo determina nítidamente que Ruiz Ramírez no recuerda en absoluto haber dado ese cheque, comprado la panela, etc., etc. Esta posición del sindicado no es elusiva ni engañosa si se tiene en cuenta el diagnóstico de su enfermedad mental: una psicosis periódica, de tipo alcohólico con manía confusional. Tanto esto es así, que días después del negocio, cuya existencia en verdad no puede negarse, ingresaba de nuevo a tratamiento al Instituto Psiquiátrico el 29 de enero, lugar de donde se fuera el 11 de febrero del año 62.

"No dándose los elementos estructurales del delito de estafa solamente podía increparse a Ruiz el de 'giro en descubierto' o de 'cheques sin fondos' de que habla el Decreto 1858 de 1951. La diferencia de este delito con el de estafa, consiste, tal como lo afirma el profesor Antonio Vicente Arenas 'en que el beneficiario sabe que se gira sin provisión de fondos ni autorización del girado'. Las citas que hace el recurrente para hacer notorio que Vargas sabía que el cheque que recibía carecía de fondos son pertinentes. La concesión del plazo de siete meses que dio a Ruiz y a sus familiares para arreglar el asunto no deja lugar a dudas

en cuanto que sabía que el cheque no le iba a ser cubierto por carencia de fondos".

"La sentencia que estudia lo referente a los elementos constitutivos del delito de estafa, aunque erudita en la forma, es conceptual y jurídicamente poco densa. Cada uno de los dichos elementos del delito de estafa, que ha debido ser estudiado meticulosamente, no lo fue; apresuradamente, y con fundamento en comentarios doctrinarios de respetables autores nacionales se hizo incidir la actividad imputable a Ruiz Ramírez en el artículo 408 del C. P.

"Existen inferencias muy discutibles contenidas en el fallo tales como las estampadas en el párrafo tercero del Fl. 13 del segundo cuadérno: ninguna prueba determina la conclusión o conclusiones allí tomadas por el ad-quem.

"En criterio de este Despacho el cargo hecho a la sentencia con base en el artículo 198 del C. de P. P., se halla suficientemente demostrado en la demanda. Siendo ello así, la H. Corte —si está de acuerdo con este Ministerio Público—, debe proceder en consonancia con el inciso b) del artículo 570 del C. de P. P.

"La causal segunda también alegada en subsidio de la anterior admite dársela por demostrada: el Tribunal tuvo en cuenta para la condena de Ruiz Ramírez pruebas que se apreciaron erradamente. Estas pruebas son: el denuncio de Juan B. Vargas, la indagatoria de Ruiz Ramírez, el careo, y el concepto pericial sobre la salud del acusado".

"...No demostrado el delito de estafa en sus elementos estruturales, no demostrada la responsabilidad del acusado, y apreciado erróneamente el acervo probatorio por parte del Tribunal, la sentencia ha debido ser absolutoria para el acusado. Si ello fue así, se violó la ley penal en cuanto a mala aplicación del artículo 408 del mismo Código y se hizo caso omiso del artículo 204 del C. de P. P. La causal 2ª también puede prosperar; consecuencialmente, la primera, propuesta por el apoderado. De compartir este criterio del Ministerio Público la H. Corte procederá a invalidar el fallo y a dictar el que deba reemplazarlo de acuerdo con el numeral a) del artículo 570 del C. de P. P.".

Consideraciones de la Corte

1ª Si bien la causal cuarta de casación es la invocada por el señor apoderado como principal, al prosperar la segunda, que obliga a la Corte a decidir de fondo sobre la situación jurídica del procesado, no parece pertinente detenerse en el estudio del motivo de nulidad alegado, máxime cuando éste no es procedente, ya que se trata de un juicio sumario, sin auto de llamamiento a juicio, única resolución en las causas ordinarias en las que las instancias califican, con su denominación jurídica adecuada, la infracción. Mal puede hablarse de nulidad en la sentencia de segundo grado si la causal cuarta se refiere al recurso de casación, precisamente, cuando el fallo del Tribunal ha recaído en juicio viciado de nulidad, dando a entender que el defecto procesal precede a la decisión del ad-quem.

2ª La causal que tiene su debida demostración en la demanda, también acogida por el Ministerio Público, es la segunda, pues el fallador, al valorar los elementos de prueba relacionados con la conducta atribuída al acusado les atribuyó un mérito incompatible con la realidad de lo sucedido, a efecto de tipificar el hecho como estafa, según la descripción del artículo 408 del C. P.

Se dice que hubo error en este aspecto esencial del proceso porque no está demostrado que Ruiz Ramírez, sujeto que no goza de la plenitud de sus aptitudes mentales, hubiera recurrido al giro del cheque como maniobra engañosa para inducir en error al ofendido y determinarlo a celebrar el acto perjudicial para su patrimonio, entendiéndose, más bien, que el instrumento lo recibió el beneficiario, a sabiendas de la no existencia de fondos y como garantía de pago futuro. De otra manera no se explicaría que el señor Vargas hubiera mantenido el cheque por cerca de siete meses, sin

presentarlo al Banco y que cuando lo hizo fuera para obtener el protesto.

3ª Si no hubo inducción en error y faltó el artificio por parte del sindicado, no hay delito de estafa, lo que indica que al acusado debe absolvérsele del cargo debatido en las instancias, para lo que en nada influye la hipótesis de que su conducta se acomode al Decreto 1858 de que habla la demanda.

4ª Es obvio que al prosperar la causal segunda, la primera también prospera, como simple secuencia de la anterior.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo en el fondo con la opinión del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA el fallo recurrido en casación, de que se ha hecho mérito, y en su lugar, ABSUELVE al procesado **Luis Alvaro Ruiz Ramírez** por el cargo de estafa investigado en este juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese en la **Gaceta Judicial.**

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

Pioquinto León L., Secretario.

Sala de Casación Laboral

LA CORTE DECLARA EXEQUIBLES UNAS DECISIONES E INEXEQUIBLES OTRAS Y HOMOLOGA LAS DEMAS DEL LAUDO ARBITRAL QUE DIRIMIO EL CONFLICTO COLECTIVO SURGIDO ENTRE LAS EMPRESAS ELECTRICAS DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO Y SU SINDICATO DE TRABAJADORES.

Estabilidad del personal. — Auxilio educacional. — Pago del salario a los trabajadores durante el conflicto. — Jornada de trabajo y horas extras. — Retención de cuotas. — Sin el consentimiento del empleado no afiliado, no procede la retención por el patrono de la media cuota ordinaria. — Doctrina recibida por la Corte sobre este particular.

1. Solo en caso de huelga, permitida en empresas que no sean de servicio público, hay suspensión de los contratos de trabajo con la consecuencia de que mientras aquélla subsista, no tiene el trabajador obligación de prestar el servicio ni el patrono la de pagar el salario correspondiente, conforme a lo previsto en el Código del ramo. Pero en empresas de servicio público, no está permitida la huelga, sustituída por el arbitraje obligatorio y en consecuencia, dicho estatuto califica de ilegal la suspensión colectiva del trabajo. Luego durante el trámite del conflicto los trabajadores tienen obligación de prestar el servicio y, de consiguiente, derecho a la respectiva remuneración. No se trata, como se ve, de prestación extra legal, sino de derechos consagrados en la legislación positiva.

2. El Art. 161 del C. S. T. señala la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo, que, por regla general, no debe exceder de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho a la semana. El trabajo suplementario no puede sobrepasar dicha jornada en más de cuatro horas al día, previa autorización de la autoridad administrativa del trabajo, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 162-2 ibídem. En principio la ley prohibe el trabajo extra, y, de consiguiente, el empleado no está obligado a prestarlo; por excepción aquélla lo permite mediante la autorización de que se ha hablado, siempre que no exceda el límite de tiempo indicado. La restricción se funda en la consideración de que el trabajo suplementario que rebasa el límite fijado en el Art. 162, debilita las fuerzas del empleado, en perjuicio de su salud, cuya protección es obligación fundamental del Estado. Huelga decir que lo dicho se refiere al caso de que la jornada de trabajo vigente sea la máxima legal.

3. El Auxilio Educacional comprende dos peticiones: La del literal b) concreta el auxilio al 50% del valor de la matrícula, hasta un máximo de $ 40.00, y una suma adicional de $ 150.00 para útiles.

El laudo otorga el auxilio en el porcentaje solicitado, sin indicar el límite del valor de la matrícula, dato que no aparece acreditado en autos. De ahí que si el valor de aquélla supera el tope de $ 40.00, se causaría la prestación, en oposición a los términos de la súplica, obligatoria para el árbitro al tenor de lo dispuesto por el Art. 143 del C. P. L. Por consiguiente, no puede homologarse la decisión sino con la salvedad de que la Empresa otorgará el auxilio, siempre que el valor de la matrícula no exceda el que se ha dejado anotado.

4. Es obligación del empleado no afiliado al Sindicato que quiera acogerse a los términos de la convención colectiva, o en su caso del laudo, para obtener los beneficios que a favor de los afiliados a la asociación otorguen uno u otro acto jurídico, pagar la media cuota ordinaria. Depende, pues, del empleado no afiliado, adquirir los beneficios de que se trata. Es claro entonces que sin su autorización, no procede la retención por el patrono de la media cuota, como lo dispone el ordenamiento arbitral que se analiza. La decisión al respecto viola lo preceptuado por el Art. 2º del Decreto 118 de 1958, y, de consiguiente, es inexequible, a vista de lo dispuesto por el Art. 458 del C. S. T. La retención de la cuota ordinaria para el trabajador afiliado al sindicato es obligación que emana de su acto constitutivo (Art. 400 ib.), de manera que para reducir del salario del no afiliado la media cuota, se requiere su consentimiento, conforme a lo previsto en el Art. 149 del mismo Código. Tal es la doctrina recibida por la Corte en fallo del 27 de enero de 1961 (G. J. T. XCIV).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. Bogotá, D. E., veintidós de enero de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez).

A las Empresas Eléctricas del Departamento de Nariño, presentó su Sindicato de Trabajadores un pliego de peticiones el 3 de julio de 1964. Promovido así el conflicto colectivo, se surtieron las etapas de arreglo directo y conciliación, sin ningún resultado.

En tal virtud, el Ministerio del Trabajo, por medio de la Resolución número 01887 del 9 de septiembre del mismo año, dispuso la convocatoria de un Tribunal Especial de Arbitramento para la decisión del conflicto. Las partes designaron sus árbitros así: las Empresas al doctor José Ignacio Obando y el Sindicato al doctor Byron Silva Hurtado. Por su parte el Ministerio nombró como tercero al doctor Luis Felipe Figueroa.

Los árbitros aceptaron el cargo, del cual tomaron posesión. Instalado en Pasto el Tribunal el 23 de octubre del año expresado, resolvió el conflicto, previo el trámite de rigor, mediante el laudo de fecha 9 de septiembre del año citado.

Contra el fallo arbitral interpuso en tiempo el apoderado de las Empresas, el recurso de homologación, que le fue concedido. La Corte pasa a decidirlo, mediante las consideraciones que expone a continuación.

En vista de que el recurso no ha sido sustentado, será examinado el laudo en su integridad.

Antecedentes

I. Convenciones anteriores al laudo.

Antes de la promoción del conflicto, las condiciones de trabajo entre las partes se hallaban regidas por la convención colectiva de fecha 3 de abril de 1962 (Fls. 10 a 12). Su término de vigencia (cláusula décimasexta) fue el de 16 meses, contados a partir del 1º de marzo del mismo año.

II. El pliego petitorio.

Lo integran catorce puntos. Su contenido es el siguiente:

"Primero. Salarios. Aumento de Sueldos y Salarios.

"La Empresa hará un aumento de sueldos y salarios de acuerdo a la siguiente escala:

"1º Para sueldos y salarios de $ 378.00 a $ 500.00 un aumento del 70%.

"2º Para sueldos y salarios de $ 501.00 a $ 800.00 un aumento del 60%.

"3º Para sueldos y salarios de $ 801.00 a $ 1.000.00 un aumento del 45%.

"Jornada de trabajo y horas extras

"La Empresa seguirá su jornada de horas extras de acuerdo a las normas de trabajo que tiene establecidas, sin tratar de suprimirlas o modificarlas.

"Tercero. Prima de antigüedad

"La Empresa seguirá pagando a sus trabajadores la prima de antigüedad, pactada en la 1ª Convención, con las siguientes modificaciones:

Al que cumpla 5 años de servicio el 30% del sueldo mínimo. $ 150.00.

Al que cumpla 10 años de servicio el 40% del sueldo mínimo. $ 250.00.

Al que cumpla 15 años de servicio el 60% del sueldo mínimo. $ 350.00.

Al que cumpla 20 años de servicio el 65% del sueldo mínimo. $ 400.00.

Al que cumpla 25 años de servicio el 70% del sueldo mínimo. $ 450.00.

Al que cumpla 30 años de servicio el 75% del sueldo mínimo. $ 500.00.

"Cuarto. Auxilio educacional

"Por cada hijo del matrimonio de los trabajadores de la Empresa, que estudie en escuela, colegio o Instituto Técnico la sociedad aumentará los auxilios en la siguiente forma:

"a) Escuela. Sobre el valor de la matrícula el 100 x 100. Para útiles $ 50.00.

"b) Colegio. Sobre el valor de la matrícula el 50% hasta un máximo de $ 40.00. Para útiles $ 150.00.

"Quinto. Auxilio de maternidad

"La Empresa aumentará este auxilio de $ 50.00 a $ 300.00 por cada vez que nazca un hijo dentro del matrimonio de los trabajadores, este auxilio se pagará mediante presentación del certificado notarial.

"Sexto. Auxilio de defunción

"La Empresa aumentará este auxilio de $ 50.00 a $ 300.00 cuando fallezca la esposa, hijo y padres de los trabajadores, cancelando este auxilio de manera oportuna.

"Séptimo. Prima de navidad

"La Empresa pagará a sus trabajadores, una bonificación como prima de navidad equivalente al 50% del salario mensual, que deberá pagarse junto con la prima legal de servicio.

"Octavo. Subsidio de transporte

"La Empresa seguirá cancelando este auxilio de acuerdo a lo pactado en la 1ª Convención, el cual deberá ser cancelado el 30 de cada mes.

"Noveno. Overol y calzado

"La Empresa suministrará overol y calzado a todo el personal de Maquinistas, Instaladores, Choferes, Mecánicos y Obreros sin discriminación de sueldos.

"Décimo. Estabilidad

"La Empresa declarará que mantendrá la estabilidad del personal de Trabajadores y que única y exclusivamente hará despidos enumerando las causales contempladas en los artículos 62 y 63 del C. S. del T., previa comprobación de la falta o faltas

que hubiere cometido el trabajador, ante un funcionario competente.

"Décimoprimero. Escalafón

"La Empresa elaborará el escalafón de acuerdo con los siguientes ordinales:

"a) Para ascensos tendrá en cuenta la práctica y antigüedad del personal.

"b) La provisión de vacantes la hará siempre por la base.

"Décimosegundo. Retención en efectivo para la presente Convención

"La Empresa retendrá y entregará a la Tesorería del Sindicato la media cuota legal (mensual) en relación con el personal no sindicalizado que se beneficie de la presente convención.

"Décimotercero. Permisos sindicales

"La Empresa otorgará permisos remunerados a uno o dos trabajadores de la Organización, para asistir a cursos o Congresos Sindicales, los permisos serán concedidos por el tiempo que sea necesario.

"Décimocuarto. Represalias y salarios en caso de conflicto laboral

"Mediante la presentación del pliego de peticiones la Empresa no licenciará personal ni ejercerá represalias contra ningún trabajador, al iniciar las conversaciones de arreglo directo durante el término de su tramitación. En caso de conflicto laboral la Empresa pagará los salarios correspondientes a sus trabajadores por el tiempo que dure la misma".

El término de vigencia de la convención será el de 12 meses, contados desde la fecha de su aprobación (cláusula décimaquinta).

III. El fallo arbitral.

Reza su parte resolutiva (Fls. 34 a 36).

"1º Los trabajadores de la "Empresa de Energía Eléctrica de Pasto Ltda." devengarán un salario así:

"a) Para salarios de $ 378.00 a $ 499.00 un aumento de $ 82.00 mensuales; quedando el salario mensual en $ 460.00 mínimo.

"b) Para salarios de $ 500.00 en adelante un aumento de $ 70.00.

"2º Los trabajadores tendrán derecho a la prima de antigüedad aumentada en un 5% tomando (sic) base la primera convención pactada el día tres (3) de abril de 1962, entre el Gerente de la "Empresa Energía Eléctrica de Pasto Ltda". y la Comisión Negociadora del Sindicato de Trabajadores de las empresas eléctricas del Departamento de Nariño (SITENA).

"3º Los trabajadores de la Empresa, serán ocupados en las horas extras que ésta necesite y no podrá ocupar a personas ajenas a la misma.

"4º La Empresa pagará a los trabajadores el siguiente auxilio educacional:

"a) Para escuela, el valor de la matrícula y treinta pesos ($ 30.00) para útiles, por una sola vez al año.

"b) Colegio, el cincuenta por ciento (50%) del valor de la matrícula y ochenta pesos para útiles ($ 80.00) una vez al año.

"5º **Auxilio de maternidad.** La empresa pagará a los trabajadores la suma de doscientos pesos ($ 200.00) cada vez que nazca un hijo dentro del matrimonio de los trabajadores.

"6º **Auxilio de defunción.** La empresa pagará a los trabajadores un auxilio de defunción así:

"a) Para el cónyuge $ 200.00 (doscientos pesos), lo mismo para el obrero.

"b) Para los padres e hijos de trabajadores (hijos menores) la suma de cien pesos ($ 100.00) (hijos legítimos).

"7. **Prima de navidad.** La Empresa pagará a sus trabajadores una bonificación como prima de navidad equivalente al 50% del salario mensual, que deberá pagarse junto con la prima legal de servicios.

"8º **Subsidio de transporte.** La Empresa seguirá este auxilio de acuerdo a lo pactado en la 1ª convención el cual deberá ser cancelado el 30 de cada mes.

"9º **Overol y calzado.** La Empresa suministrará overol y calzado a todo el personal de maquinistas, instaladores, choferes mecánicos y obreros sin discriminación de sueldos, una sola vez en el año y en el mes de diciembre.

"10. **Estabilidad.** La empresa mantendrá la estabilidad del personal de trabajadores y única y exclusivamente hará despidos enunciando las causales contempladas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo de Trabajo, previa comprobación ante funcionario competente.

"11. **Escalafón.** La empresa tendrá en cuenta para los ascensos del personal la práctica y antigüedad y rendimiento del trabajador y las vacantes serán provistas por la base.

"12. **Retención en efectivo para la presente convención.** La Empresa retendrá y entregará a la Tesorería del Sindicato la media cuota legal (mensual) en relación con el personal no sindicalizado que se beneficie del presente fallo.

"13. **Permisos sindicales.** La Empresa otorgará permisos sindicales a los trabajadores así:

"a) Un trabajador a congresos sindicales una vez al año.

"b) Hasta dos trabajadores a cursos sindicales una vez al año.

"14. **Represalias y salarios en caso de conflicto laboral.** Mediante la presentación del pliego la empresa no licenciará personal ni ejercerá represalias contra ningún trabajador, al iniciar las conversaciones de arreglo directo durante el termino de su tramitación. En caso de conflicto laboral la Empresa pagará los salarios correspondientes a sus trabajadores por el tiempo que dure la misma.

"15. **Vigencia del fallo.** Este fallo tendrá vigencia por un término de diez y ocho meses (18), a partir de la ejecutoria".

Consideraciones de la Corte

1. Las decisiones de los puntos primero, tercero, cuarto, literal a), quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, no exceden lo que en ellos solicita el Sindicato, ni son contrarias a la Constitución, la ley o convenciones vigentes. Resuelven cuestiones económicas o de intereses simples, que los árbitros están facultados para decidir en conciencia, según los dictados de la equidad. No ofrecen, pues, para la Corte, reparo alguno.

2. Finalidades distintas persiguen las súplicas de los puntos undécimo y décimotercero, relativas al establecimiento de un escalafón y a la concesión de permisos sindicales, respectivamente, pero no pugnan con el régimen legal orgánico del arbitraje obligatorio por su aspecto formal o de fondo.

3. El laudo decidió la petición del punto décimo sobre estabilidad del personal, en la forma solicitada. Al efecto, la Sala observa: la convención anterior al fallo arbitral (cláusula décimasegunda) establece que la empresa solo despedirá a sus trabajadores por "causas justificadas". La pretensión del Sindicato es la de que se mantenga la estipulación. Así lo dispone el Tribunal declarando que la empresa solo hará despidos con invocación de las causales establecidas en los Arts. 62 y 63 del C. S. T., "previa comprobación ante la autoridad competente". Las justas causas para el despido de que hablan dichas normas y causas justificadas, tienen la misma significación. No es, pues, el Tribunal el que decreta la estabilidad, pues había sido convenida por las partes. Se limita a mantener esta conquista de los trabajadores. La resolución es, por consiguiente, exequible.

4. El pago del salario a los trabajadores durante el trámite del conflicto, de que trata el punto décimocuarto del pliego, resulta de conformidad por el laudo, merece homologarse.

En efecto: solo en caso de huelga, permitida en empresas que no sean de servicio público, hay suspensión de los contratos de trabajo con la consecuencia de que mientras aquélla subsista, no tiene el trabajador obligación de prestar el servicio ni el patrono la de pagar el salario correspondiente, conforme a lo previsto en el Código del ramo. Pero en empresas de servicio público, no está permitida la huelga, sustituída por el arbitraje obligatorio, y en consecuencia, dicho estatuto califica de ilegal la suspensión colectiva del trabajo. Luego durante el trámite del conflicto los trabajadores tienen obligación de prestar el servicio y, de consiguiente, derecho a la repectiva remuneración. No se trata, como se ve, de prestación extra legal, sino de derechos consagrados en la legislación positiva.

5. En cuanto a la duración de la convención (punto décimoquinto del pliego, el laudo fija su vigencia en 18 meses en vez de 12, que fue lo pedido. En vista de que la ordenación arbitral no excede el plazo máximo que para la convención colectiva señala la ley, acto jurídico que, en cuanto a las condiciones de trabajo, equipara aquélla al fallo arbitral, la decisión al respecto deberá recibir homologación.

6. En relación con las demás pretensiones del pliego, la Sala observa:

A. Punto segundo. Jornada de trabajo y horas extras.

Tal es el título de la solicitud. Conviene anotar que su contenido se refiere únicamente a horas extras y no a jornadas de trabajo.

No trae el fallo motivación alguna sobre la súplica en examen, ni nada dicen respecto de ella los antecedentes del conflicto. La Corte ignora, por consiguiente, cuáles son las normas de trabajo vigentes establecidas por la empresa en relación con el servicio en horas extras. Al recurrente correspondía aportar los elementos de juicio necesarios para el conocimiento del alcance de la solicitud. En ausencia de ellos debe estimarse que el Tribunal tuvo a la vista el régimen vigente en la empresa sobre trabajo suplementario y que con base en él resolvió la petición.

Comparada la decisión del laudo con la súplica respectiva, se observa:

1. El Art. 161 del C. S. T. señala la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo, que, por regla general, no debe exceder de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho a la semana. El trabajo suplementario no puede sobrepasar dicha jornada en más de cuatro horas al día, previa autorización de la autoridad administrativa del trabajo, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 162-2 ibídem. En principio la ley prohibe el trabajo extra y, de consiguiente, el empleado no está obligado a prestarlo; por excepción aquélla lo permite mediando la autorización de que se ha hablado, siempre que no exceda el límite de tiempo indicado. La restricción se funda en la consideración de que el trabajo suplementario que rebase el límite fijado en el Art. 162, debilita las fuerzas del empleado, en perjuicio de su salud, cuya protección es obligación fundamental del Estado. Huelga decir que lo dicho se refiere al caso de que la jornada de trabajo vigente sea la máxima legal. Según lo expuesto, la decisión es exequible si el servicio en horas extras se ajusta a las prescripciones legales ya citadas.

2. El proveído, en su última parte, dice que la Empresa, no podrá ocupar en el trabajo extra "a personas ajenas a la misma". El desconocimiento de su régimen de labores, al cual se remite la petición, coloca a la Sala en la imposibilidad de saber si allí se dispone que el trabajo suplementario debe prestarse exclusivamente por el personal del establecimiento. Si ello es así, nada habría que observar: sobre el punto, se estaría frente a un acuerdo de las partes, legalmente eficaz. En ausencia de conve-

nio contractual, no sería exequible la decisión, ya que si el patrono necesita el trabajo suplementario y los trabajadores se niegan a prestarlo, sin facultad para valerse de servidores no vinculados a él, se vería expuesto a graves tropiezos y a posibles perjuicios.

La decisión en estudio es exequible, pero si el trabajo extra se presta en los términos que indican las consideraciones anteriores.

B. Punto cuarto. Auxilio educacional.

7. Comprende dos peticiones. La del literal b) concreta el auxilio al 50% del valor de la matrícula, hasta un máximo de $ 40 y una suma adicional de $ 150.00 para útiles.

El laudo otorga el auxilio en el porcentaje solicitado, sin indicar el límite del valor de la matrícula, dato que no aparece acreditado en autos. De ahí que si el valor de aquélla supera el tope de $ 40.00, se causaría la prestación, en oposición a los términos de la súplica, obligatoria para el árbitro al tenor de lo dispuesto por el Art. 143 del C. P. L. Por consiguiente, no puede homologarse la decisión sino con la salvedad de que la Empresa otorgará el auxilio, siempre que el valor de la matrícula no exceda el que se ha dejado anotado.

C. Punto décimosegundo. Retención de cuotas.

8. Es obligación del empleado no afiliado al Sindicato que quiera acogerse a los términos de la convención colectiva, o en su caso del laudo, para obtener los beneficios que a favor de los afiliados a la asociación otorguen uno u otro acto jurídico, pagar la media cuota ordinaria. Depende, pues, del empleado no afiliado, adquirir los beneficios de que se trata. Es claro entonces que sin su autorización, no procede la retención por el patrono de la media cuota, como lo dispone el ordenamiento arbitral que se analiza. La decisión al respecto viola lo preceptuado por el Art. 2º del Decreto 118 de 1958, y, de consiguiente, es inexequible, a vista de lo dispuesto por el Art. 458 del C. S. T. La retención de la cuota ordinaria para el trabajador afiliado al sindicato es obligación que emana de su acto constitutivo (Art. 400 ib.), de manera que para deducir del salario del no afiliado la media cuota, se requiere su consentimiento, conforme a lo previsto en el Art. 149 del mismo Código, Tal es la doctrina recibida por la Corte en fallo del 27 de enero de 1961 (G. J. T. XCIV).

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, RESUELVE:

1º Es exequible la decisión del punto 3º del laudo, pero con sujeción a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2º Es exequible la decisión del punto 4º literal b) del laudo en cuanto el 50% del valor de la matrícula no exceda de la suma de cuarenta pesos ($ 40.00).

3º Es inexequible la resolución contenida en el punto 12 del fallo arbitral.

4º Se homologa el laudo en sus demás disposiciones.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente, previo envío al Ministerio del Trabajo de copia de este fallo y del laudo arbitral.

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PAGO DE UN SEGURO DE VIDA

Demanda con fundamento en la causal primera de casación laboral. — Terminación unilateral por el patrono del contrato a prueba. — Solo se reputa despido justo el contemplado por los Arts. 62 y 63 del C. S. T. — Los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones legales, de conformidad con el Art. 80 ibídem. — Conceptos de la Sala sobre "despido injusto" y "despido sin justa causa". — Equivalencia entre las dos expresiones. — Impugnación relativa al quebranto del Art. 294 del Código de la materia. — Formalidades previas al pago del seguro.

1. Lo dicho por la Corte, a propósito de la cláusula de reserva, en sentencias de 16 de septiembre de 1958 (G. J. T. LXXXIX) y 4 de noviembre de 1959 (G. J. T. XCI), tiene aplicación respecto del Art. 80 del C. S. T. En uno y otro caso se trata de facultad otorgada a las partes para dar por terminada unilateralmente en cualquier momento, la relación jurídica, con la diferencia de que aquélla opera sin previo aviso en el período de prueba y con aviso previo en la cláusula. Para el caso es indiferente que en el evento del Art. 48 medie un contrato de trabajo de duración indeterminada, y en el del Art. 80 un período de prueba, sujeto a plazos. En ambas hipótesis, el medio de terminar la relación jurídica es idéntico, por lo cual sus efectos deben ser iguales. No sobra decir que los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones, como lo establece la disposición últimamente citada, de manera que las que tiene por base del contrato, como el seguro de vida, aprovecha al trabajador a prueba.

2. Es cierto que el contrato de trabajo con período de prueba no se consolida sino expirado el término de prueba estipulado por las partes, que es de dos meses conforme a la ley; pero de que ello sea así, no se concluye que mientras aquél subsista, su terminación unilateral por el patrono tenga la consecuencia de impedir el derecho al seguro de vida, como lo sostiene el acusador. Afirma la sentencia, con base en el Art. 80 del C. S. T., que los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones consagradas en la ley, fundamento de la decisión que el cargo no impugna. De manera que la fragilidad del vínculo de que habla no es un obstáculo para que el trabajador adquiera todas las prestaciones derivadas del contrato laboral. Como bien lo anota la sentencia, si el deceso se produce durante la vigencia del período de prueba, no habría base para sostener la pérdida del derecho de que se trata, ni la de ninguna otra de las prestaciones consagradas por la ley, derivadas de la vinculación laboral definitiva, concepto que tampoco desquicia la acusación.

3. En concepto de la Sala, el "despido injusto" a que se refiere el Art. 80 y "despido sin justa causa", de que tratan los Arts. 62 y 63 del Código, son expresiones con igual significado. Ambas expresan la misma idea, esto es, la ausencia de motivo justificado para dar por terminado el vínculo jurídico.

Dice el acusador que no puede tacharse de injusto el despido a que se refiere el Art. 80 del Código, porque lo autoriza la ley. A lo cual observa la Sala: es cierto que tal es el concepto del ad-quem respecto a los des-

pidos de que habla la citada norma y la del Art. 48, que la Sala no comparte, pero en el fondo lo que aquél sostiene es que cuando el legislador habla de despido injusto en el Art. 298, se refiere al que se produce sin justa causa, dada la equivalencia entre las dos expresiones, y, además, que el retiro unilateral del empleado en los eventos de las dos primeras normas, es simplemente un modo de ponerle fin a la respectiva relación jurídica, pero no una justa causa. De las dos apreciaciones, la segunda es la que mejor se acomoda a la jurisprudencia a que se acoge el fallador, y, por tanto, no es atendible el reparo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., veintidós de enero de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez).

Teresa Ferrer viuda de Jaramillo, obrando en su propio nombre y como representante legal de sus menores hijos Ana Teresa, Marta Luz y Fabio Jaramillo Ferrer, promovió juicio ordinario contra la sociedad anónima Industrias Farmacéuticas, domiciliada en Medellín, para que por sentencia fuera condenada a pagarle el seguro de vida por muerte de Fabio Jaramillo Cadavid, en su calidad de beneficiarios de la prestación, y la indemnización moratoria.

Afirma la demanda en sus fundamentos de hecho, que Jaramillo Cadavid, esposo y padre de los actores, le prestó servicios personales a la sociedad, como agente viajero y visitador médico, según contrato de trabajo consignado por escrito, con período de prueba; que las labores se iniciaron el 26 de enero de 1959 y terminaron a mediados de marzo del mismo año, por despido del empleado sin justa causa ni aviso previo; que devengó un sueldo de $ 500.00 mensuales y un 3% sobre las ventas que efectuara, habiendo alcanzado la remuneración en el mes, un total aproximado de $ 1.000.00; que el 23 de abril del año citado falleció el trabajador hallándose amparado por el seguro de vida en razón de su despido injusto; que la sociedad expidió a su favor el certificado del seguro, habiendo instituído a los actores como beneficiarios forzosos; que la nómina mensual de salarios de la sociedad excedía de $ 12.000.00 anuales.

La respuesta a la demanda acepta la vinculación laboral y el servicio prestado hasta el 18 de marzo de 1959, diciendo, respecto del salario, que el promedio mensual devengado por el empleado fue de $ 1.255.10; que a la fecha de su muerte se hallaba amparado por seguro de vida según certificado que le expidió la empresa, en el cual instituyó como beneficiarios a los demandantes; y que la nómina de sueldos de la sociedad es el afirmado en la demanda. Como excepción perentoria propuso la de extinción de las obligaciones. La funda en el hecho de que el contrato terminó en uso de facultad legal y en el de que a la fecha de la muerte del empleado prestaba éste servicios a Laboratorios Angel Limitada.

La relación de primer grado terminó por sentencia del Juzgado 5º del Trabajo de Medellín, en la cual declara probada la excepción temporal de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante.

La resolución de segundo grado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, revoca la del inferior, y, en su lugar, condena a Industrias Farmacéuticas a pagar a los demandantes el seguro de vida reclamado en cuantía de $ 12.000.00. La absolvió de los demás cargos.

Recurrió en casación la parte vencida. Otorgado el recurso y tramitado en legal forma, se pasa a decidir.

La demanda de casación

Con fundamento en la causal primera impugna la sentencia del ad-quem, cuya infirmación solicita, a efecto de que la Corte, previa revocatoria de la de primer grado, absuelva a la sociedad de todas las peticiones de la demanda inicial.

Formula tres cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo

Acusa violación directa, por errónea interpretación, del Art. 298 del C. S. T., y consecuencialmente, por aplicación indebida, del Art. 289 ibídem. Por igual concepto acusa también infracción del Art. 80, en relación con los Arts. 61, 62, 63 y 76 del mismo Código.

Para demostrar el cargo, arguye el recurrente:

Entiende la sentencia que la terminación unilateral por el patrono del contrato a prueba, cuando no se funde en las causas previstas en los Arts. 62 y 63, sino en el 80, debe reputarse despido injusto para el efecto de extender la protección del seguro de vida hasta tres meses después de la extinción del contrato, conforme al Art. 298 del Código. Esa interpretación es equivocada, porque desconoce la esencia del período de prueba (Arts. 76 y 80), que radica en la fragilidad del vínculo. En todo lo demás el contrato a prueba es como el común de trabajo, otorga los mismos derechos y origina las mismas prestaciones y obligaciones. Pero constituye un lazo efímero, que cualquiera de las partes puede desatar súbitamente sin previo aviso a la otra. Hablar entonces de que la ruptura unilateral del contrato a prueba, autorizada por el Art. 80, equivale a despido injusto, es una antinomia.

Yerra también el Tribunal al entender que despido injusto es lo mismo que despido sin justa causa, y que de esta índole son los que hace el patrono con apoyo en el Art. 80 y el del contrato con cláusula de reserva, porque las justas causas están determinadas en los Arts. 62 y 63.

"De ahí que cuando la ley hable de despidos sin justa causa, como en los Arts. 267 y 306, deba aplicarse a esas situaciones en que el despido ha sido legal, pero no apoyado en una justa causa..."

"Pero el Art. 298 ya no habla de despido **sin justa causa**, sino de despido **injusto**. Ni etimológica, ni gramatical, jurídicamente son términos sinónimos. Lo injusto es lo opuesto a lo justo, es lo que va contra el derecho". Agrega que un procedimiento autorizado por la ley puede no ser "justo" o no tener "justa causa", pero jamás podrá tachársele de "injusto".

De estos evidentes errores de interpretación provino, concluye el cargo, la aplicación indebida del Art. 289, en relación con los Arts. 290 a 293 y 297 del Código, cuya violación, por aplicación indebida acusa, por haberle dado operancia a esas normas a un caso no regulado por ellas.

Segundo cargo

Señala como violados, por vía indirecta y aplicación indebida, los Arts. 289, 290 a 293 y 297 del C. S. T., y por falta de aplicación, el 294 ibídem, como consecuencia de evidente error de derecho.

El error consistió en haber dado por demostrado, sin estarlo, que la parte actora comprobó legalmente el carácter de beneficiarios forzosos del trabajador, "por equivocada apreciación de las partidas eclesiásticas y civiles de folios 2 a 5, 9, 98 y 112 a 116, y del certificado visible a folios 18 y 19.

Se formula el cargo en subsidio del anterior. Lo sustenta este razonamiento:

Exige el Art. 294, además de las partidas y del certificado en que conste la designación de beneficiarios, una información de testigos que establezca la inexistencia de otros beneficiarios forzosos, y unas publicaciones periódicas para que quienes se crean con derecho al pago del seguro puedan reclamar. La sentencia pasó por alto esos requisitos probatorios, incurriendo por ello en error de derecho, que a su turno la condujo a la aplicación indebida de los preceptos que imponen y regulan el pago del seguro. Incurrió en tal error el Tribunal, pues no aparecen en el juicio los testimonios ni las publicaciones mencionadas.

Tercer cargo

Se aduce en subsidio del que antecede. Acusa el fallo de violación directa, por fal-

ta de aplicación, del Art. 294 del C. S. T., y, consecuencialmente, por aplicación indebida, de los Arts. 289, 290 a 293 y 297 ibídem.

Para demostrarlo, dice el recurrente:

El Tribunal ignora la existencia del Art. 294, que requiere la información sumaria de testigos y publicaciones por la prensa como condición para el pago de un seguro de vida, ya sea directo o por sentencia judicial. No alude a esas pruebas, de donde podría sostenerse que no incurre en error de apreciación de las mismas. Sencillamente ignora la norma protectora de derechos de terceros, extraños al juicio. Por tanto, la violación es directa, "y las consecuencias condenatorias entrañan la aplicación indebida de las disposiciones que ordenan el pago del seguro, fijan su cuantía y determinan sus beneficiarios".

Consideraciones de la Corte

1. El contrato de trabajo celebrado por las partes estipula un período de prueba de dos meses. Comenzó a regir el 26 de enero de 1959 y terminó, dentro de tal período, por decisión unilateral del patrono, el 18 de marzo del mismo año. El trabajador Fabio Jaramillo Cadavid, falleció en Medellín, el 23 de abril del año citado. Son hechos establecidos en el juicio, no discutidos en casación.

2º Anota la sentencia que la personería sustantiva de la parte demandante se demostró en el juicio, así: la calidad de cónyuge sobreviviente de Teresa Ferrer de Jaramillo, con la partida notarial de matrimonio (Fl. 115) y las de nacimiento de sus tres hijos, con las partidas de origen eclesiástico, admisibles como prueba supletoria por haberse establecido la inexistencia de los registros notariales, con base en el Art. 19 de la Ley 92 de 1938.

3. Con fundamento en los hechos que acreditan las pruebas relacionadas, estudia el ad-quem la petición sobre pago del seguro de vida reclamado en el juicio, y, al efecto, expone: según normas del Código del Trabajo, solo se reputa despido justo el contemplado por los Arts. 62 y 63. Los demás que ocurran por decisión unilateral del patrono, se consideran injustos, como lo ha sostenido la jurisprudencia. Por ejemplo, si el contrato con cláusula de reserva termina por voluntad del patrono, ese medio, autorizado por el Código, es una manera legal de expiración del vínculo, pero no una justa causa. También tiene establecido la jurisprudencia que cuando la ley habla de terminación del contrato por despido injusto, se está refiriendo al despido sin justa causa, pues existe identidad jurídica entre las dos expresiones. Por tanto, no es despido justo el uso de atribuciones de que goza el patrono para ponerle fin al contrato, diferentes de las previstas en los Arts. 62 y 63, como son el ejercicio de la cláusula de reserva o la facultad de hacerlo cesar dentro del período de prueba. La conclusión del vínculo por el patrono antes del vencimiento de ese período, es una manera legal de concluir el contrato, pero no una justa causa. Existe una diferencia sustancial entre aquel modus que la ley acoge, y estas causas, consagradas en las citadas disposiciones. Así lo ha dicho la Corte en sentencia del 4 de noviembre de 1959 (G. J. T. Números 2217 a 2219).

El hecho de que el patrono hubiera despedido al trabajador en período de prueba, no modifica la situación planteada en el juicio, porque en tal supuesto labora por virtud de un contrato de trabajo, pues tal período es su etapa inicial, como lo expresa el Art. 76. Además, el Art. 80 dice que los servidores en período de prueba gozan de todas las prestaciones, y el 299 solo excluye del beneficio del seguro a los asalariados ocasionales o transitorios, sin comprender a los que se hallan en período de prueba. De ahí que si un empleado fallece dentro de ese período, prestando el servicio, no hay duda de que se causaría el derecho al seguro. Por lo mismo, también debe responder el patrono de todas las consecuencias del contrato que hace nacer ese mismo derecho cuando a la luz de las normas laborales la extinción del vínculo no pueda considerarse como un despido justo. Concluye en consecuencia que, como Jara-

millo Cadavid falleció antes de vencerse el término de tres meses a partir de la terminación del contrato, la sociedad está obligada a pagar el seguro de vida a sus beneficiarios, conforme a lo dispuesto por el Art. 298 del C. S. T., ya que fue injusto su despido

4. A propósito de la cláusula de reserva, modo legal de terminar el contrato de trabajo por cualquiera de las partes, unilateralmente, idéntico al establecido para la expiración del período de prueba por el Art. 80 del Código, dijo esta Sala de la Corte en sentencia del 16 de septiembre de 1958 (juicio de Francisco Gaviria contra Naviera Colombiana S. A.):

"La cláusula de reserva es una manera legal de terminar el contrato de trabajo, pero no una justa causa en el sentido preciso atribuído por la ley a ciertos motivos específicos y determinantes que, en el orden de la justicia, sirven de fundamento a la extinción unilateral del contrato y que se denomina 'justas causas'. Existe una diferencia sustancial entre aquel modo extintivo del contrato que la ley acoge y estas causas, establecidas por los Arts. 62 y 63, que la ley expresamente califica de justas".

En otros de sus apartes, expone la sentencia:

"Es sabido que la manera es el modo como se rige una situación jurídica, en tanto que la causa es el antecedente de hecho o de derecho que produce esa situación. La causa se confunde en este caso con la noción de móvil determinante.

"En punto a terminación con preaviso del Art. 48 la ley sanciona y legitima el modo o manera, pero no hace referencia alguna a la causa. En cambio, en la terminación unilateral de los Arts. 62 y 63 la ley hace especial énfasis sobre la causa (aunque también señala la manera) lo cual destaca aun más la distinción entre la una y la otra

"Considera por ello la Corte que, cuando la ley, en su Art. 267, se refiere a la ausencia de justa causa en el despido como uno de los elementos generadores de la jubilación restringida, no puede entenderse que la simple manera de terminación preavisada legal equivalga a la justa causa, por cuanto ya se ha visto que justa causa y manera legal son cosas de esencia completamente distinta. Por lo cual no es válido invocar la manera establecida por el Art. 48 para la terminación unilateral como equivalente a la justa causa del Art. 267..." (G. J. tomo LXXXIX).

Doctrina igual a la expuesta acoge la Sala en fallo posterior, al cual se remite el Tribunal para fundar su decisión, de fecha 4 de noviembre de 1959 (Juicio de Dora Mejía v. de Delgado contra la Cooperativa Central de Distribución Ltda.). El caso contemplado en dicho asunto es igual al que ahora se debate (pago de un seguro de vida), con la diferencia de que las partes se hallaban vinculadas por contrato de trabajo, que el patrono dio por terminado en uso de la cláusula de reserva, habiéndose producido el fallecimiento del empleado antes del vencimiento del término señalado por el Art. 298 del Código. Dijo la Corte en el citado fallo:

"Por todo lo anterior considera la Corte que cuando el Código Sustantivo del Trabajo en el aparte a) del Art. 298 se refiere a que el contrato termine por despido injusto, o, lo que es lo mismo, a la ausencia de justa causa en el despido como uno de los elementos necesarios para que la obligación de reconocer y pagar el seguro se extienda hasta tres meses después de la extinción del contrato, no puede entenderse que el simple modo de terminación unilateral con base en la cláusula de reserva, equivalga a justa causa, por cuanto se ha dejado establecido que justa causa y manera legal son cosas de esencia completamente distintas. Por lo cual no es suficiente invocar el modo de la terminación unilateral consagrado en el Art. 48, como equivalente a despido justo o justa causa de que trata el Art. 298 como exonerativo de la obligación del pago del seguro" (G. J. T. XCI)

Lo dicho por la Corte en los pasos de la sentencia antes transcritos, con relación a

la cláusula de reserva, tiene aplicación respecto del Art. 80 del Código. En uno y otro caso se trata de facultad otorgada a las partes para dar por terminada unilateralmente en cualquier momento, la relación jurídica, con la diferencia de que aquélla opera sin previo aviso en el período de prueba, y con aviso previo en la cláusula. Para el caso es indiferente que en el evento del Art. 48 medie un contrato de trabajo de duración indeterminada, y en el del Art. 80 un período de prueba, sujeto a plazo. En ambas hipótesis, el medio de terminar la relación jurídica es idéntico, por lo cual sus efectos deben ser iguales. No sobra decir que los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones, como lo establece la disposición últimamente citada, de manera que las que tienen por base el contrato, como el seguro de vida, aprovecha al trabajador a prueba.

5. Como se ve, la cuestión jurídica que plantea el recurrente ha sido ya definida por la Corte en el sentido que indica el fallo impugnado, y como la estima fundada en argumentos jurídicos incontestables, la reitera para el rechazo del cargo.

6. Los razonamientos que presenta el acusador no desvirtúan la tesis de la Sala. Es cierto que el contrato de trabajo con período de prueba no se consolida sino expirado el término de prueba estipulado por las partes, que fue de dos meses conforme a la ley; pero de que ello sea así, no se concluye que mientras aquél subsista, su terminación unilateral por el patrono, tenga la consecuencia de impedir el derecho al seguro de vida, como lo sostiene el acusador. Afirma la sentencia, con base en el Art. 80 del C. S. T., que los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones consagradas en la ley, fundamento de la decisión que el cargo no impugna. De manera que la fragilidad del vínculo de que aquél habla no es un obstáculo para que el trabajador adquiera todas las prestaciones derivadas del contrato laboral. Como bien lo anota la sentencia, si el deceso se produce durante la vigencia del período de prueba, no habría base para sostener la pérdida del derecho de que se trata, ni la de ninguna otra de las prestaciones consagradas por la ley, derivadas de la vinculación laboral definitiva, concepto que tampoco desquicia la acusación.

7. En concepto de la Sala, el "despido injusto" a que se refiere la mentada disposición legal, y "despido sin justa causa", de que tratan los Arts. 62 y 63 del Código, son expresiones con igual significado. Ambas expresan la misma idea, esto es, la ausencia de motivo justificado para dar por terminado el vínculo jurídico.

8. Dice el acusador que no puede tacharse de injusto el despido a que se refiere el Art. 80 del Código, porque lo autoriza la ley. A lo cual observa la Sala: es cierto que tal es el concepto del ad-quem respecto a los despidos de que habla la citada norma y la del Art. 48, que la Sala no comparte, pero en el fondo lo que aquél sostiene es que cuando el legislador habla de despido injusto en el Art. 298, se refiere al que se produce sin justa causa, dada la equivalencia entre las expresiones, y, además, que el retiro unilateral del empleado en los eventos de las dos primeras normas, es simplemente un modo de ponerle fin a la respectiva relación jurídica, pero no una justa causa. De las dos apreciaciones, la segunda es la que mejor se acomoda a la jurisprudencia a que se acoge el fallador, y por tanto, no es atendible el reparo.

De lo expuesto se concluye que la censura por haber violado la sentencia las normas legales que el cargo cita, por errónea interpretación, no aparece demostrado. Por tanto, se desecha el primer cargo.

9. En cuanto a la acusación del segundo cargo, no expone el recurrente ninguna razón para demostrar que fue equivocada la estimación que la sentencia hace de las partidas y certificados que especifica, como lo exige la ley del recurso extraordinario. Por ese motivo, se limitará la Sala a examinar el otro aspecto de la impugnación relativo al quebranto del Art. 294 del Código y, al efecto, considera:

Sobre la cuestión a que se refiere el impugnante, dijo esta Sala de la Corte en sentencia del 6 de marzo de 1961. G. J. T. XCV)·

"En relación con las formalidades previas al pago del seguro, la Sala observa: cuando existe pluralidad de interesados en una relación jurídica, la ley arbitra el medio de llamarlos al juicio que promueva uno de ellos para que todos los partícipes de la relación tengan oportunidad de hacer valer sus derechos. El llamamiento de posibles interesados en la litis se realiza, de ordinario, mediante emplazamientos, a través de medios diversos de publicidad, sistema que recibe el nombre de procedimiento edital. Lo utiliza la ley de enjuiciamiento civil para definir cuestiones de distinta naturaleza jurídica (proceso sucesorio, división de grandes comunidades, de declaración judicial de pertenencia, bienes vacantes y mostrencos, capellanías laicas, etc.). Del mismo tipo, en líneas generales, es el que estructura el Art. 294 del C. S. T. y el 212 ibídem, de aplicación, el de que trata el 212, tanto para el caso que contempla como para el previsto en el Art. 258 de la misma obra. Como es fácil advertirlo, la situación jurídica que surge de la muerte del empleado respecto de derechos a su favor, es la misma, sea que su reclamación se haga ante el patrono o ante la justicia del trabajo, por lo cual, el emplazamiento impersonal de presuntos interesados en esos derechos debería tener también aplicación en el proceso. Sin embargo, no lo autoriza el legislador sino para la actuación extraprocesal ante el patrono, y no cabe aplicar por analogía dentro de la tramitación establecida para el juicio ordinario laboral un procedimiento destinado a regular actividades extrajudiciales". Concluye el fallo con la declaración de que la ley no exige que en juicio esté obligado el actor a cumplir las formalidades establecidas en los numerales 4º a 6º del Art. 294. En otro de sus apartes dice: algunos de los preceptos de la disposición, como las que señalan las pruebas sobre el interés y la legitimación para obrar respecto del reclamante, tienen aplicación en juicio. "Pero la ley laboral no hace regulación específica acerca de las pruebas que deban aportarse al proceso por el beneficiario que solicite el pago del seguro, por lo cual el punto queda sometido a las previsiones legales del derecho común".

Con fundamento en lo expuesto por el citado fallo, la Sala desecha el cargo en examen.

10. Es cierto que no hace mérito el Tribunal del Art. 294, pero de que así haya ocurrido, no se deduce su quebranto directo, como lo afirma el recurrente en el tercer cargo. Ya se vio, en el estudio del anterior, que la información sumaria de testigos a que se refiere su numeral 1º y la publicación de avisos, de que tratan los numerales 4º y 5º, son actividades que deben cumplirse en actuaciones extrajudiciales, que la norma no manda satisfacer dentro del juicio. 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 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, José Joaquín Rodríguez, Antonio del Castillo, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COMISION POR VENTA DE UN INMUEBLE RURAL

Con fundamento en la causal primera del Art. 87 del C. P. L., se acusa la sentencia de haber incurrido en errores de hecho y de derecho. — Servicios personales de carácter privado como intermediario para vender finca de propiedad de la demandada. — Existencia de "contrato de corretaje civil y ocasional". — En tratándose de éste contrato, no hay lugar a sanción por falta del registro estipulado en el Art. 69 del C. de Co. — Análisis de las pruebas obrantes en el proceso. — Cuándo hay lugar a error de derecho en la casación del trabajo. — Monto de la operación objeto del corretaje. — Su comprobación es susceptible por cualquiera de los medios que la ley establece como pruebas.

Debe tenerse en cuenta que en la casación laboral habrá lugar a error de derecho, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio. Por tanto, la argumentación del recurrente, podría tener validez si en el caso de autos lo que se tratara de demostrar fuese la existencia del contrato de compraventa a que alude la escritura pública que obra en el expediente. Empero, no es esa la situación, pues lo que se discute es el derecho al pago de la comisión que pide el demandante por razón de los servicios de intermediario, que permitieron a la demandada vender un predio de su propiedad, hecho este que ya en casación no se controvierte. Así las cosas, resulta que para establecer el monto de la operación objeto del corretaje, para los fines de liquidar el valor de la comisión pactada, no se requiere de una prueba especial, ad sustanciam actus, sino que tal hecho es susceptible de comprobación por cualquiera de los medios que la ley establece como pruebas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y cinco.

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

Eliécer Martínez, por medio de apoderado, demandó a Eloísa Jiménez vda. de Martínez, al doctor Carlos Martínez J., y a Flavio Martínez J., para que, previos los trámites de un juicio laboral, se les condene "en forma solidaria y mancomunada" a pagarle la suma de $ 7.500.00 o cuanto más se probare, por concepto de comisión por sus gestiones de intermediario para la venta de un inmueble rural. El valor de la indemnización por falta de pago, y las costas del juicio.

Como fundamento de hecho, relató los siguientes: que durante los años de 1958 y 1959 prestó sus servicios de "comisionista" a la señora Eloísa Jiménez vda. de Martínez, para conseguir la venta de una finca de su propiedad, ubicada en la vereda de La Pradera, Municipio de Subachoque, en este Departamento. Que sus servicios fueron contratados a nombre de Eloísa Jiménez vda. de Martínez por los hijos de ésta, Flavio Martínez J., y doctor Carlos Martínez J., habiendo, este último, fijado las

condiciones para la venta, en carta de fecha 20 de abril de 1959 dirigida al demandante Martínez. Que después de haber efectuado muchas gestiones con diversos clientes suyos y posibles compradores de la finca, logró interesar a Rafael y Efraín García, a quienes trató el negocio, les mostró personalmente el inmueble ofrecido en venta y presentó luego al doctor Carlos Martínez J., "para ultimar los detalles correspondientes del contrato de compra-venta" de la finca mencionada. Que Efraín García, su cliente, le manifestó al comisionista demandante y al doctor Carlos Martínez J., que él compraría la finca para su hijo Rafael García, o le suministraría a éste el dinero necesario, siempre y cuando que lograra conseguir un socio para comprar la finca en compañía. Que, en efecto, sus clientes Rafael y Efraín García consiguieron como socio a Francisco Antonio Rodríguez para comprar la finca de que se viene hablando, y que, con fecha 23 de julio de 1959, los señores García y Rodríguez firmaron con la señora Eloísa Jiménez vda. de Martínez el correspondiente contrato de promesa de venta de la finca que "había trabajado el comisionista Eliécer Martínez". Que el 29 de diciembre de 1959, por medio de la escritura pública número 7626 de la Notaría 4ª de Bogotá, se perfeccionó el contrato de compra-venta del inmueble antes mencionado, entre Eloísa Jiménez vda. de Martínez, como vendedora, y Francisco A. Rodríguez y Rafael N. García, como compradores, por la suma de $ 300.000.00; que no obstante habérsele prometido por el doctor Carlos Martínez J., en la cita carta de fecha 20 de abril de 1959, el pago de una comisión equivalente al 2½% del precio de la venta que se efectuara por la intermediación del demandante Martínez, los demandados no le han pagado el valor de la comisión pactada.

Como fundamentos de derecho invocó los Decretos 456 y 931 de 1956, el Código Sustantivo del Trabajo, "en especial el artículo 65 y los artículos 74 y 81 del Código de Procedimiento Laboral y el Decreto 0243 de 1951".

Los demandados Carlos y Flavio Martínez J., por medio de apoderado, dieron respuesta a la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones y condenas pedidas. Propusieron la excepción de inexistencia de la obligación "por cuanto el señor Eliécer Martínez no tenía funciones de comisionista ni intervino en la realización de ningún negocio de los que él como demandante alega". Eloísa Jiménez vda. de Martínez, dio respuesta al libelo de demanda, por medio de apoderado. Se opuso a las peticiones formuladas y negó los fundamentos de derecho en que se apoyan. En cuanto a los hechos, dijo no ser ciertos el primero y el segundo. Con relación a los demás, dijo no constarle y agregó que se atenía a lo que se pruebe. Propuso como perentorias las excepciones de inexistencia de la obligación, "carencia de acción", inepta demanda sustantiva y las que resulten probadas en el curso del juicio. El Juzgado séptimo laboral de esta ciudad, por sentencia del 28 de noviembre de 1960, desató la litis en primera instancia. Por ella condena a Eloísa Jiménez vda. de Martínez, Carlos Martínez J., y Flavio Martínez J., a pagar, mancomunada y solidariamente al demandante Eliécer Martínez la suma de $ 7.500.00 por concepto de comisión". (Punto Primero). Por el numeral segundo condena a los mismos demandados a pagar al demandante "el interés legal de la suma de siete mil quinientos pesos ($ 7.500.00) desde el día veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) fecha en que se realizó la venta por escritura pública hasta la fecha en que se verifique el pago de dicha comisión". Condenó en costas a la parte demandada (Punto Tercero).

Los demandados interpusieron recurso de apelación contra la anterior providencia, que resolvió el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por sentencia de 6 de febrero de 1961. Por ella se les condena mancomunada y solidariamente a pagar al demandante, los mismos $ 7.500.00 a que se contrae la sentencia de primer grado, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del fallo, aunque por razones jurídicas distintas a las aducidas por el a-quo. (Numeral Primero) Modifica el numeral 2º de la sentencia apelada, en el sentido de

condenar a los demandados a pagar el interés legal de la suma de $ 7.500.00" "a partir del día siguiente del plazo señalado en el numeral anterior para el pago del monto de la comisión a que fueron condenados, en el evento de que no se haya pagado la comisión dicha". Confirmó el numeral tercero del fallo del juzgado y condenó en costas del recurso a la parte apelante.

El apoderado de la parte vencida interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, que le fue concedido. Admitido y tramitado en forma legal, la Corte va a decidirlo, previo estudio de la demanda que lo sustenta. La parte demandante presentó escrito de réplica.

El recurso

Alcance de la impugnación.

Aspira a que la Corte case la sentencia recurrida para que convertida en Tribunal de instancia absuelva a los demandados de los cargos de la demanda. Subsidiariamente solicita que la condena sea reducida a la mitad de la comisión pedida por el demandante.

Con fundamento en la causal primera del artículo 87 del C. P. L. presenta un cargo contra la sentencia del ad-quem.

Cargo único

Acusa la sentencia de violar indirectamente los Arts. 10, 20 numeral 13, 65, 68, 69, 73, 74, 82, 88, del Código de Comercio, en relación con el artículo 2187 del Código Civil, por falta de aplicación, y "también como infracción de medio de los artículos 50 y 61 del Código Procesal Laboral y artículo 630 del Código Judicial, como consecuencia de los evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar mal unas pruebas y dejar de apreciar otras. Respecto del artículo 630 del C. J. se incurrió en error de derecho".

Como pruebas erróneamente apreciadas señala: a) la declaración de Rafael García (folios 5, 6 y 93 a 97; b) la declaración de Efraín García Matallana (folios 14, 15 y 86 a 89); c) la carta contrato de fecha 20 de abril de 1959, que obra al folio 61; d) la copia de la escritura pública que obra a folios 80 a 85.

Como pruebas dejadas de apreciar indica: a) las posiciones absueltas por el demandante Eliécer Martínez (folios 74 a 78); b) la pregunta octava del interrogatorio formulado por Eliécer Martínez a Rafael García (folios 3 y 4 del expediente).

Errores de hecho

Señala los errores de hecho, así: 1º no dar por demostrado, estándolo, que Eliécer Martínez no mostró la finca a Francisco Antonio Rodríguez, quien fue uno de los compradores de la misma; 2º no dar por demostrado, estándolo, que el demandante ofreció la finca materia de la venta a menor precio de los estipulados en la carta contrato; 3º no dar por demostrado, estándolo, que el demandante no asistió ni a la firma de la promesa de venta ni a la firma de la escritura de venta de la finca; 4º no dar por demostrado, estándolo, "que el doctor Carlos Martínez, le pidió la carta-contrato a Eliécer Martínez, con el fin de no permitirle, en lo sucesivo, ofrecer la finca a ninguna persona, desautorizando por consiguiente cualquier gestión que hiciera en lo sucesivo como comisionista"; 5º no dar por demostrado, estándolo, que en la demanda el demandante no pidió intereses moratorios sino salarios caídos, conforme al Art. 65 del C. S. T.; 6º dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante mostró la finca a los dos compradores; 7º dar por demostrado, sin estarlo, el precio de venta de la finca, y 8º dar por demostrado, que el actor "está inscrito en el registro del comercio".

En el desarrollo del cargo, y con relación al supuesto error de no estar inscrito el demandante en el Registro de Comercio, manifiesta el recurrente que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 10, 20 numeral 13 y 65 del Código de Comercio, en el sublite se configura "un contrato de corretaje

entre el actor y mi poderdante el doctor Carlos Martínez". Por consiguiente, conforme al artículo 68 del mismo Código, el demandante "debía estar inscrito en el registro de comercio, lo cual no está demostrato en autos". No apareciendo inscrito en dicho registro, se hace acreedor a la sanción contemplada en el artículo 79 ibídem, que consiste en no poder reclamar emolumento alguno por su trabajo, ni hacer valer los derechos que la ley concede a los corredores. Concluye este primer aspecto de la acusación diciendo que el Tribunal al condenar a los demandados a pagar la comisión al demandante "violó de manera flagrante las disposiciones antes mencionadas del Código de Comercio".

Para demostrar los errores relacionados anteriormente en los puntos 1º y 3º el acusador transcribe apartes de los testimonios de Efraín García Matallana, (folios 86 a 89) y de Rafael García Matallana, (folios 93 a 97), la pregunta octava del cuestionario presentado por Eilécer Martínez al declarante Rafael García, y la respuesta dada por el demandante a la pregunta tercera del pliego de posiciones que absolvió dentro del juicio. Dice que de esas pruebas "se llega a la conclusión inequívoca y clara de que el señor Eliécer Martínez solamente ofreció la finca a uno solo de los compradores y no al otro, o sea a Francisco Antonio Rodríguez. También se halla demostrado que el demandante no asistió a la firma de la promesa de venta ni a la de la escritura de venta".

Agrega que conforme a los artículos 73 y 74 del Código de Comercio los corredores deben desempeñar por sí mismos todas las operaciones de su oficio y concurrir a la entrega de lo vendido por su intervención, y estar presente al firmar los contratos escritos que deban suscribir los contratantes, según el mandato del Art. 82 ibídem. Que en el caso de autos, el demandante no intervino en el contrato con relación al comprador Francisco Antonio Rodríguez, por lo cual el Tribunal no podía condenar a los demandados a pagar la totalidad de la comisión, pues ésta solo se percibe respecto a los contratos en que intervenga el comisionista conforme al artículo 88 del mismo Código; que, por tanto, la comisión que correspondía al demandante "debería ser la mitad de la misma, mas como el sentenciador contra lo demostrado y probado condenó a la totalidad, violó de manera indirecta" el mencionado artículo 88.

Respecto el segundo error de hecho, dice que en la carta contrato se indicaron al demandante los precios mínimos de la finca, no obstante lo cual éste la ofreció a menor precio del señalado, tal como se establece con los testimonios de los declarantes García.

Para demostrar el cuarto error que atribuye a la sentencia del Tribunal, dice que con la declaración de Rafael María García Ramírez y con la propia confesión del demandante contenida en la respuesta que dio a la décima pregunta del pliego de posiciones que absolvió, aparece que el doctor Carlos Martínez le pidió la devolución de la carta contrato que obra al folio 61 de los autos, por haber ofrecido la finca a menor precio del indicado en esa carta, pues, al violar el demandante las instrucciones relativas a los precios mínimos señalados por fanegada de terreno, estaba incumpliendo de manera clara y expresa las funciones propias de su cargo, por lo cual no tenía derecho a remuneración alguna, si le fue revocada la autorización para vender. Que al condenar al pago de la comisión, el Tribunal violó el artículo 88 del Código de Comercio y el 2157 del Código Civil, que preceptúa que el mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del mandato.

Agrega que de las mismas declaraciones de los testigos García se llega a la conclusión "de que en ninguna parte se encuentra demostrado el precio de la venta de la finca, o al menos no coincide lo dicho por ellos con las demás pruebas", y principalmente con lo expresado en la escritura de venta, cuya copia obra a folios 81 del expediente que señala en $ 300.000.00 dicho precio. Que los testimonios de los García no están de acuerdo con la carta-contrato, ni con la copia de la escritura a que se ha hecho mención, documento éste que tam-

poco puede tenerse como prueba conforme a lo dispuesto en el artículo 630 del Código Judicial, por no aparecer la constancia del registro. Que como el sentenciador apreció de manera errónea las pruebas relacionadas "incurrió en evidente error de hecho" que lo indujo a violar el Art. 61 del Código de Procedimiento Laboral, como infracción de medio y los artículos 73, 74, 82 y 88 del Código del Comercio en forma indirecta, y los artículos 630 y 636 del C. J., también indirectamente, el primero como consecuencia "de error de derecho" al haber dado por demostrado un hecho por un medio probatorio no establecido en la ley.

Por su parte, el opositor dice que la demanda no se atempera a la técnica del recurso, puesto que solo se acusa violación de preceptos de derecho comercial, y uno de derecho civil, a través de normas de puro procedimiento, que no presentan ninguna relación o incidencia sobre disposiciones sustantivas de Derecho Laboral. Que además, en el mismo cargo se atribuye error de hecho y de derecho respecto de una misma norma, lo que es contrario a la técnica del recurso. Hace luego un análisis del acervo probatorio, invoca doctrinas de la Corte en apoyo de la decisión del Tribunal y concluye pidiendo que no se case la sentencia recurrida.

La Sala considera

La acción promovida por el demandante se dirige a obtener el reconocimiento y pago de la suma de dinero que le corresponde como retribución de servicios personales de carácter privado, que afirma haber prestado como intermediario para vender una finca de propiedad de Eloísa Jiménez vda. de Martínez, madre de los otros demandados, y quienes autorizados por ella, celebraron con Martínez el contrato de intermediación para vender.

En el caso sub-judice, ya no se discute en casación la existencia del contrato de intermediación celebrado con el demandante Martínez, ni que el inmueble ofrecido en venta, de propiedad de la demandada Eloísa Jiménez vda. de Martínez se vendió a los señores Francisco A. Rodríguez R. y Rafael M. García M. el 29 de diciembre de 1959, mediante escritura pública otorgada en esa fecha ante el Notario 4º de Bogotá. Tampoco se controvierte que el demandante como intermediario desarrolló actividades y entró en contacto, entre otros, con los señores Efraín García y Rafael García, a quienes logró interesar en el negocio de compraventa referente al inmueble que le había sido consignado para tal fin, a quienes mostró e hizo conocer el inmueble y luego puso en contacto con el demandado doctor Carlos Martínez J., para concluir el negocio. Tampoco se pone en discusión el hecho de que Efraín García se interesó en comprar la finca para su hijo Rafael García, o mejor, le suministró el dinero para que éste pudiera adquirirla en compañía de otro socio que los mismos señores García buscaron para efectuar con él la compraventa, que lo fue el señor Francisco Antonio Rodríguez.

Lo que se discute por los demandados, es que el demandante no ejerció ninguna actividad como intermediario respecto a Francisco A. Rodríguez uno de los compradores del inmueble. Que ninguna intervención tuvo al celebrarse la promesa de venta, ni al otorgarse la correspondiente escritura pública de compraventa para perfeccionar el contrato prometido. Que la autorización para vender le fue revocada expresamente por el demandado doctor Carlos Martínez J. Que no está demostrado el precio por el cual se efectuó la compraventa y que sirva de base para liquidar el valor de la comisión pactada del 2½%. Finalmente, que el demandante no demostró estar inscrito como corredor en el registro de comercio, por lo cual no puede cobrar la comisión estipulada.

El Tribunal, después de analizar la naturaleza de la relación jurídica que vinculó a las partes, llega a la conclusión, con apoyo en el acervo probatorio aducido al juicio, de que entre ellas existió un "contrato de corretaje civil y ocasional" con motivo de la venta de una finca rural "en la cual el actor prestó sus servicios profesionales como comisionista", y agrega, lo siguiente:

"En lo que sí está de acuerdo con el a-quo ésta Corporación, es en el análisis correcto del acervo probatorio, para concluir que los señores Carlos Martínez J. y Flavio Martínez J., contrataron los servicios del demandante para la venta de una finca rural como comisionista, y que éste prestó sus servicios como tal hasta obtener la realización de la venta proyectada a los señores Francisco A. Rodríguez y Rafael M. García, haciéndose por tanto acreedor al pago de la comisión pactada.

"En efecto, con las declaraciones de los señores Rafael García, Gonzalo Leaño L., Efraín García Matallana y Carlos Albornoz, ampliamente analizadas por el a-quo, se demuestra indudablemente que entre el demandante y los demandados, inclusive la señora Eloísa Jiménez Vda. de Martínez, quien se hizo responsable solidariamente con sus hijos Carlos y Flavio Martínez, al autorizar al primero de ellos para vender la finca de su propiedad, se celebró un contrato de corretaje, por medio del cual el actor desplegó todos sus conocimientos en la consecución de compradores para la finca en cuestión hasta obtener la venta de la misma.

"Los hechos anteriores fueron aceptados por los demandados en la absolución de las posiciones que rindieron en primera instancia, tal como lo estudia y resuelve ampliamente el a-quo. Además, con las documentales que obran a folios 61 y 81 del expediente, se comprueba la existencia del contrato de corretaje referido, el monto de la comisión (2½% sobre el valor de la venta) y la realización en debida forma de la misma.

"Con los elementos anteriores, se deduce claramente la procedencia de la condena a cargo de los demandados y a favor del demandante por concepto de la comisión pactada, como honorarios o retribución de servicios prestados por Eliécer Martínez al obtener la venta de la finca por la suma de $ 300.000.00, que arroja la cantidad de $ 7.500.00, con base en el porcentaje pactado del 2½%".

El mismo sentenciador, al examinar el punto de la demanda relativo a la condena al pago de la indemnización por mora en el cumplimiento de la obligación debida, dijo, lo siguiente:

"Ahora bien, cuando hay mora en el pago de una deuda de dinero, como en el caso de autos, de una comisión determinada, el deudor debe los intereses convencionales, o en su defecto, los legales, mas no se le puede condenar al pago de intereses sino en el caso de que no pague la deuda o comisión dicha en la fecha señalada en la sentencia condenatoria, y a partir de esta fecha, ya que la indemnización de perjuicios por la mora, tratándose de pagar una cantidad líquida de dinero, se traduce en pago de intereses, convencionales si se han pactado, o, legales, en su defecto, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1617 del Código Civil".

Igualmente, en relación con el punto que el recurrente plantea nuevamente en casación, respecto a la pérdida de derecho del comisionista para reclamar la comisión pactada, por no estar inscrito en el registro público de comercio, el Tribunal expresó lo siguiente:

"Al respecto ya esta Sala había sentado doctrina de que tratándose de un corretaje ocasional y civil no hay lugar a la sanción por falta del registro estipulada del artículo 69 del C. de Co., y por tanto, sí hay lugar a la reclamación judicial de la comisión o la remuneración de los servicios". Transcribe sobre el particular la parte pertinente del fallo mencionado de fecha 27 de julio de 1960, proferido dentro del juicio promovido por Guillermo Beltrán Jiménez contra Luis María Beltrán A., que es del siguiente tenor:

"De manera que para la procedencia de la sanción establecida para la falta de inscripción en el Registro de Comercio, es indispensable que se acredite la calidad de comerciante del presunto infractor ya que el artículo 69 del C. de Co., solo es aplicable al corredor comerciante. Por eso dice el artículo 68 del mismo Código que todo el

que quiera ejercer habitualmente el oficio de corredor, debe inscribirse en el registro. No está obligado a la inscripción quien ejecute eventual, u ocasionalmente, actos de corretaje. El carácter habitual de la actividad debe acreditarse por quien pida la sanción por la falta de registro".

Se observa

Del análisis y comparación entre el fallo recurrido y las razones expuestas por el acusador en la demanda de casación, resulta claro y sin lugar a dudas, que los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal para producir la decisión de condena, permanecen inalterables, puesto que los argumentos esgrimidos por el impugnante no tienen la virtualidad suficiente para destruirlos, a lo cual debe agregarse que varios de esos fundamentos ni siquiera son controvertidos por el recurrente.

En efecto, no debe perderse de vista que constituye punto fundamental del negocio sub-lite, saber si realmente el demandante prestó sus servicios de intermediación en la venta del inmueble rural que pertenecía a uno de los demandados; si esos servicios y las gestiones realizadas por él resultaron idóneas para el logro del encargo, y si como consecuencia de tales gestiones del comisionista se concluyó el negocio por los demandados con los terceros compradores del inmueble, tal como lo admite el Tribunal, con apoyo en pruebas aportadas al proceso y que expresamente se mencionan en el fallo.

Así las cosas, resulta que los supuestos errores de hecho que el recurrente atribuye al Tribunal, no existen, y aún, si en ellos hubiese incurrido el sentenciador, ninguna incidencia podían tener en la decisión adoptada. En efecto, el Tribunal en ninguna parte afirma que el demandante Eliécer Martínez mostró la finca materia de la comisión al señor Francisco Antonio Rodríguez quien, en compañía de Rafael García Matallana fue una de las personas que la adquirieron en común y por iguales partes. Tampoco afirma, ni da por establecido que el demandante está inscrito en el Registro de Comercio, pues por el contrario, sostiene que la obligación impuesta por el artículo 69 del C. de Co., solo es aplicable al corredor comerciante, que ejerce habitualmente ese oficio, y no a quien ocasionalmente ejerce actos de corretaje. Esta interpretación del texto legal, no es impugnada por el recurrente. En cambio, sí acepta y no aparece desvirtuado, que el demandante realizó gestiones con el otro comprador Rafael García Matallana y con el padre de éste Efraín García, quien le suministró el dinero para la compra y quien buscó a Francisco Antonio Rodríguez y lo interesó para que compraran, en compañía de su hijo Rafael, el inmueble que le había ofrecido como intermediario Eliécer Martínez, en cumplimiento de la comisión para vender que se le había otorgado. La circunstancia de que el comisionista Eliécer Martínez no hubiese mostrado el inmueble a Francisco Antonio Rodríguez, no significa que su gestión ante el otro comprador no hubiese constituido una actividad idónea y fundamental para que la demandada Eloísa Jiménez Vda. de Martínez hubiese podido vender el inmueble. La afirmación del recurrente de que en el desempeño de su comisión el demandante ofreció la finca a menor precio del que se le había señalado, no es hecho que resulte plenamente demostrado, y, en el supuesto de que lo estuviera, ello no podría producir los efectos que pretende el recurrente, puesto que el demandante Martínez no tenía la representación de los demandados para acordar en definitiva el negocio, sino que su función era la de acercar y poner en contacto entre sí al propietario vendedor con los posibles compradores del inmueble. El hecho de que el comisionista Martínez no hubiese estado presente al tiempo de la celebración del contrato de promesa de venta y al otorgamiento de la escritura para perfeccionar el contrato prometido, celebrados entre la vendedora y los compradores del inmueble, ninguna incidencia tiene respecto a la decisión condenatoria contenida en la sentencia, puesto que, en primer término, como consta en el proceso, si Martínez no estuvo presente en esos actos fue porque se le ocultó por los demandados, y porque, además, la única sanción posible, en

el supuesto de que pudiese tener aplicación en el corretaje civil y ocasional el cumplimiento de las obligaciones que echa de menos el recurrente, ello sólo podría traer como consecuencia la aplicación de la sanción prevista en el artículo 86 del Código de Comercio. Tampoco resulta demostrado con las pruebas que indica el recurrente, que al demandante Martínez se le hubiese revocado la comisión para vender el inmueble de que antes se ha hablado, pues, en el supuesto de estimarse como tal el hecho de que el demandado doctor Carlos Martínez le hubiese pedido la carta contrato de comisión, ello solo pudo tener ocurrencia cuando ya el demandante lo había puesto en contacto con el comprador del inmueble, señor García. Y si fuese exacto que pedir la entrega de la carta de autorización para vender implicaba desautorización para cualquier gestión que pudiese hacer en lo sucesivo como comisionista, según la afirmación del recurrente, tal posibilidad fue inocua y sin resultado positivo, pues la venta del inmueble se produjo por las gestiones realizadas antes por el comisionista Martínez, según las pruebas aportadas al proceso.

A todo lo anterior debe agregarse que el Tribunal para condenar al pago de la comisión del demandante, no tuvo únicamente en cuenta las pruebas que indica el recurrente, sino, además, las declaraciones de Gonzalo Leaño y Carlos Albornoz y las posiciones absueltas por los demandados. Estas pruebas, en cuanto a su apreciación, no son materia de ataque por el recurrente, y por tanto conservan toda su fuerza para impedir el quebranto de la decisión impugnada. No ataca el recurrente las consideraciones aducidas por el sentenciador al afirmar que el demandante como corredor ocasional, no estaba obligado a la inscripción en el registro público de comercio. Tampoco controvierte los fundamentos de hecho y de derecho invocados en la sentencia para producir la condena al pago de los intereses legales de las sumas debidas al demandante, según lo dispuesto en el punto segundo de la parte resolutiva del fallo acusado. La única argumentación del recurrente, de que el demandante en su demanda no pidió intereses moratorios sino salarios caídos, se desvirtúa con la simple transcripción del petitum sobre este extremo de la demanda, que es del siguiente tenor:

"2º Al valor de la indemnización por falta de pago". Esa indemnización conforme a lo previsto por el artículo 1617 del Código Civil que invoca el Tribunal en apoyo de la decisión, norma que el recurrente no señala como violada, se traduce en la obligación de pagar los intereses convencionales o legales, según el caso, a título de indemnización de perjuicios por la mora en pagar la cantidad de dinero debida.

Finalmente, para demostrar el séptimo error de hecho que atribuye a la sentencia del Tribunal, el impugnador analiza las pruebas del proceso, tratando de hallar oposición entre las declaraciones de Rafael y Efraín García (el primero de los cuales fue uno de los compradores del inmueble vendido) con la carta en que se hizo constar el contrato de comisión (folio 61) y con la escritura de compraventa que obra al folio 81. Al efecto, presenta una serie de cálculos y operaciones aritméticas inconducentes y sin fundamento, puesto que, aceptando que todo el inmueble ofrecido inicialmente en venta pudiese tener la superficie aproximada de 420 fanegadas, como se presume de la carta del folio 61, lo cierto es que lo vendido por la demandada Eloísa Jiménez Vda. de Martínez comprende una superficie aproximada de 108 fanegadas, como resulta de su propia confesión hecha al absolver la octava pregunta del pliego de posiciones (folio 56). Si esto es así, no existe la supuesta contradicción entre los testimonios ya citados y el documento del folio 61, ni con lo que reza la escritura de compraventa que obra al folio 81 que, según la propia expresión del recurrente, "de manera clara dice que el precio es la cantidad de $ 300.000.00 moneda corriente".

Tampoco es procedente ni aceptable que en el mismo cargo el recurrente dé validez a la copia de la escritura pública de compraventa que obra al folio 81 para tratar de oponer su contenido a las declaraciones

de los testigos García ya nombrados, y que, a su vez, niegue todo el valor probatorio a ese instrumento público, por carecer de la nota de registro, debido a que el Notario que expidió la copia por orden del juzgado (folio 80) la remitió directamente y no por conducto de la oficina de registro, conforme lo dispone el artículo 636 del C. J. Tal razonamiento que resulta equivocado y contradictorio es lo que seguramente lleva al recurrente a atribuirle simultáneamente al Tribunal la comisión de un doble error de hecho y de derecho, involucrando en el mismo cargo dos conceptos de violación, que obedecen a causas distintas y que, por tanto, exigen una separada demostración y comprobación.

Además, debe tenerse en cuenta que en la casación del trabajo habrá lugar a error de derecho, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio. Por tanto, la argumentación del recurrente, (presentado el cargo sin las irregularidades ya anotadas) podría tener validez si en el caso de autos lo que se tratara de demostrar fuese la existencia del contrato de compraventa a que alude la escritura pública que obra al folio 81 del expediente. Empero, no es esa la situación, pues lo que se discute es el derecho al pago de la comisión que pide el demandante por razón de los servicios de intermediario, que permitieron a la demandada Eloísa Jiménez Vda. de Martínez vender un predio de su propiedad, hecho este que ya en casación no se controvierte. Así las cosas, resulta que para establecer el monto de la operación objeto del corretaje, para los fines de liquidar el valor de la comisión pactada, no se requiere de una prueba especial, ad sustanciam actus, sino que tal hecho es susceptible de comprobación por cualquiera de los medios que la ley establece como pruebas. El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 6 de febrero de 1961

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRIMAS DE SERVICIO. — NO SE PIERDEN A CAUSA DEL ROMPIMIENTO ILEGAL DEL CONTRATO POR EL TRABAJADOR SINO EN CASO DE DESPIDO POR "JUSTA CAUSA".

Las justas causas para la terminación unilateral del contrato de trabajo son las taxativamente señaladas por los artículos 62 y 63 del CST. — Eventos legales de extinción del contrato. — Despido con justa causa y retiro con justa causa; despido ilegal y retiro ilegal. — Toda ruptura ilegal del vínculo implica incumplimiento de lo pactado y por tanto obliga a la reparación del daño irrogado, independiente de si hubo o no "justa causa".

1. Si, para el sentenciador, en el caso sub-lite se cumplieron ambos requisitos de la disposición que crea el derecho a las primas de servicio, al ordenar el pago de éstas no pudo infringir directamente tal disposición, que equivaldría a rebelarse contra ella, sino, al contrario, cumplirla a la letra. Por lo mismo, no es pertinente analizar, con base en un gravamen formulado por violación directa de la norma, el concepto expresado en los párrafos finales de la acusación que se funda en la equivalencia del despido "por justa causa" de que habla el artículo 306 con el retiro injustificado por parte del trabajador; pues como la pretendida equivalencia dista mucho de ser evidente, su aceptación o rechazo depende de una confrontación de argumentos que repugna a las peculiaridades del motivo indicado.

2. A diferencia de lo que el opositor entiende, la tesis de la acusación es la de que la ruptura unilateral del contrato sin justa causa, por parte del empleado, surte los mismos efectos que el despido con justa causa por parte del empleador, a la manera como el retiro del trabajador con justa causa, equivale a su despido injustificado por el empresario; de donde si el despido justificado conlleva la pérdida de la correspondiente prima de servicios, el abandono del cargo sin justa causa tiene la misma consecuencia.

Aunque indudablemente ingeniosa, tal tesis no es exacta. Como lo tiene recibido la jurisprudencia de la Corte, las justas causas para la terminación unilateral del contrato de trabajo son las señaladas de modo taxativo en los artículos 62 y 63 del CST, disposiciones que, en guarda de la equidad, permiten esa ruptura tanto al empleador como al empleado cuandoquiera que la contraparte incurra en alguno de los actos, omisiones o circunstancias indicadas. Pero no pueden confundirse las causas de la extinción del vínculo jurídico-laboral con el efecto, que es la extinción misma. A tal extremo son distintos, que puede existir una justa causa sin que el contrato termine (porque la víctima del agravio lo tolere y perdone, por ejemplo). Más aún: puede existir la justa causa de despido o retiro; consumarse la ruptura; demostrarse en juicio la causa, y no obstante, ser declarado ilegal el despido o retiro por haberse omitido su motivación oportuna, conforme al artículo 66 del Código de la materia. De otro lado, la extinción del contrato bien puede ser legal, sin que tenga una justa causa o sin que, habiéndola, haya sido invocada en oportunidad: en cualquiera de los eventos contemplados en los literales a), b), c), d), e), y

f), del artículo 61 del Código; o cuando se haga uso adecuado de la cláusula de reserva (artículo 49 ibídem); o en algunos casos en que termina por sentencia de autoridad competente (artículo 61, literal h). De allí que sea impropio hablar de equivalencia entre el despido con justa causa, por parte del empleador, y el retiro sin justa causa, por parte del empleado, como lo hace el recurrente; porque lo primero puede ser ilegal aunque haya justa causa y lo segundo legal aunque no la haya, según se acaba de exponer. Lo adecuado es equiparar el despido con justa causa y el retiro con justa causa pues así lo hacen los artículos 62 y 63 del Código al otorgar la facultad resiliatoria en idénticos términos para ambos contratantes. O, también, equiparar el despido ilegal y el retiro ilegal, con prescindencia de la noción de justa causa, por estar sometidos a un mismo tratamiento en los artículos 64 y 66 del citado estatuto.

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas de aquellos fenómenos, tampoco es lícito confundir las indemnizatorias con las punitivas.

El aludido artículo 64 consagra la acción resolutoria por incumplimiento de lo pactado, tanto en favor del empleador como del empleado, confiriendo a la víctima del incumplimiento el derecho a la indemnización de los perjuicios. Toda ruptura ilegal del vínculo implica, desde luego, un incumplimiento de lo pactado y por tanto obliga a la reparación del daño irrogado, independientemente de si hubo o no "justa causa".

En cambio, el Código Laboral contiene otras disposiciones cuyo carácter penal no permite desestimar las causas del acto u omisión y rechaza la aplicación extensiva o analógica. Así, la pérdida de la cesantía no se produce en todo caso de ruptura ilegal del contrato imputable al trabajador, sino exclusivamente cuando la causa de la ruptura es alguna de las que indica el artículo 250. Otro tanto ocurre con la suspensión y destinación de las pensiones jubilatorias, por los motivos especificados en el artículo 274. Y el artículo 306, en cuanto condiciona la pérdida de la prima de servicios al despido "por justa causa", es de la misma estirpe. Se trata de verdaderas sanciones económicas contra el trabajador que incurre en alguna de las graves faltas que esas normas singularizan y no de la simple obligación de indemnizar perjuicios que emerge de cualquier ruptura ilegal del contrato.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., enero veintisiete de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

La sociedad **Mesón de Indias de Bogotá Limitada,** demandó al señor **Guillermo Crespo Cervera,** afirmando que éste, contratado como jefe de cocina por dos años, antes de cumplir el primer año abandonó intempestivamente el cargo y causó con ello serios perjuicios a la empresa, que debe indemnizarle. Se opuso Crespo Cervera, y aunque admitió haberle puesto fin al aludido contrato, alegó haber procedido así "con causa en el hecho reiterado del incumplimiento del (mismo) por parte de la sociedad patronal" y preavisándola de su decisión con casi dos meses de anteiación. Además, formuló demanda de reconvención contra la empresa para que se declarara el incumplimiento contractual de ésta y se la condenara a pagar salarios insolutos, primas de servicio, cesantía, indemnización del lucro cesante e indemnización moratoria.

Trabada así la litis y adelantada sin nulidades, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el 5º del Trabajo de Bogotá, halló probada la ruptura unilateral e intempestiva del contrato por el trabajador y no los motivos que invocó para justificarla, pero como la empresa no demostró los perjuicios sufridos, absolvió a Crespo Cervera de la indemnización reclamada. En cuanto a la reconvención, condenó a la sociedad a pagarle al actor $ 732.67 por primas de servicios, $ 732.67 por cesantía y $ 400.00 por salarios de la última quincena, absolviéndola de las demás pretensiones.

Por apelación de ambas partes, subió el negocio a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, corporación que confirmó el fallo del **a-quo** en sentencia que la sociedad mencionada ha acusado en casación.

El impugnante censura la aplicación del artículo 306 del CST, en busca de que se infirme la condena relacionada con las primas de servicio, y al efecto formula dos cargos, ambos por vía directa.

El primero está concebido y sustentado así:

"...La sentencia infringe directamente el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, según paso a demostrarlo:

"El fallo que pretendo impugnar, al confirmar en su totalidad el del **a-quo**, declara que Guillermo Crespo Cervera incumplió el contrato de trabajo celebrado con la Sociedad Mesón de Indias de Bogotá Ltda. (Punto 1º de la demanda principal), y que la misma sociedad no incumplió el contrato de trabajo que tenía celebrado con el señor Guillermo Crespo Cervera (punto 1º de la demanda de reconvención).

"La terminación del contrato, según se expresa en la sentencia, (Fl. 136) provino, pues, del trabajador, quien asumió la determinación de finalizar el vínculo laboral sin que tal conducta estuviera amparada en ninguna de las causales que para el efecto prevén las normas del trabajo. Lo que no es obstáculo para que, aún en el mismo folio, el **ad-quem** condena a la sociedad patronal a pagar al trabajador las primas de servicio correspondientes, incurriendo así en grave violación del precepto contenido en el artículo 306 del C. S. del T.

"En efecto, dicho texto dispone que, para que el trabajador sea acreedor a la prestación ahí consagrada, debe reunir entre otras condiciones, la de no haber sido despedido por justa causa. Ello significa que el legislador solo quiso beneficiar con la prima de servicios a los trabajadores respecto de los cuales no hubiera operado una causal justa por parte del patrono para terminar unilateralmente el contrato, por las causas previstas en los ordinales a), b), c), d), e) y f) del artículo 61 del C. S. del T., y por el ejercicio de la cláusula de reserva. Si como lo tiene resuelto el Tribunal en el fallo que impugno, fue el trabajador quien terminó unilateralmente, sin justa causa para ello, el vínculo laboral que lo ataba al patrono, debe necesariamente concluirse que la sentencia del **ad-quem** viola por infracción directa el precepto contenido en el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo al acceder a la condena impetrada en la petición 3ª de la demanda de reconvención".

El opositor redarguye

"...Es evidente que la sentencia no violó por ningún aspecto el artículo 306 del C. S. del T., ya que dicho artículo es sumamente claro en su redacción, al consagrar un derecho a favor de todos los trabajadores de empresas de carácter permanente cualquiera que sea su capital siempre y cuando "...que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no **hubieren sido despedidos por justa causa**".

"Del artículo anterior se concluye que el requisito de no haber sido despedido por justa causa que establece la ley es un requisito de carácter negativo y por lo tanto consagra el derecho en todos los demás casos a saber:

"a) Cuando el trabajador haya sido despedido sin justa causa, o cuando haya sido despedido en uso de la cláusula de reserva.

"b) Cuando el contrato de trabajo termina no por despido sino por renuncia del trabajador.

"Y no es válido razonar que la prima se pierde cuando el trabajador termina el contrato de trabajo injustificadamente, por cuanto la sanción a que puede ser sometido es la condena a indemnizar los perjuicios que con su incumplimiento le haya causado al patrono.

"Las prestaciones son intocables salvo los casos taxativos señalados en el artículo 250 del C. S. del T., para el auxilio de cesantía, del 306 que habla de la prima cuando el despido se ha operado con base en una justa causa, de los artículos 62 y 63, para la pensión de jubilación la cual puede retenerse en el caso del artículo 284 (sic) del C. S. del T. En todos estos eventos hay un acto del trabajador de cierta gravedad que le da derecho al patrono para despedir al trabajador y perder éste su derecho".

Se considera

El artículo 306 del CST, instituye la prima de servicios a cargo de las empresas de carácter permanente y en favor de sus trabajadores "que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no hubieren sido despedidos por justa causa".

La infracción directa de esta norma, que el recurrente atribuye a la sentencia, solo sería concebible si en el fallo acusado se diera por establecido que el demandado Crespo Cervera trabajó menos de tres meses en los respectivos semestres del calendario o que fue despedido por el empleador con justa causa, y a pesar de ello se condenara a la empresa a pagar esas primas. Pero aquel fallo lo que tiene por demostrado es que el trabajador laboró del 17 de julio de 1956 al 31 de mayo de 1957 (o sean más de cinco meses en el segundo semestre de 1956 y cinco meses completos en el primero de 1957), y que, lejos de ser despedido por la empresa, con justa causa o sin ella, fue él quien rompió intempestiva e ilegalmente su contrato de trabajo. Si, para el sentenciador, en el caso sub-lite se cumplieron ambos requisitos de la disposición que crea el derecho a las primas de servicio, al ordenar el pago de éstas no pudo infringir directamente tal disposición, que equivaldría a rebelarse contra ella, sino, al contrario, cumplirla a la letra. Por lo mismo, no es pertinente analizar, con base en un gravamen formulado por violación directa de la norma, el concepto expresado en los párrafos finales de la acusación transcrita, que se funda en la equivalencia del despido "por justa causa" de que habla el artículo 306 con el retiro injustificado por parte del trabajador; pues como la pretendida equivalencia dista mucho de ser evidente, su aceptación o rechazo depende de una confrontación de argumentos que repugna a las peculiaridades del motivo indicado.

El cargo no prospera.

En el **Segundo cargo**, propuesto en subsidio del anterior, se acusa la sentencia por interpretación errónea del mismo artículo 306, con estos argumentos:

"La resolución final del Tribunal se traduce en la declaración de que el trabajador y demandado, señor Guillermo Crespo Cervera, terminó unilateralmente y sin justa causa el vínculo laboral con la sociedad patronal. Pese a esta declaración, la condena al pago de determinada suma por concepto de prima de servicios sin tener en cuenta que el legislador ha condicionado el pago de esta prestación que el trabajador no sea despedido por justa causa.

"No se diga que la norma cuya violación se invoca solo habla de "despido" y que ese vocablo únicamente se aplica cuando es el patrono quien toma la determinación de terminar unilateralmente el vínculo laboral. En realidad, debe reconocerse que el legislador "no fue afortunado" y si es caso de tecnicismo al usar esta expresión que, de aplicarse "ad pedem litterae", se llevaría de calle el principio de equidad que debe informar, ante todo, la interpretación de las normas laborales.

"Y digo que el legislador no fue afortunado al emplear ese término porque la terminación unilateral del vínculo puede ser calificada de injusta, aún provenga la decisión de parte del trabajador. Si el Código (apartes B. de los artículos 62 y 63) prevé los casos en que con justicia puede éste terminar unilateralmente el contrato de trabajo, es obvio que, fuera de ellos, su determinación es injusta. Y en tal circunstancia, sería aberrante que se le reconociera el derecho a la prima de servicios con el pretexto de que no hubo "despido". Con la misma razón podría alegarse que un trabaja-

dor que termina unilaterlamente por causa legal su contrato, no tendría derecho a la indemnización prevista en el literal 2º del artícuo 64 del C. S. de T., ya que, conforme a la letra de su texto, ella solo rige para los casos en que el patrono rompa unilateralmente e ilegalmente el vínculo.

"A este último propósito cabe decir que en los casos de terminación unilateral del contrato por cualquiera de las partes, la calificación que de la ruptura se haga incide igualmente tanto en el derecho del trabajador para la prima como para la indemnización que regula el artículo 64 del Código. Si el patrono obró ilegalmente o el trabajador se ajustó a la ley al tomar tal determinación, a este último han de serle reconocidos necesariamente ambos derechos y no solo uno de ellos. Por el contrario, si el patrono se ha ajustado a la ley o el trabajador terminó el contrato sin justa causa, aquél debe ser exonerado de pagar tanto la prima de servicios como la indemnización, o sea, de ambas obligaciones y no de una de ellas solamente.

"Son las mismas causas que acarrean al trabajador tanto la pérdida de la indemnización por lucro cesante y daño emergente como la prima de servicios. Si el Juzgador encuentra probada la causal para declarar que ha perdido uno de estos derechos, necesariamente debe negarle el otro. De no hacerlo así, desconoce un elemental principio de lógica según el cual las mismas causas producen los mismos efectos".

Replica el opositor: "En cuanto al cargo que presenta subsidiariamente como de interpretación errónea, es perfectamente inoperante, y el error que él cree ver en la interpretación no tiene razón de existir. El recurrente intenta que la palabra despido no se aplique solamente al patrono que termina unilateralmente el vínculo laboral sino también que se aplique al trabajador, es decir, que pueda decirse que el trabajador X despidió a su patrono.

Se considera

A diferencia de lo que el opositor entiende, la tesis de la acusación es la de que la ruptura unilateral del contrato sin justa causa, por parte del empleado, surte los mismos efectos que el despido con justa causa por parte del empleador, a la manera como el retiro del trabajador, con justa causa, equivale a su despido injustificado por el empresario; de donde si el despido justificado conlleva la pérdida de la correspondiente prima de servicios, el abandono del cargo sin justa causa tiene la misma consecuencia.

Aunque indudablemente ingeniosa, tal tesis no es exacta. Como lo tiene recibido la jurisprudencia de la Corte, las justas causas para la terminación unilateral del contrato de trabajo son las señaladas de modo taxativo en los artículos 62 y 63 del CST, disposiciones que, en guarda de la equidad, permiten esa ruptura tanto al empleador como al empleado cuandoquiera que la contraparte incurra en alguno de los actos, omisiones o circunstancias indicadas. Pero no pueden confundirse las causas de la extinción del vínculo jurídico laboral con el efecto, que es la extinción misma. A tal extremo son distintos, que puede existir una justa causa sin que el contrato termine (porque la víctima del agravio lo tolere y perdone, por ejemplo). Más aún: puede existir la justa causa de despido o retiro; consumarse la ruptura; demostrarse en juicio la causa, y no obstante, ser declarado ilegal el despido o retiro por haberse omitido su motivación oportuna, conforme al artículo 66 del Código de la materia. De otro lado, la extinción del contrato bien puede ser legal, sin que tenga una justa causa o sin que, habiéndola, haya sido invocada en oportunidad: en cualquiera de los eventos contemplados en los literales a), b), c), d), e) y f) del artículo 61 del Código; o cuando se haga uso adecuado de la cláusula de reserva (artículo 48 ibídem); o en algunos casos en que termina por sentencia de autoridad competente (artículo 61, literal h.).

De allí que sea impropio hablar de equivalencia entre el despido con justa causa, por parte del empleador, y el retiro sin justa causa, por parte del empleado, como lo hace el recurrente; porque lo primero puede ser ilegal aunque haya justa causa y lo se-

gundo legal aunque no la haya, según se acaba de exponer. Lo adecuado es aquiparar el despido con justa causa y el retiro con justa causa, pues así lo hacen los artículos 62 y 63 del Código al otorgar la facultad resiliatoria en idénticos términos para ambos contratantes. O, también, equiparar el despido ilegal y el retiro ilegal, con prescindencia de la noción de justa causa, por estar sometidos a un mismo tratamiento en los artículos 64 y 66 del citado estatuto.

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas de aquellos fenómenos, tampoco es lícito confundir las indemnizatorias con las punitivas.

El aludido artículo 64 consagra la acción resolutoria por incumplimiento de lo pactado, tanto en favor del empleador como del empleado, confiriendo a la víctima del incumplimiento el derecho a la indemnización de los perjuicios. Toda ruptura ilegal del vínculo implica, desde luego, un incumplimiento de lo pactado y por tanto obliga a la reparación de daño irrogado, independientemente de si hubo o no "justa causa".

En cambio, el Código Laboral contiene otras disposiciones cuyo carácter penal no permite desestimar las causas del acto u omisión y rechaza la aplicación extensiva o analógica. Así, la pérdida de la cesantía no se produce en todo caso de ruptura ilegal del contrato imputable al trabajador, sino exclusivamente cuando la causa de la ruptura es alguna de las que indica el artículo 250. Otro tanto ocurre con la suspensión y destinación de las pensiones jubilatorias, por los motivos especificados en el artículo 274. Y el artículo 306, en cuanto condiciona la pérdida de la prima de servicios al despido "por justa causa", es de la misma estirpe. Se trata de verdaderas sanciones económicas contra el trabajador que incurre en alguna de las graves faltas que esas normas singularizan, y no de la simple obligación de indemnizar perjuicios que emerge de cualquier ruptura ilegal del contrato.

No de otro modo entendió el sentenciador el comentado artículo 306, y lo entendió bien. Se desecha, pues, el cargo.

A mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CANCELACION DE BECAS ADJUDICADAS COMO PRESTACION PATRONAL

La interpretación de la adecuada aplicación del artículo 286 del CST, requiere que se tome en cuenta el Decreto Nº 2553 de 1951 que lo reglamenta. — Las Juntas de becas constituyen organismos oficiales, cuya integración y facultades emanan de la ley, no de la voluntad de los particulares y no son delegatarias de éstos sino del Estado.

1. Las Juntas de becas son verdaderos organismos oficiales, cuya integración y facultades emanan de la ley, no de la voluntad de los particulares; no puede reputárseles, por tanto, delegatarias de las respectivas empresas sino del Estado, que es quien, por su intermediación, individualiza los becarios o los sanciona en su caso con la pérdida de la prestación. Los actos de las Juntas están, pues, sometidos, como todos los demás actos oficiales, al control gubernativo y al jurisdiccional de lo contencioso-administrativo; pero mientras no sean invalidados, obligan a los particulares.

De donde es injurídico responsabilizar a las empresas, cuando se limitan a acatar las resoluciones de esas Juntas, por los errores en que éstas hayan podido incurrir en el otorgamiento o la cancelación de las becas correspondientes, a menos que tales empresas omitan acreditar, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en la ley, tanto la regularidad de las Juntas como su intervención decisoria, si son controvertidas en el proceso.

2. No es del caso analizar el problema de competencia que el impugnante plantea en su primer cargo (infracción directa del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo), porque para su viabilidad por el concepto invocado sería menester que la propia sentencia diera por establecido el carácter oficial de la decisión cuya ilegalidad alega el actor y se pronunciara en algún sentido en la parte resolutiva sobre ese tema, lo cual no ha ocurrido. Por el contrario, el fallo atribuye a la Junta de becas el papel de simple delegataria de la empresa en relación con una prestación típicamente laboral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., enero treinta de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

La sociedad **Frontino Gold Mines Limited** demanda en casación la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín, confirmando la decisión del Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, la condena a pagarle al trabajador **Julio César Londoño Londoño** el valor de una beca para especialización técnica, a razón de $ 150.00 mensuales, durante el año lectivo de 1956 y los subsiguientes "hasta la terminación de sus estudios, mientras el estudiante... no incurra en causal de suspensión", como culminación del juicio ordinario laboral que Londoño instauró contra aquella sociedad. La recurrente persigue el total quebrantamiento del fallo que impugna y que, por consecuencia, se la absuelva de todo gravamen.

En el libelo inicial del juicio afirmó el actor que venía disfrutando de una de las becas que la Frontino está obligada a conceder en razón de lo dispuesto por el artícu-

lo 286 del CST, la que le fue cancelada en 1956 por la Junta adjudicadora de becas "bajo infundado pretexto de que había incurrido en las causales legales de pérdida de tal prestación", y pidió se decretara su pago por la compañía, previa invalidación del acto de la Junta. La empresa se opuso, pues aunque admitió el otorgamiento y la cancelación de la beca, dijo que ésta fue suprimida por la Junta, "no bajo infundado pretexto sino por motivos estrictamente legales", comoquiera que "el beneficiario de dicha beca, señor Londoño, fue reprobado en dos materias"; propuso, entre otras excepciones perentorias, la de ilegitimidad de la ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandada, con base en que ésta no fue la que creó "la situación originaria de las pretensiones del demandante, sino una junta autónoma constituida de conformidad con el artículo 21 del Decreto 2553 de 1951", a la cual debió demandarse para que "responda de sus actos y asuma las responsabilidades consiguientes ante la ley si es que por uno u otro motivo la ha violado".

Dos son los fundamentos del sentenciador para confirmar el fallo condenatorio de primer grado y desestimar las aludidas excepciones:

El primero, que no se probó el acto cancelatorio de la beca. "Obsérvese —dice— que no ha sido arrimada al proceso la copia del acta en que fue suprimida la beca por la junta adjudicadora... No existe, pues, constancia viable (sic) del acto por medio del cual se suprimió la beca de Londoño L. Como sí está probado que la compañía dejó de pagar la beca a partir del año de 1956, estamos realmente ante una supresión de hecho, y no de derecho, que relevaría al Tribunal de considerar siquiera la supuesta causal de suspensión".

El segundo, que de admitirse "que la junta sí suprimió, por acto suyo, la beca de Londoño y que la causal fue haber perdido el adjudicatario dos materias en el primer año", los certificados universitarios demuestran que no perdió sino Física. Y que siendo la compañía el sujeto pasivo de la obligación y no la junta, apenas delegataria suya y ni siquiera con personería jurídica, es aquélla la que debe "resarcir ese daño y responder por el derecho injustamente negado".

La sociedad recurrente endereza su impugnación (tres cargos, todos por vía directa, con apoyo en la causal primera de casación laboral) contra este último fundamento, pero omite atacar el otro que, por cuanto se hace consistir en la ausencia de una prueba considerada, con razón o sin ella, como decisiva, requeriría para su quebranto la adecuada acusación por vía indirecta.

Se explica tal omisión, porque el hecho de que fue la junta, constituida de conformidad con el Decreto reglamentario del artículo 286 del CST., la que canceló la beca de Londoño, aparece expresamente aceptado por ambos litigantes y nunca discutido en el proceso, hasta el punto de que el actor lo afirma en su libelo (hecho 2º) y pide que se declare la ilegalidad de ese acto, mientras la empresa, en su contestación, además de admitirlo basa en él su defensa.

Sin embargo, comoquiera que el sentenciador no da por demostrado el hecho, a causa de no hallar en los autos su "constancia viable", el error (de hecho o de derecho) en que pudo haber incurrido debió ser objeto del correspondiente reparo. Pues no siendo el recurso de casación una tercera instancia que le permita a la Corte examinar con libertad el expediente, tiene que limitarse a confrontar los argumentos (todos los argumentos) del fallo con las respectivas objeciones, formuladas con sujeción a la técnica peculiar de dicho recurso. Y basta con que la impugnación deje intacto uno cualquiera de los soportes lógicos de la sentencia, como en el presente caso, para que no se produzca la quiebra de la decisión.

No se casará, pues, el fallo acusado. Pero conviene examinar algunos de los importantes planteamientos del acusador para rectificar graves errores de juicio que él destaca, a efectos de la indispensable unificación jurisprudencial.

Dejando de lado su primer cargo (infracción directa del artículo 286 del CST, que impone a determinadas empresas la obligación de pagar las becas de especialización técnica), ya que la rebeldía contra la norma, característica de esta modalidad de violación legal, no puede predicarse de un proveído que precisamente ordena pagar la beca que esa norma prescribe, reza el segundo:

"Violación, por interpretación errónea, de los artículos 286 y 288 del Código Sustantivo del Trabajo y 21 y 22 del Decreto 2553 de 1951.

"**Sustentación.** Para sustentar este cargo comienzo por transcribir los siguientes apartes del fallo recurrido.

'De lo dicho se deriva, igualmente, el que la junta adjudicataria (sic) obra, en verdad, como delegataria de la compañía. Los actos de aquélla no obligan a ésta. Basta pensar en lo que ocurriría si se condenara a la junta. No es ésta una persona jurídica sujeto de derechos y de obligaciones, ni tiene un patrimonio para responder por aquella supuesta carga. Su misión está claramente delimitada en el Decreto: verifica un trámite para la operancia del derecho. Pero no carga con la obligación dimanada de ese derecho'.

'De esto surge que, teniendo la compañía un representante en la junta, debe cerciorarse de que los actos de ésta se acomoden a derecho, pues de lo contrario tiene que cargar con las consecuencias de la arbitrariedad (!!!). En este caso la junta atropelló el derecho de Londoño Londoño. Al hacerlo obraba a nombre de la compañía, luego ésta tiene que resarcir ese daño y responder por el derecho injustamente negado'. (Fl. 64, c. ppal.).

"Como se ve más errado no pudo ser el concepto del Juzgador de Segunda Instancia, pues apenas se nivela con el de la primera.

"Confunde, en primer lugar, la parte con el todo, al considerar como una sola cosa a la empresa, que apenas es un voto en la junta, con ésta que está formada por un representante del Ministerio de Educación, uno del Ministerio del Trabajo, uno de los trabajadores sindicalizados, uno de los no sindicalizados y el de la empresa, según lo estatuye el artículo 21 del Decreto 2553 citado. Es como confundir a un socio con una sociedad, o a la fracción con la unidad. Basta de comentarios. Le da a la junta la calidad de Delegataria de la Empresa, cuando del Decreto, comparado con el artículo 288 del C. S. del T., se deduce que la junta es delegataria de la ley y si acaso del Gobierno en la vigilancia de obligaciones establecidas a cargo de determinadas empresas. Es como considerar a la Junta Directiva de una sociedad como delegataria del socio o accionista que tiene acceso a ella. Cree que la facultad que el artículo 22 del Decreto les da a las empresas para otorgar y cancelar becas, puede ser desconocida o aceptada potestativamente por una de las personas que en ella tiene vocero, como si no se tratara de un mandato de orden público de imperativo e ineludible cumplimiento y como si las decisiones de cualquiera entidad deliberante pudieran ser tomadas por uno solo de los concurrentes a ella. Considera que las obligaciones y derechos establecidos en el artículo 286 del Código Sustantivo del Trabajo deben ser estudiadas abstracción hecha de las normas que lo reglamentan, como si uno y otras no formaran una entidad teóricamente indivisible. Finalmente, entiende el **ad-quem** que el artículo 288 del Código citado que dispuso que la vigilancia del cumplimiento del capítulo respectivo correspondía al Gobierno, hubiese excluido al artículo 286 incluido en el mismo capítulo, apartándose así del principio elemental de hermenéutica de que donde la ley no distingue no le es dado hacerlo al intérprete".

La Sala encuentra acertada la crítica del impugnador, aunque no alcance con ella a producir el quebranto de la sentencia por resultar incompleta, como ya se anotó.

Por cuanto las disposiciones reglamentarias de una norma legal se entienden in-

corporadas en ésta, la interpretación y la adecuada aplicación del Art. 286 del CST, requieren que se tome en cuenta el decreto Nº 2553 de 1951 que lo reglamenta. Dice tal decreto, en lo pertinente:

"Para los efectos de la adjudicación de las becas, créase, en cada Municipio donde hubiere empresas de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) o superior, una junta integrada por un representante del Ministerio del Trabajo, uno del Ministerio de Educación, uno del patrono, uno de los trabajadores sindicalizados (designado por la Junta Directiva), y otro de los trabajadores no sindicalizados (designado directamente por éstos).

"Para la adjudicación de las becas se abrirá un concurso entre los aspirantes, que será sostenido por éstos, según cuestionario que sobre conocimientos primarios elabore el Ministerio de Educación, la respectiva Dirección de Educación Pública o el Inspector Local de Educación". (Art. 21).

"Las Juntas que se constituyen por el artículo anterior tendrán las siguientes funciones:

"a) Examinar y calificar a los aspirantes o candidatos a las becas y hacer la correspondiente adjudicación;

"b) Señalar el establecimiento donde los respectivos beneficiarios deben cursar sus estudios y establecer el valor de la beca, que incluye instrucción, alojamiento, alimentación mensual en el año del calendario y transporte de ida y regreso por una sola vez; y

"c) Declarar las vacantes en caso de pérdida de las becas y por las causales previstas en este decreto, y proveerlas en el menor término posible, en la forma determinada en el presente artículo". (Art. 22).

De los textos transcritos se desprende que las juntas de becas son verdaderos organismos oficiales, cuya integración y facultades emanan de la ley, no de la voluntad de los particulares; no puede reputárselas, por tanto, delegatarias de las respectivas empresas sino del Estado, que es quien, por su intermediación, individualiza los becarios o los sanciona en su caso con la pérdida de la prestación. Los actos de las juntas están, pues, sometidos, como todos los demás actos oficiales, al control gubernativo y al jurisdiccional de lo contencioso-administrativo; pero mientras no sean invalidados, obliga a los particulares.

De donde es injurídico responsabilizar a las empresas, cuando se limiten a acatar las resoluciones de esas juntas, por los errores en que éstas hayan podido incurrir en el otorgamiento o la cancelación de las becas correspondientes, a menos que tales empresas omitan acreditar, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en la ley, tanto la regularidad de las juntas como su intervención decisoria, si son controvertidas en el proceso.

Respecto del tercer cargo que la acusación contiene (aplicación indebida del artículo 286 del CST y de su reglamento ejecutivo, independientemente de toda cuestión de hecho), cabrían solamente comentarios análogos a los que acaban de expresarse.

No es del caso analizar el problema de competencia que el impugnante plantea en su primer cargo (infracción directa del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo), porque para su viabilidad por el concepto invocado sería menester que la propia sentencia diera por establecido el carácter oficial de la decisión cuya ilegalidad alega el actor y se pronunciara en algún sentido en la parte resolutiva sobre ese tema, lo cual no ha ocurrido. Por el contrario, el fallo atribuye a la junta de becas el papel de simple delegataria de la empresa en relación con una prestación típicamente laboral, como ya se tiene dicho.

Se advierte, finalmente, que no hubo escrito de oposición, sino el anuncio de que los argumentos para fundarla se expondrían en una audiencia pública a la que no concurrió el opositor que la pidió.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Sin costas, porque la impugnación ha permitido rectificar algunos errores de juicio en que incurrió el fallador.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BIBLIOTECA

ACCIDENTE DE TRABAJO. — INDEMNIZACION POR PERJUICIOS MATERIALES.

Culpa y responsabilidad del Estado Colombiano que genera esta indemnización. Análisis de la prueba testimonial. — Interrogatorios a los testigos. — Circunstancias de tiempo, lugar y modo que singularizan los hechos. — Estudio de las causas en accidentes de tránsito. — Manifiesto error de hecho en que incurrió el Tribunal. — Violación de normas sustantivas laborales y civiles. — Vínculo de naturaleza contractual del trabajador de Obras Públicas Nacionales con el Estado Colombiano. — Competencia de la Jurisdicción del Trabajo para conocer de la acción de indemnización de conformidad con el artículo 21 de la Ley 64 de 1946. — Valor de los perjuicios. — Para su fijación, la Sala acoge el sistema adoptado en fallo del 11 de marzo de 1958. — Fundamentos de la deducción.

1. Ciertamente es que el Art. 687 del C. J. dispone que las preguntas se formulen de modo conciso respecto de cada hecho, sin detalles minuciosos, para que sea el testigo quien exponga todo cuanto sabe sobre el punto de que se trata. Pero esto no quiere decir que, como lo ha dicho la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, no se ubiquen los hechos "en el tiempo, expresando la época de su concurrencia; en el espacio, determinando el sitio del acaecimiento, y describiendo, además, el modo como ocurrieron o tuvieron cumplimiento esos hechos. Esto, porque naturalmente no debe perderse de vista que las circunstancias de tiempo, modo y lugar que singularizan los hechos, inciden de distinta manera y tienen una mayor o menor importancia en la investigación de la fuente y pureza del conocimiento, según la naturaleza de los hechos afirmados" (Sentencia de 10 de abril de 1953).

2. Precisamente en casos de accidentes de circulación las causas se determinan después de sucedido el hecho, pues es entonces cuando se aprecian, entre las varias posibles, las que originaron el imprevisto. Si se acepta la tesis del Tribunal, sería imposible concluir qué causas originaron los accidentes, pues éstos, por su naturaleza, se producen súbitamente, sin que muchas veces haya oportunidad de captar en el mismo momento en que se presentan las causas inmediatas o mediatas que los produjeron. De ahí que el examen posterior del vehículo, cuando se trata de accidentes de circulación, se haga indispensable para determinar las verdaderas causas y fijar la responsabilidad.

3. El Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al no dar por demostrado que el vehículo en el cual viajaba el demandante estaba en mal estado con la plataforma o platón indebidamente asegurado y conducido a imprudente velocidad cuando transportaba a varias personas. Al no dar por establecido estos hechos, el Tribunal violó indirectamente, por no aplicarlas, el Art. 26 del Decreto 2127 de 1945, ordinal 2º que obliga al patrono, a suministrar al trabajador elementos adecuados de protección contra los accidentes, de modo que el trabajo se realice en condiciones que garanticen la seguridad y la salud de ellos; el Art. 1604 del Código Civil, que responsabiliza al deudor de la culpa leve en los contratos

que benefician recíprocamente a las partes; y el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, ordinales a) y b), que establece la obligación del patrono de indemnizar los accidentes de trabajo, indemnización que es plena cuando el accidente se debe a culpa comprobada del patrono.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., cuatro de febrero de mil novecientos sesenta y cinco.

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco, Auxiliar de Casación Laboral).

Carlos Julio Urrego, mayor y vecino de Bogotá, por medio de apoderado, promovió demanda ordinaria laboral contra el Estado Colombiano, representado por el respectivo agente del Ministerio Público, para que con notificación al Ministro de Obras Públicas, se hagan los siguientes pronunciamientos:

"Primero. Que el Estado Colombiano es responsable por culpa contractual del accidente de trabajo de que fue víctima el señor **Carlos Julio Urrego** el día doce (12) de julio de mil novecientos cincuenta (1950) estando al servicio de la Nación, en las dependencias del Ministerio de Obras Públicas, en la sección segunda **Paipa-Pantano de Vargas**, al volcarse el vehículo oficial que lo trasladaba al lugar de labores, accidente sucedido por causa y con ocasión de trabajo y durante el tiempo del mismo y a consecuencia del cual le fue amputada a la víctima la pierna derecha;

"Segundo. Que el Estado Colombiano, como consecuencia de la declaración anterior, tiene la obligación de pagar a **Carlos Julio Urrego** la totalidad de los perjuicios materiales y morales que le han sido causados por el aludido accidente de trabajo con imputación presupuestaria al Ministro de Obras Públicas;

"Tercero. Que como secuela de las declaraciones anteriores el Estado Colombiano debe pagar al señor **Carlos Julio Urrego** como suma indemnizatoria de los perjuicios materiales la cantidad de **ochenta mil pesos** ($ 80.000.00) o lo que resulte de la aplicación estricta de las tablas de Egidio Garuffa en función del porcentaje de disminución de la capacidad laboral, o lo que se indique por peritos en el curso del juicio o lo que se encuentre por el procedimiento señalado en el Art. 553 del C. P. C., más la suma de **dos mil pesos** ($ 2.000.00) como perjuicios morales o su equivalente en pesos colombianos de la actualidad en relación con el contenido de oro y la capacidad adquisitiva del peso entre 1936 y el día en que se pronuncie el fallo.

"De la suma indemnizatoria de los perjuicios materiales deberá descontarse lo que el señor **Carlos Julio Urrego** ha recibido por indemnización directa del accidente de trabajo según Resolución número J-8496 de 22 de noviembre de 1950, originaria de la Caja Nacional de Previsión Social".

Los hechos de la demanda, en resumen, son estos: Carlos Julio Urrego prestó sus servicios al Estado Colombiano por varios años como obrero en la construcción de carreteras y conservación de las mismas; el 12 de julio de 1950, estando al servicio de la Nación, sufrió un accidente de Trabajo; las consecuencias del accidente fueron señaladas por el Médico Especialista de Asuntos Médicos-Sociales de la Caja Nacional de Previsión habiendo sido necesario amputarle el miembro inferior derecho; la compensación automática laboral le fue reconocida a Urrego por la Resolución número J-8496 de 22 de noviembre de 1950, dictada por la Caja Nacional de Previsión, auxilio que montó a la suma de $ 2.880.00; el demandante solicitó la indemnización civil total al Ministerio de Obras Públicas el día 13 de febrero de 1953, y habiendo transcurrido más de treinta días, se entiende agotada la vía gubernativa; el accidente de trabajo se debió a culpa del Estado, comoquiera que el examen de las causas del suceso demostró que éste tuvo lugar con motivo del mal estado del vehículo, especialmente a que el platón de la volqueta no estaba asegurado con el número de tornillos requeridos para garantizar su estabilidad, pues unos estaban sueltos y otros funcionaban

en grandes orificios en que pasaban aún con la tuerca; la volqueta fue recargada con excesivo número de trabajadores y el chofer llevaba imprudente velocidad, la cual no disminuyó al coger una curva; el demandante nació el 3 de noviembre de 1923 y hasta el día del accidente gozó de plena integridad física y perfecta salud; el demandante es casado, tiene dos hijos impúberes, y carece de bienes de fortuna.

De la demanda se corrió traslado al Personero Municipal de Bogotá y al Ministro de Obras Públicas. El primero manifestó que no contestaba la demanda, por considerar que no era él, sino el Procurador General de la Nación, quien tenía la representación de ésta. El Ministro de Obras Públicas guardó silencio.

El Juzgado Segundo del Trabajo de Bogotá conoció del juicio y lo decidió en providencia cuya parte resolutiva dijo:

"Primero. Condénase al Estado Colombiano a pagar una vez ejecutoriada esta sentencia, a Carlos Julio Urrego como indemnización por perjuicios materiales la suma de sesenta y cuatro mil ochocientos pesos ($ 64.800.00).

"Segundo. De esta suma debe descontarse, como ordena el artículo 216 del C. S. del Trabajo la cantidad de dos mil ochocientos ochenta pesos ($ 2.880.00), recibidos por el actor Carlos Julio Urrego de la Caja Nacional de Previsión.

"Tercero. Sin costas".

Esta sentencia fue apelada por el delegado del Personero Distrital de Bogotá. El Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Laboral, revocó en todas sus partes la sentencia apelada y en su lugar absolvió al Estado Colombiano de todos y cada uno de los cargos formulados por el demandante y lo condenó en las costas de primera instancia.

Interpuesto oportunamente el recurso de casación por el apoderado del demandante, le fue concedido. Llegados los autos a esta superioridad se admitió el recurso. Formulada la demanda de casación, el Procurador Primero Delegado en lo Civil presentó escrito de oposición. Cumplido el trámite legal, la Corte decidirá el recurso.

Alcance de la impugnación.

Persigue la revocatoria del fallo de segunda instancia para en cambio aceptar la culpa y responsabilidad del Estado que generan la indemnización solicitada, la cual debe decretarse en una de las siguientes formas: a) Acogiendo el dictamen pericial rendido en la primera instancia por el doctor Eustorgio Sarria, visibles a los Fls. 100 a 105 del expediente; o b) Buscando la Corte directamente el monto de la indemnización bien sea por aplicación de las tablas de Garuffa de preferencia o de Mazzochi en segundo lugar.

Para sustentar la acusación propuso siete cargos. La Sala estudiará únicamente el cargo sexto, por considerar que prospera.

Sexto cargo

Error de hecho por apreciación errónea de determinadas pruebas. Estas pruebas mal apreciadas son los testimonios de Olegario Vásquez, Antonio Vásquez y Elías Camargo (Fls. 222 a 224), y el de José del Carmen Torres (Fl. 227 interrogatorio y ratificación en audiencia a folio 234 vto.).

El error evidente lo hace consistir en que el Tribunal consideró que dichos testimonios no demuestran que el vehículo en que se produjo el accidente se encontraba en mal estado, con el "platón" indebidamente asegurado, ni que hubiese sido recargado con excesivo número de trabajadores, ni que el chofer llevara imprudente velocidad.

Por haber incurrido en este error de hecho, el Tribunal violó indirectamente las siguientes normas: Ley 6ª de 1945, Art. 12, Art. 26, ordinal 2º del Decreto 2127 de 1945; Código Civil, Arts. 1602 a 1617.

De no haberse incurrido en el error de hecho, se hubiera dado por probada la cul-

pa del patrón y la parte resolutiva del fallo habría decretado los pedimentos de la demanda.

Al oponerse a este cargo, dijo el Procurador Delegado en lo Civil: "Ya se dijo anteriormente, pero es bueno insistir en la observación elemental de que en el procedimiento laboral impera el principio de la libre apreciación, mediante el cual el juez dispone de amplísimas facultades legales para analizar y estimar libremente el valor probatorio de los elementos allegados a los autos y formar su convicción para dictar el fallo correspondiente. Tal vez sería algo exagerado sostener —como lo hace algún autor de renombre— que 'dentro de ese método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos', pero sí se puede decir —con la jurisprudencia nacional— que 'la verdad jurídica depende la conciencia del juez, desde el momento en que no se haya sometido a ninguna regla legal para la estimación de las pruebas".

La Sala considera

El Tribunal, al analizar las pruebas que según el recurrente fueron mal apreciadas, dijo lo siguiente:

'En efecto, las declaraciones debidamente ratificadas que obran a los Fls. 222 y siguientes de los autos, aparte del reparo general que merecen en su valor probatorio por ser testimonios de cartabón, rendidos con base en interrogatorios que de antemano encierran las respuestas, en modo alguno demuestran que el vehículo en que se produjo el accidente se encontraba en mal estado, con el "platón" indebidamente asegurado, ni que hubiese sido recargado con excesivo número de trabajadores, ni que el chofer llevara imprudente velocidad".

Como puede observarse, el Tribunal hace un reparo a la forma como fue redactado el interrogatorio y rendidas las respuestas, pero no desecha los testimonios, por cuanto a continuación afirma que ellos no demuestran la existencia de determinados hechos. Sin embargo, la Sala estudiará en primer lugar si son sospechosos los testimonios por la forma como fueron producidos.

El interrogatorio al señor José del Carmen Torres fue formulado en la siguiente forma:

"1º Lo de ley:

"2º Si tienen conocimiento y por qué razones, que el día 12 de julio de 1950, a eso de las siete de la mañana, el peticionario Carlos J. Urrego, sufrió un accidente de trabajo, al safarse (sic) el platón de la volqueta del Ministerio de Obras Públicas que trasladaba al personal al lugar de labores cerca al campamento del Pantano de Vargas;

"3º Digan los declarantes si tenían o no conocimiento de que la volqueta estaba en mal estado y se hallaba en reparación de donde fue sacada sin que se hubiera terminado el trabajo de composición razón por la cual no podía prestar servicio eficaz".

El interrogatorio para los testigos Vásquez y Camargo se formuló así:

"1º Lo de ley;

"2º Si les consta de manera directa por haberlo presenciado que el día 12 de julio de 1950, a eso de las siete de la mañana nos trasladamos como trabajadores de las carreteras oficiales al campamento de Pantano de Vargas, en una de las volquetas del Ministerio de Obras Públicas, cuando al tomar una curva el platón de la volqueta se zafó cayendo todos nosotros a tierra.

"3º Relaten los declarantes quién era el chofer de la volqueta, digan su nombre, si estaba o no en estado de embriaguez en el momento del accidente, si iba a mucha o poca velocidad, etc.

"4º Digan si se trataba o no de una volqueta vieja que por su mal estado debería estar retirada del servicio. Digan si les consta que con mucha frecuencia se le hacía reparaciones a la volqueta y que pocos días

antes del accidente había estado en el taller de donde salió sin que se hubieran terminado los trabajos que tenían que hacerle.

"5º Digan si es cierto o no que en dicho accidente el filo del platón le cogió la pierna al señor Carlos Urrego fracturándosela en tal forma que le tuvo que ser amputada posteriormente.

"6º Digan si Urrego es persona que estando bueno y sano trabajaba de manera continua en faenas fuertes debido a su bien estado de salud y a su magnífica complexión física. Relaten como ahora Urrego es una persona inválida que no puede hacer, por falta de la pierna derecha, sino trabajos sin importancia".

No encuentra la Sala que en los interrogatorios que acaban de transcribirse estén contenidas las respuestas. Cierto es que el Art. 687 del C. J. dispone que las preguntas se formulen de modo conciso respecto de cada hecho, sin detalles minuciosos, para que sea el testigo quien exponga todo cuanto sabe sobre el punto de que se trata. Pero esto no quiere decir que, como lo ha dicho la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, no se ubiquen los hechos "en el tiempo, expresando la época de su ocurrencia; en el espacio, determinando el sitio del acaecimiento, y describiendo, además, el modo como ocurrieron o tuvieron cumplimiento esos hechos. Esto, porque naturalmente no debe perderse de vista que las circunstancias de tiempo, modo y lugar que singularizan los hechos, inciden de distinta manera y tienen una mayor o menor importancia en la investigación de la fuente y pureza del conocimiento, según la naturaleza de los hechos afirmados" (sentencia de 10 de abril de 1953).

Leyendo los interrogatorios se observa que quien interroga se limita a ubicar los hechos en el tiempo y lugar en que se sucedieron, describiendo el modo como ocurrieron, sin detalles minuciosos, por lo cual se ajustan a las disposiciones legales que rigen sobre el particular.

Cuanto a las respuestas, los testigos no se limitan a repetir los hechos como fueron presentados en el interrogatorio, pues al contestar el punto 3º, Olegario Vásquez, Antonio Vásquez y Elías Camargo declaran que la volqueta en que viajaban no fue objeto de reparaciones durante los días en que les prestó servicios, negando así el hecho contenido en la pregunta de que había sufrido varias reparaciones. Esto demuestra, como las otras respuestas, la espontaneidad y sinceridad de estos testigos. Lo mismo puede decirse de las respuestas de José del C. Torres, quien declara sobre una serie de detalles no indicados en el interrogatorio y expone ampliamente los motivos por los cuales tuvo conocimiento de los hechos que se le preguntan. No hay motivo, por lo tanto, para no darle credibilidad a sus dichos.

En relación con lo afirmado por el Tribunal sobre que los testimonios no demuestran la existencia de determinados hechos, la Sala analizará lo que dicen los testigos sobre cada uno de ellos.

Mal estado del vehículo, con el "platón" indebidamente asegurado. Sobre el particular, Olegario Vásquez dijo: "La volqueta estaba en regular estado, en quince días que la vi trabajar no me consta que la hubieran reparado". Antonio Vásquez Pulido se expresa en los mismos términos. Elías Camargo Vásquez declaró: "La volqueta en que viajábamos era traidona (sic). En los quince días que nos sirvió no hubo que hacerle ninguna reparación y la tuvimos arrimando madera de la finca de don Joaquín Serna al puente Rondón también trajimos madera de la comprada al Municipio de Paipa".

Las declaraciones anteriores no demuestran que la volqueta en que viajaba el demandante estuviera en mal estado. En el lenguaje popular cuando se dice que una cosa se encuentra en estado regular, se quiere decir que no está perfecta ni mala, sino en un estado intermedio. Los testigos citados llegan a esta conclusión por la forma en que la volqueta prestaba sus servicios, pero no porque la hubieran examinado, o conocieran de mecánica.

Sin embargo, los mismos testigos declaran que el accidente que causó la lesión a

Urrego, o sea la zafada del "platón", se produjo después de que la volqueta hubo recorrido aproximadamente unos doscientos metros, al coger un curva. Olegario Vásquez Pulido declaró: "Me consta por haberlo presenciado que el día doce (12) de julio de mil novecientos cincuenta (1950), nos venimos (sic) como trabajadores de la Zona de Carreteras de Tunja, del sitio del Pantano de Vargas hacia Paipa, en una volqueta perteneciente al Ministerio de Obras Públicas, como a las siete y cuarto de la mañana, cuando la volqueta había recorrido como unos doscientos metros y al coger una curva el platón se safó (sic) habiendo caído a tierra todos los que veníamos en la volqueta". Antonio Vásquez Pulido dijo: "habiendo hecho un recorrido como de doscientos metros se safó (sic) el platón de la volqueta y todos fuimos a dar a tierra". Elías Camargo Vásquez expuso: "... al llegar a una parte que se llama "El Espejo" dio bote el platón de dicha volqueta y todos los que veníamos caímos a tierra". Declaran los tres, además, que la volqueta pertenecía al Ministerio de Obras Públicas. La forma como, según los testigos citados, sucedió el accidente, hace presumir que la volqueta estaba en mal estado, pues a un vehículo de tal naturaleza no se le zafa la plataforma o platón si está en buenas condiciones.

Esta conclusión la confirma el testigo José del Carmen Torres, quien dijo: "Si tuve conocimiento de tal accidente por las razones que yo viajaba en el mismo día hacia el mismo lugar o sea el día 12 de julio de 1950 y me di perfecta cuenta ya que en mi calidad de perito de la circulación de esta ciudad así lo(sic) hice dando el informe correspondiente constatando que el señor Carlo J. Urrego, sufrió un accidente de trabajo y al safarse (sic) el platón de la volqueta en que iva (sic) y que corresponde este vehículo al Ministerio de Obras Públicas, volqueta que trasladaba al personal al lugar de labores cerca al campamento de Pantano de Vargas". "Como Perito de la Circulación sí me di cuenta que la dicha volqueta se hallaba en mal estado para prestar un servicio eficiente". "En mi condición repito, de perito de la Circulación que fui y al ser revisada tuve conocimiento que a la falta de su mayoría de tornillos para asegurar el platón tan solo hallé uno, los otros estaban safos (sic) y otro se pasaba la tuerca por lo ojetada la base del chasís y por estas deficiencias se produjo el accidente en el cual perdió la pierna derecha el señor Carlos J. Urrego".

Este testigo no se limita a decir que la volqueta se encontraba en mal estado, sino que describe los daños que tenía y que a su juicio fueron la causa de la zafada del platón. Sin embargo, el Tribunal, al analizar esta declaración, dijo lo siguiente: "Tampoco demuestra tales circunstancias de hecho la declaración rendida por el señor José del C. Torres, que aparece a folios 227 y 228, posteriormente ratificada en audiencia pública, de quien vale anotar de paso, no se estableció la condición de perito de la circulación que afirma tener, ya que sus afirmaciones se fundamentan en el examen que dice haber practicado al vehículo con posterioridad a la ocurrencia del accidente".

A juicio de la Sala no es motivo suficiente para no darle credibilidad al testimonio de Torres, el que sus conclusiones las hubiera sacado al examinar la volqueta después del accidente. Precisamente en estos casos, las causas se determinan después de sucedido el hecho, pues es entonces cuando se aprecian, entre las varias posibles, las que originaron el imprevisto. Si se acepta la tesis del Tribunal, sería imposible concluir qué causas originan los accidentes, pues éstos, por su naturaleza, se producen súbitamente, sin que muchas veces haya oportunidad de captar en el mismo momento en que se presentan las causas inmediatas o mediatas que los produjeron. De ahí que el examen posterior del vehículo, cuando se trata de accidentes de circulación, se haga indispensable para determinar las verdaderas causas y fijar la responsabilidad.

Cuanto a que no se demostró que el testigo Torres hubiera actuado como perito, considera la Sala que no tratándose de la estimación de un dictamen pericial, sino de la de un testimonio, es indiferente que se acredite si en realidad el testigo desempeñó las funciones de perito y como tal tuvo

conocimiento de los hechos. No existiendo prueba en contrario, la declaración debe analizarse en conjunto y aceptarse o rechazarse en la misma forma. A juicio de la Sala no hay motivo alguno para dudar del testimonio de José del C. Torres.

En conclusión, está demostrado que el vehículo en que viajaba Urrego se encontraba en mal estado y que el accidente se produjo por encontrarse mal asegurado el platón.

Excesivo número de trabajadores en el vehículos e imprudente velocidad. Los testigos Olegario y Antonio Vásquez y Elías Camargo declaran que ellos, con el demandante Urrego y otros trabajadores, iban en el vehículo que produjo el accidente. No dicen el número de personas que viajaban en él; pero siendo tres los declarantes, más Urrego, se concluye que por lo menos viajaban cuatro personas en la plataforma o "platón".

Cuando los testigos hablan de que el ve- Vásquez dijo sobre el particular: "No le sé el nombre al chofer, no iba borracho pero sí iba a bastante velocidad en el momento del accidente". Antonio Vásquez declaró: "No sé el nombre de el (sic) chofer, no iba embriagado pero sí iba a bastante velocidad" y Elías Camargo contestó: "Ya dije no sé cómo será o se llamará el chofer, no estaba embriagado en el momento del accidente, pero sí iba a bastante velocidad".

Cuando los testigos hablan de que el vehículo iba a bastante velocidad, quieren decir que la velocidad era superior a la normal. Ahora bien, los vehículos conocidos con el nombre de volquetas están destinadas ordinariamente a transportar materiales de construcción, como arena, piedras, madera, etc., pero su uso no es el de conducir personas, por la inseguridad que presentan para este servicio. Si las conducen, es necesario que circulen a poca velocidad, y si ésta es superior a la normal, representan un peligro para los pasajeros que viajan en la parte de atrás. Así es que la "bastante velocidad" a que iba la volqueta en el momento del accidente era imprudente, por transportar trabajadores en la plataforma o platón, cualquiera que hubiera sido el número de éstos.

De todo lo anterior se concluye que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al no dar por demostrado que el vehículo en el cual viajaba el demandante estaba en mal estado con la plataforma o platón indebidamente asegurado y conducido a imprudente velocidad cuando transportaba a varias personas. Al no dar por establecido estos hechos, el Tribunal violó indirectamente, por no aplicarlas, el Art. 26 del Decreto 2127 de 1945, ordinal 2º que obliga al patrono, a suministrar al trabajador elementos adecuados de protección contra los accidentes, de modo que el trabajo se realice en condiciones que garanticen la seguridad y la salud de ellos; el Art. 1604 del Código Civil, que responsabiliza al deudor de la culpa leve en los contratos que benefician recíprocamente a las partes; y el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, ordinales a) y b), que establece la obligación del patrono de indemnizar los accidentes de trabajo, indemnización que es plena cuando el accidente se debe a culpa comprobada del patrono.

Es obvio que al no encontrarse en buenas condiciones el vehículo en que viajaba el demandante Urrego, el patrón, en este caso el Estado Colombiano, violó, por omisión, la obligación de seguridad para con sus trabajadores; esta violación constituye una culpa leve, que lo hace responsable de indemnizar a la otra parte; comprobada la culpa del patrono en el accidente de trabajo, el trabajador tiene derecho a la indemnización ordinaria, de la cual debe descontarse la especial.

La no aplicación de las normas señaladas condujo al Tribunal a absolver al Estado Colombiano. Es decir que se ha demostrado el error evidente de hecho, la violación de normas sustantivas laborales y civiles, y la incidencia de esta violación sobre la parte resolutiva del fallo de segunda instancia. En consecuencia, prospera el cargo.

Fallo de instancia

La Sala, convertida en Tribunal de Instancia, dictará la sentencia que sustituya la de segundo grado.

El demandante Urrego era un trabajador de las obras públicas nacionales. Su vínculo con el Estado fue, por consiguiente, de naturaleza contractual, al tenor de lo dispuesto en el Art. 4º del Decreto 2127 de 1945. Las normas que rigen esta clase de relaciones contractuales son las vigentes con anterioridad al Código Sustantivo del Trabajo, tal como lo dispone el Art. 492 del mismo Código.

El accidente de trabajo sufrido por Carlos Julio Urrego fue reconocido por la Caja Nacional de Previsión por medio de la Resolución número J-8496 de 22 de noviembre de 1950, folio 70, entidad que para dictar su providencia tuvo en cuenta el informe recibido por el Inspector de la Sección Segunda al Ingeniero de la Zona de Carreteras de Tunja, informe que lleva la firma de dos testigos; certificación del Ingeniero Jefe de la Zona de Carreteras nacionales de Tunja, informe del Médico Jefe de la Sección 7ª de Sanidad del Ministerio de Obras Públicas, y el dictamen médico del Especialista en Asunto Médico-Sociales de la Caja Nacional de Previsión. Estos documentos, además fueron presentados en copias autenticadas, junto con la demanda (Fls. 73, 74, 77 y 79).

Según el informe del Médico Jefe de la Sección Séptima de Sanidad, a Carlos Julio Urrego hubo necesidad de amputarle la pierna derecha. El Especialista de Asuntos-Médico Sociales de Cajanal clasificó la incapacidad definitiva en el grupo décimo quinto inciso tercero de la tabla de valuaciones, correspondiéndole como indemnización el equivalente a diez y seis meses de salario. La Caja Nacional de Previsión, en la Resolución mencionada, reconoció esta indemnización, cuyo valor ascendió a la suma de dos mil ochocientos ochenta pesos ($ 2.880.00).

La culpa del Estado Colombiano se encuentra comprobada, como se vio al estudiar la acusación en este recurso.

Comprobado el accidente y demostrada la culpa del Estado Colombiano, el trabajador tiene derecho a la indemnización ordinaria, según el literal b) del Art. 12 de la Ley 6ª de 1945.

De la acción para el pago de esta indemnización es competente la Jurisdicción del Trabajo, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 21 de la Ley 64 de 1946.

Valor de la indemnización. El Juez de Primera instancia acogió el dictamen del perito único doctor Eustorgio Sarria, en cuanto señaló el valor de los perjuicios materiales y lo desechó en lo referente al avalúo de los perjuicios morales. Sin embargo, la Sala no acoge esta peritación, por cuanto el perito incurrió en algunos errores, como pasa a demostrarse. En primer lugar, tomó un salario diferente al que devengaba el demandante en la fecha del accidente; en segundo lugar, la vida probable de una persona de 27 años de edad, según las tablas de Mazzochi, es de 34 años, y no de 40, como lo dice el perito; por último, no se descontó del valor total de la indemnización el 25%, correspondiente a la capacidad laboral con que quedó el accidentado después de la amputación de la pierna derecha. Por consiguiente la Sala fijará directamente el valor de los perjuicios, siguiendo el sistema acogido tanto por la Jurisprudencia de la Sala Civil como Laboral.

Este sistema está explicado en la sentencia dictada por esta Sala el 11 de marzo de 1958, en la siguiente forma:

"En materia de pago de perjuicios (y más concretamente de la parte de perjuicios correspondiente al lucro cesante futuro), el sistema establecido por el ingeniero y actuario italiano Egidio Garuffa, que fue el seguido en este negocio y que ha sido

ampliamente acogido por la jurisprudencia de esta Sala, indica cómo en estos casos si desde un principio se va a pagar una cantidad total que pudiera haberse pagado por cuotas periódicas, es de equidad que se haga el descuento de los intereses correspondientes al tiempo o período por el cual se anticipa cada cuota. Este punto de vista equitativo lo resuelve el análisis actuarial, después de las operaciones matemáticas correspondientes, mediante el enunciado práctico de que el "quantum" de los perjuicios es igual a aquella cantidad que el obligado tendría que depositar en un banco para que con esa cantidad más los intereses que produjera al 6% anual durante la vida probable del agraviado, se fueran pagando a éste cuotas periódicas por todo el término de dicha vida probable. Transcurrida ésta, esa cantidad y los intereses que hubiese producido quedarían reducidos a cero".

El salario devengado por Urrego cuando sufrió el accidente era de seis pesos ($ 6.00) diarios, según certificado que obra a folios 73. Con este salario la Caja Nacional de Previsión liquidó la indemnización especial. No hay razón alguna, como lo pretende el demandante y lo aceptó el perito, que se tome un salario distinto, o sea el que se pagaba a un trabajador de igual categoría en años posteriores. El daño se causó cuando se produjo el accidente y el avalúo debe hacerse en relación con esa fecha y, pues de lo contrario la indemnización fluctuaría según la época en que se hiciera la solicitud o se produjera el reconocimiento, lo cual no tiene fundamento legal alguno.

Según prueba supletoria acompañada a la demanda, Carlos J. Urrego nació el tres de noviembre de 1923. De modo que el 12 de julio de 1950, fecha en que sucedió el accidente de trabajo, tenía una edad de 27 años. Según las tablas de Mazzochi, aceptadas por las Compañías de Seguro de Colombia, la vida probable de una persona de 27 años, es de 34, 37 años.

De acuerdo con los cálculos hechos por Garuffa, la suma que debe depositarse para que al interés del 6% produzca una renta de un pesos ($ 1 00) anual, durante 34 años, es de $ 14.35. Ahora bien, como el salario diario de Urrego era de $ 6.00, su renta anual asciende a $ 2.190.00. Multiplicando esta cantidad por $ 14.35 se obtiene el valor de la indemnización. Haciendo la correspondiente operación, el resultado es $ 31.426.50.

Los cálculos anteriores se hicieron como si la incapacidad de Urrego fuera total. Sin embargo, según dictamen del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial, que aparece a Fls. 124, "El trabajador Urrego ha sufrido una disminución de capacidad laboral del setenta y cinco por ciento (75%) por la pérdida del miembro inferior". Es obvio que conservando el trabajador una capacidad laboral del 25%, de la indemnización debe deducirse una suma equivalente. El 25% de $ 31.426.50 es $ 7.856.62. Haciendo la deducción se obtiene un total de $ 23.569.88, suma en la cual se fija la indemnización a que tiene derecho el demandante, por concepto de perjuicios materiales.

Como el Juez de primera instancia condenó al Estado Colombiano a pagar a Carlos J. Urrego la suma de $ 64.800.00 la sentencia se reformará en esta parte y se confirmará en cuanto ordena se descuente de la cantidad reconocida la suma de $ 2.880.00, recibida por el demandante por concepto de la indemnización especial, y haciendo la aclaración de que el fundamento de esta deducción es el Art. 12 de la Ley 6ª de 1945 y no el 216 del C. S. del T., como se dijo en la sentencia de primer grado.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y en su lugar reforma la sentencia dictada por el Juez de primera instancia, la cual quedará así: Primero. Condénase al Estado Co-

lombiano a pagar una vez ejecutoriada esta sentencia, a Carlos Julio Urrego como indemnización por perjuicios materiales, la suma de veintitrés mil quinientos sesenta y nueve pesos con ochenta y ocho centavos ($ 23.569.88) m.l. Segundo. De esta suma debe descontarse, como ordena el ordinal b) del Art. 12 de la Ley 64 de 1945, la cantidad de dos mil ochocientos ochenta pesos ($ 2.880.00) m. l., recibidos por el actor Carlos Julio Urrego de la Caja Nacional de Previsión.

Sin costas.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPRESENTACION DE LOS MUNICIPIOS EN LA CONTRATACION COLECTIVA.

Representación legal laboral del empleador. — Interpretación del Art. 32 del C. S. T. — Derecho individual del trabajo y derecho colectivo. — Disposiciones que rigen las relaciones de trabajo entre patronos y trabajadores particulares y entre la Administración Pública y sus servidores. — La facultad de fallar extra y ultra petita es exclusiva del fallador de primera instancia.

1. El Art. 32 del C. S. T., no abrogó las normas del derecho común en lo atinente a la representación legal de las personas, naturales o jurídicas, ni al mandato (representación convencional), sino que las adicionó al instituir otro tipo de representación legal de los empleadores, aparte de la ordinaria, que en razón de brevedad podría denominarse "representación legal-laboral". Por eso empieza diciendo que "son representantes del patrono... además de quienes tienen ese carácter según la ley o los reglamentos de trabajo" los que indica en seguida.

Ahora bien: para el sentenciador, la representación legal-laboral solo opera en el ámbito del derecho individual del trabajo, y no en el del colectivo; para el recurrente, es un fenómeno peculiar del derecho del trabajo consagrado en una de las disposiciones generales del Código y que se aplica por igual en ambos campos.

La ubicación del aludido Art. 32 en el Código de la materia parece darle la razón al Tribunal. Corresponde, en efecto, al Título primero ("Contrato Individual del Trabajo") de la "Primera parte" cuyo rubro es "Derecho Individual del Trabajo". Por contraposición notoria, las normas sobre conflictos colectivos y convenciones colectivas de trabajo figuran en la "Segunda parte" (Títulos II y III, respectivamente), bautizada "Derecho Colectivo del Trabajo".

Tal ubicación, apenas indiciaria por sí misma, cobra trascendencia a la luz de otros ordenamientos positivos que escinden el campo de aplicación del Código en razón de la situación jurídica de los empleadores: Arts. 3º, 4º, 491 y 494 del C. S. T.

Porque si las disposiciones contenidas en la Primera parte del Código ("Derecho Individual del Trabajo") se reputaran genéricas e incidieran en los fenómenos regulados por la Segunda parte ("Derecho Colectivo del Trabajo") como quiere el impugnante que ocurra con el Art. 32, sería imposible determinar cuáles son las que no rigen para "los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado" o cuáles de las que estaban vigentes cuando se expidió el Código mantienen todavía su imperio en las relaciones laborales de la Administración con sus trabajadores.

Estas simples consideraciones, que no tuvo en cuenta el sentenciador (pues partió del falso supuesto de que el Art. 32 rige las relaciones de derecho individual del trabajo, tanto particulares como oficiales), le habrían permitido llegar más fácilmente a la conclusión de que tal norma no es apli-

cable al caso de autos para atribuirle a un alcalde la representación legal-laboral del Municipio frente a sus trabajadores de las obras públicas. Pero como en la legislación anterior al Código se adoptó un principio semejante (el Art. 5º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año), conviene examinar la sentencia a la luz de aquel falso supuesto, como si se tratara de relaciones entre particulares.

La división, ya clásica, de las dos ramas mencionadas del derecho laboral para su tratamiento legislativo, tampoco es arbitraria, sino lógica y científica. Los ordenamientos positivos del derecho individual del trabajo se enderezan a limitar la libertad contractual para suplir con disposiciones providentes la ignorancia o indefensión presuntas del trabajador aislado frente al poder del capital. Los del derecho colectivo tienden más bien a garantizar la libertad contractual de los grupos económicos, con el presupuesto de la igualdad de fuerzas: de un lado, el mismo poder del capital; del otro, el número y la solidaridad de los trabajadores organizados en bloques sindicales, con asesoría especializada y dotados de instrumentos de coerción tan eficaces como la huelga o el arbitraje obligatorio.

De allí que una disposición concebida para tutelar el contrato individual de trabajo no puede ser trasladada sin un severo análisis, al reglamento de la contratación colectiva. Son dos regímenes distintos.

Los sujetos de la relación individual son el empleador y el empleado; los de la convención colectiva, las empresas y los sindicatos. El objeto del contrato individual es el intercambio de prestaciones: trabajo por salario; el de la convención colectiva, superar la regulación legal de los contratos individuales en favor de los trabajadores a trueque de asegurar, al menos por un tiempo determinado, el nivel de costos y la paz en las empresas. El convenio individual es consensual, muchas veces simplemente fáctico; el colectivo, solemne. El plazo del primero es limitado por la ley; el del segundo, libremente estipulado por los pactantes.

Si todo es diverso, solo una disposición expresa permitiría, en sana hermenéutica, aplicar a la representación de las partes en la convención colectiva un precepto peculiar de la contratación individual. Lejos de haberla, existen para lo colectivo las que requieren un mandato especial.

Así, por ejemplo, corresponde a los sindicatos "adelantar la tramitación legal de los pliegos de peticiones, designar y **autorizar** (se subraya) a los afiliados que deban negociarlos y nombrar los conciliadores y árbitros a que haya lugar" (C. S. T., Art. 374, 3º) atribuciones que, por lo demás, son privativas de las asambleas generales (Art. 376).

Según el Art. 432 el pliego de peticiones debe ser entregado "al patrono o a quien lo represente"; sin embargo, el Art. 433 agrega: "Si la persona a quien se presentare el pliego considerare que **no está autorizada** para resolver sobre él, debe hacerse autorizar o dar traslado al patrono". Supuesto inconciliable con la tesis de que cualquier representante del empleador está investido, por ministerio de la ley, de plenas facultades.

El Art. 439, al regular la etapa de conciliación en los conflictos colectivos es aún más enfático: "Los representantes de una y otra parte deben ser conocedores de los negocios de que se trata y **estar provistos de suficientes poderes para firmar cualquier convención colectiva** (nuevamente se subraya) o pacto que se celebre".

Y es que no podría ser de otra manera. Resulta fácil imaginar los peligros a que estarían expuestos los trabajadores si la firma de cualesquiera de los directores sindicales al pie de un documento pudiera prevalecer sobre la voluntad mayoritaria de la asamblea, o quebrar una huelga a mitad del camino, o privar a la organización por largos años de la posibilidad de formular nuevas peticiones. O los que correrían los empresarios si cualquiera de sus administradores, firmando una convención, así sea el capitán de uno de sus barcos o el mayordomo de una de sus haciendas, conforme al

Art. 32, pudiera obligarlos, sin su consentimiento, a concesiones extravagantes o demasiado onerosas.

Bastan los comentarios anteriores para concluir que las reglas del mandato y de la representación en el derecho común (o las del derecho administrativo, en su caso) no han sido abrogadas ni modificadas por la ley laboral en lo atinente a la contratación colectiva, y solamente adicionadas, en el terreno de la contratación individual, en los precisos términos de la disposición que se examina.

Así lo entendió el sentenciador, y su interpretación de la norma no adolece, por tanto, del vicio que le imputa el recurrente. Sin que sobre añadir, en relación con la hipótesis que éste plantea en el literal f) de su escrito, que son los negociadores de la convención colectiva quienes deben cerciorarse, antes que nada, de la regularidad y suficiencia de sus poderes recíprocos, como ocurre en cualquier negociación civil o mercantil de la vida común; que el control previo del Gobierno sobre la iniciación de actividades empresariales por sociedades extranjeras dentro del país, es bastante a precautelar los derechos individuales y colectivos de los trabajadores nacionales; que el Art. 33 del C. S. T. sobre la obligación patronal de constituir apoderados laborales en los Municipios donde se tengan establecimientos o sucursales, previene el peligro de la representación inadecuada, y que los Arts. 485 y 486 del mismo estatuto dan al Ministerio del Trabajo los instrumentos necesarios coercitivos para impedir, si se utilizan con oportunidad, la burla de los ordenamientos positivos. Mas todavía: en el evento de que todo eso fallara, la ley ha dotado a los propios trabajadores del arma suprema en los conflictos colectivos: la huelga o, para los privados de ese derecho, el arbitraje obligatorio.

Porque las características peculiares de esa clase de conflictos y el interés de la sociedad, exigen soluciones rápidas, tanto en el terreno de las relaciones laborales particulares como en el de las oficiales. De ahí que los plazos previstos por el estatuto del trabajo al ordenar el trámite de los diferendos colectivos sean tan breves: cinco días para iniciar las negociaciones directas, aún en caso de que la persona a quien se entregue el pliego de peticiones (el Alcalde, por ejemplo), no esté facultado para resolver sobre él (Art. 433); diez días para dar respuesta concreta a las peticiones, si los trabajadores lo exigen (Art. 434); veinticuatro horas para designar los conciliadores, si no hubo acuerdo en las negociaciones directas (Art. 437); y diez días más para la función de los conciliadores, salvo que ambas partes accedan a ampliarles ese término (Art. 441). Plazos preclusivos, desde luego, de modo que si el Concejo Municipal (siguiendo con el ejemplo) no atiende la convocación del Alcalde o no le confiere las facultades necesarias ni designa a cualesquiera otros negociadores, o si dilata el nombramiento de su conciliador, se tendrán por fracasadas las respectivas etapas y procederá el arbitraje (con el item de que, conforme al Art. 453, "la renuencia de cualquiera de las partes para designar árbitro dará derecho al Ministerio del Trabajo para hacerlo"), como procedería la huelga legal de los particulares, en situación análoga.

2. La Sala coincide con el fallador acusado en entender que el Art. 32 del C. S. T. no es pertinente a la contratación colectiva, así oficial como particular. Pero, además, aún suponiendo equivocada la interpretación del ad-quem, el efecto del error no sería de ningún modo el que el impugnador deduce. Porque la indemnización de perjuicios en favor de los trabajadores vinculados a la Administración Nacional, departamental o municipal por contratos fictos de trabajo, cuando sean víctimas de la ruptura unilateral e ilegal de esos contratos, no puede estar consagrada en el Art. 64 del C. S. T. en razón de lo dispuesto en los Arts. 3º, 4º y 492 del mismo Código, sino en alguna norma sustantiva que rija la relación jurídico-laboral de carácter oficial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral — Bogotá, D. E., febrero doce de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

I. Antecedentes

Contra el Municipio de Cúcuta iniciaron sendos juicios ordinarios de trabajo los señores Vicente Sandoval Cárdenas, Mardoqueo Angel García, Juan Antonio Angel Capacho, Constantino Mendoza, Víctor J. Díaz, Francisco Vargas, Víctor Manuel Mojica y Luis Ernesto Cárdenas, afirmando haber sido enganchados para servir en las Obras Públicas Municipales con determinados jornales, haber trabajado en ellas durante más de tres meses, habérseles despedido sin justa causa y con violación de la estabilidad pactada en una convención colectiva que los amparaba y no haber recibido ni el aumento general de salarios ni los subsidios familiar y de transporte ordenados por la ley. Demandaron, por tanto, la indemnización del lucro cesante, el reajuste de salarios, los aludidos subsidios y la sanción moratoria.

El Municipio, al contestar cada libelo y oponerse a sus pretensiones, admitió las fechas de enganche y despido afirmadas, así como el jornal indicado; aceptó la naturaleza contractual del vínculo por razón del trabajo en las obras públicas; negó la pretendida deuda por reajuste legal de los salarios, subsidio familiar y auxilio de transporte; y alegó haber tenido justa causa para el despido, por haberse fundado en el vencimiento del plazo fijo del contrato y no hallarse amparado el trabajador por ninguna norma convencional sobre estabilidad, debidamente concertada, pues los funcionarios municipales que firmaron la aparente convención no estaban facultados para hacerlo. Pidió, a su turno, la acumulación de todos los juicios mencionados, que el Juzgado del conocimiento (el del Trabajo de Cúcuta) decretó a pesar de la oposición del apoderado de los demandantes, y que confirmó, al conocer del incidente en apelación, la Sala Unitaria Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

Concluída la tramitación, el a-quo decidió los negocios acumulados condenando al Municipio a la indemnización impetrada por ruptura unilateral e ilegal de los contratos de trabajo, con base en la convención colectiva, en las cuantías individuales que la sentencia señala, y a un "subsidio de transporte" de $ 54.80 para el señor Víctor Manuel Mojica, y absolviéndolo por los demás conceptos.

Ninguna de las partes apeló. La Sala Laboral del Tribunal, en grado de consulta, confirmó la decisión de primera instancia en cuanto al subsidio de transporte y las absoluciones, y revocó la condena sobre indemnización del lucro cesante, por reputar inválida la convención colectiva suscrita por el alcalde y su secretario de obras públicas sin autorización del Concejo Municipal, aunque sin disponer lo pertinente.

Recurrido este fallo en casación por el apoderado del litisconsorcio activo y con oposición del Municipio, se procede a su examen.

III. El recurso

Persigue el impugnador que se case parcialmente la sentencia del ad-quem en lo que se refiere al lucro cesante, para que, en función de instancia, la Corte confirme la respectiva condena de primer grado. Formula a ese efecto dos cargos, el primero por vía directa y por indirecta el segundo, ambos con apoyo en la causal primera de casación laboral, aunque no lo exprese así.

A. Primer cargo

El cargo inicial atribuye a la sentencia una "errónea interpretación del Art. 32 del C. S. T., error que indujo al Tribunal sentenciador a dejar de aplicar el Art. 64, ordinal 2º, del C. S. T., en relación con los Arts. 45, 3º, 416 y 417 del mismo código".

Para sustentarlo, empieza el acusador por copiar algunos apartes del fallo, de los cuales los más pertinentes son estos:

"... En el régimen administrativo, las atribuciones, funciones o facultades de los empleados públicos, así como su poder, no emanan de la persona de ellos mismos, sino de la Constitución y la Ley y por su propia voluntad no pueden ejecutar actos que no

estén expresamente a ellos confiados por ésta o aquélla.

"El Art. 145 del C. de R. P. y M., al hablar de estas materias, dice:

'La administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal, pero el Concejo puede confiar a cualquiera persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado". (Lo subrayado es del Tribunal)'.

"En la celebración y firma de la Convención Colectiva que obra a folios 120 y siguientes del expediente, solo intervinieron por la parte patronal el Alcalde Mayor de Cúcuta y el Secretario de Obras Públicas, mas no el Personero, que es como antes se vio el representante legal del Municipio; tampoco aparece en el texto, copia de Acuerdo alguno en donde el Concejo hubiera delegado en los referidos funcionarios su representación.

"Es verdad, que el Art. 32 del C. S. del T., dice sobre representación lo que sigue:

"Son representantes del patrono y como tales lo obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley o los reglamentos de trabajo, las siguientes personas:

'Los empleados al servicio del patrono que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejerciten actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono;

'b) Los simples intermediarios'.

"Pero entendemos que esa representación de que habla el artículo transcrito no puede ir más allá, en este caso particular, de la ejecución del Acuerdo de presupuesto en el capítulo de Obras Públicas, al tenor del Art. 146 del C. de R. P. M., que a la letra dice:

'La sanción, promulgación y ejecución de los Acuerdos del Concejo corresponde al Alcalde respectivo'.

"El convenio o pacto colectivo tiene como principal finalidad estipular condiciones de trabajo, pactar estabilidad, aumentar salarios, reconocer bonificaciones, etc. y por eso no puede el Alcalde o uno de sus subalternos celebrarlo o firmarlo sin que para ello estén previamente autorizados por el Concejo, ya que acá se trata de nuevas cargas estatales que no están presupuestadas.

"La naturaleza del acto jurídico —llamado Convención Colectiva— es especial y requiere para su existencia y validez, además de la autorización expresa del patrono y el sindicato para celebrarla, el lleno de los requisitos tanto de fondo como de forma de todo contrato; de lo contrario, nace viciado de nulidad.

"... En Civil, las personas al contratar deben acogerse a las disposiciones del Art. 1502 del C. C., ya sea que obren como personas naturales o en representación de una jurídica. En este último caso, es indispensable acreditar en la celebración del acto jurídico no solo el carácter de representante legal sino la facultad que posee para obrar a nombre de ella y comprometerla, bien sea por mandato legal o por disposición estatutaria. Sin el lleno de estos requisitos el contrato celebrado no es válido ni podrá producir efectos jurídicos en favor o en contra de persona alguna o de terceros.

"En materia laboral parece aparentemente que esto no es así, al tenor del Art. 32 del C. S. del T., antes transcrito; más sin embargo, estudiando a fondo el caso se comprende que la norma se refiere exclusivamente a los simples contratos de trabajo, pero no a las Convenciones Colectivas que son de esencia y forma distinta; en donde cuando actúan personas de derecho público deben entrar en vigencia los mandatos perentorios de los Códigos Civil y de Régimen Político y Municipal.

"Como acá en nuestro caso, la Convención Colectiva que sirve de fundamento pa-

ra el reclamo principal de la demanda no fue celebrada por el representante legal del Municipio, que es el Personero, sino por personas que no tienen ni tenían en ese preciso instante tal representación debe concluirse que carece de validez y que sus disposiciones no obligan al Municipio de Cúcuta".

Y redarguye el impugnante:

"Del razonamiento del fallador ad-quem pueden resumirse o extraerse estas proposiciones básicas, mediante las cuales explaya el entendimiento del espíritu y letra del artículo 32 del estatuto laboral sustantivo:

"a) El artículo 32 fue promulgado con el fin de desarrollar y complementar el artículo 146 del Código de Régimen Político y Municipal.

"b) El Alcalde para firmar una convención colectiva del trabajo debe estar previamente autorizado para ello por el Concejo Municipal.

"c) La convención colectiva es un acto especial (?).

"d) La convención colectiva no es un contrato de trabajo (!).

"e) El Código Civil exige facultad para representar u obrar en nombre de otro.

"f) El artículo 32 del C. S. del T. es aplicable únicamente a los contratos individuales de trabajo; no así a las convenciones colectivas, porque estas últimas son de formas y esencia (!!) distintas a los contratos individuales, y

"g) El C. de R. P. y M. es norma superior de derecho que deroga las normas laborales, cuando el patrono tiene el carácter de persona jurídica de derecho público.

"Hasta aquí el pensamiento del impartidor de justicia en el segundo grado.

"Siguiendo el mismo orden puntualizo los errores de interpretación y la ausencia de sindéresis del Tribunal.

"A. En primer término, ¿qué tiene que ver una norma de régimen administrativo municipal, que dice relación a la obligatoriedad de los actos legislados municipales y su aplicación por el ejecutivo distrital, con un principio sustantivo laboral que habla de la representación de las personas en el cuadro de las relaciones de trabajo, así sean contratos individuales, convenciones colectivas o acciones judiciales? El artículo 146 del régimen municipal administrativo impone una obligación, la de hacer cumplir los acuerdos del Concejo. El artículo 32 del estatuto del trabajo no impone obligación sino que otorga un derecho, el derecho de representación.

"Si el derecho es una alta cumbre serenada por los vientos de la lógica, el criterio interpretativo del Tribunal tiene bien poco de derecho, y mucho menos de lógica.

"B. La cuestión primordial en este punto es la de saber si es cierto, como lo afirma el Tribunal de Cúcuta, que el Alcalde no tiene potestad legal para firmar una convención colectiva de trabajo, y que para hacerlo debe estar facultado por ley del Concejo Municipal. No es cierto. El artículo 32 del C. S. del T. establece dos formas de representación:

'a) "Son representantes de los patronos y como tales los obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley o los reglamentos del trabajo, las siguientes personas:

'b) a) Los empleados al servicio del patrono que ejercen funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono;'

"... En el primer caso considera el artículo 32 que llevan la representación del patrono quienes por ley o reglamento tienen

ese carácter. En el caso del Municipio la Ley ha establecido que la representación del mismo está en cabeza del Personero Municipal.

"... Además de quienes tienen ese carácter según la ley o los reglamentos, son conforme a la ley del trabajo representantes del patrono, y como tales los obligan ante sus trabajadores, quienes ejercen actos de representación con la anuencia expresa o tácita del empleador; o quienes tienen aperejada las funciones de dirección o administración con rango de directores o administradores. Es bien sabido que el artículo 201 de la Constitución Nacional dice que el Alcalde es el Jefe de la Administración distrital. Dice la Carta:

'Artículo 201. En todo Municipio habrá un Alcalde, que ejercerá las funciones de Agente del Gobernador y será el jefe de la Administración Municipal, conforme a las normas que la ley le señale. Art. 88 del Acto Legislativo Nº 1 de 1945)'.

"Por tanto, los actos del Jefe de la Administración Municipal obligan al Municipio en cuanto sean actos que caigan bajo la jurisdicción del derecho del trabajo.

"De modo que si el Alcalde por ministerio de la Carta está titulado para representar al Municipio ante sus trabajadores, no requiere como es obvio autorización del Concejo Municipal, como no la necesita para nombrar empleados o removerlos. De prosperar el criterio del Tribunal de Cúcuta, los convenios colectivos entre la administración y los trabajadores con contratos de trabajo pasarían a ser materia de derecho público y dejarían de tener el aspecto contractual que la ley les atribuye. Pues solo por la ley del Congreso, por ordenanza de la Asamblea o por acuerdo de los Concejos Municipales podrían instituirle los convenios colectivos. El arreglo directo, la conciliación y el arbitraje sobrarían, ya que el tema a convenir estaría consagrado en la ley, la ordenanza o el acuerdo facultativo respectivos.

"C. Dice el Tribunal que la convención colectiva es un acto especial, sin que el recurrente pueda saber qué significación tiene para el fallador la palabra "especial". Es ciertamente un acuerdo solemne, bilateral, con "alma de ley y cuerpo de Contrato" (Carnelutti), cuyo objeto es fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo (C. S. T.) y cuyos términos en lo favorable al trabajador se entienden ipso jure incorporados a los contratos individuales (Ley 6ª/1945 a/49).

"D. Afirma el sentenciador de segunda instancia que la convención colectiva no es un contrato de trabajo, como en efecto no lo es. Pero todo convenio colectivo supone la existencia de varios contratos individuales de trabajo y su fin, como queda dicho, es el de buscar la modificación en favor de los trabajadores, de tales contratos de trabajo y de sus condiciones. Pero el hecho de que por su naturaleza y estructura jurídica la convención colectiva de trabajo difiera en estructura jurídica y naturaleza contractual de los contratos individuales no dice nada contra la representación patronal. La representación patronal está definida al tenor del artículo 32, y es un principio básico del derecho laboral, sui-géneris de él, y en razón de ella el Administrador de una empresa o de un Municipio tienen el carácter de representante de aquéllos y esa calidad de representante obra por igual para los contratos individuales que para los convenios colectivos, pues resultaría absurdo, por decir lo menos, que el Personero Municipal es el encargado de designar comisión de arreglo directo, conciliador o árbitro según el caso, o pedir se declare la ilegalidad de una huelga de trabajadores municipales, siendo así que el Personero Municipal no tiene la facultad y potestad de nombrar trabajadores municipales y dar órdenes a los empleados del Municipio y dirigir la Administración Municipal.

"E. Dice el Tribunal que el Código Civil en su artículo 1502 determina que quien obre en nombre de otro debe estar expresamente facultado. Pero la representación no está circunscrita a este caso. Existen circunstancias en que no es requerida la expresa autorización para actuar o contratar en nombre de otra persona como en

la agencia oficiosa o gestión de negocios. O cuando, como en el caso del artículo 32 del C. S. del T., manda tener como representante legal a quien no tiene expresamente ese carácter sino que la ley se lo asigna por razón de sus funciones. Por otra parte no puede derogarse una expresa norma laboral como es el artículo 32 en beneficio de una expresa norma civil como el artículo 1502 pues esto iría contra el elementalísimo principio de que a los juicios laborales se les apliquen las normas laborales y no administrativas, civiles o penales. Y que a los juicios civiles, administrativos y penales no se les apliquen normas de derecho canónico ni de derecho internacional público. El principio de integración jurisprudencial se refiere a los vacíos de la ley que deban llenarse con normas análogas o que reglamente derechos similares. Nunca la analogía puede dar lugar a que el Juez derogue una norma laboral expresa, especial, vigente y aplique en su lugar un principio privadístico que no puede ser de recibo en el jus laborandi.

"F. El Tribunal vuelve a repetir, ampliando sus ideas, la afirmación de que la representación patronal es una para los contratos individuales y otra, para los convenios colectivos. Y divaga sobre esencia y forma sin entrar a explicar ni la esencia de las convenciones colectivas, que a buen seguro no puede penetrar; ni la forma, acerca de la cual no hay disputa en este juicio. La distinción formal entre un contrato individual y un convenio colectivo, o las diferencias de fondo entre un contrato individual y un convenio colectivo, no pueden modificar la cuestión de la representación patronal reglamentada en el artículo 32 tantas veces traído, porque en ambos tipos de contratación está implícita aquella institución del derecho laboral, que tiene por fin: la de objetivar de manera inmediata la responsabilidad del patrono frente al trabajador. Si la representación patronal se siguiera por las normas del derecho privado, el trabajador en los más de los casos resultaría burlado en sus derechos, sin contraparte alguna contra quién dirigir una acción judicial o administrativa para hacer efectivos sus derechos. Descendiendo a los ejemplos podríamos citar el caso de una sociedad domiciliada en Estados Unidos que empleara personal en Cúcuta sin que el empleador tuviera expresamente autorización para hacerlo. El ejemplo citado puede traerse, así se trate de contratos individuales o de convenios colectivos, porque hasta ahora, que se sepa, en los estrados judiciales no ha habido una empresa o sociedad que haya alegado contra un convenio colectivo el beneficio instituído por el Tribunal de Cúcuta, de falta de autorización de la Junta Directiva, de la Casa Matriz o de la asamblea general de accionistas. Si el gerente de una sociedad, demos otro ejemplo, por sus estatutos no está facultado para contratar sino hasta una suma limitada, tal prohibición es oponible como causal de nulidad acerca de un contrato por suma superior a la cantidad límite. Pero ese mismo gerente de la empresa puede firmar una convención colectiva con sus trabajadores, aún si en los estatutos sociales le estuviera expresamente prohibido firmar convenciones de trabajo. Sería nula la estipulación prohibitoria del contrato social por ir contra una norma de derecho público cual es el artículo 32 del C. S. del T. Es que el derecho laboral es mitad contractual y mitad estatutario. El Tribunal de Cúcuta solo ha visto en las normas laborales el aspecto contractual y ha preferido asignarle al Código Sustantivo del Trabajo la función de norma subalterna del Código Civil.

"G. Por último. El Tribunal de Cúcuta dice que el Código de Régimen Político y Municipal debe suplir al Código Sustantivo del Trabajo cuando se trata de convenios colectivos. Lo dicho por el Tribunal contraría de manera manifiesta y ostensible los principios enunciados en los artículos 3º del C. S. T. que ordena el estatuto a las relaciones laborales de carácter colectivo, así particulares como oficiales. Y el artículo 416 del mismo Código que desarrolla el anterior artículo 3º, en lo relativo a sindicatos de trabajadores oficiales con contrato de trabajo.

"... La jerarquía de normas o pirámide legal está mal planteada por el apoderado del Municipio, pues el artículo 20 del C. S. del T. determinó:

'Art. 20. En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras. prefieren aquellas'.

"Esta norma desarrolla el principio contenido en el Art. 17 de la Constitución Nacional que manda:

'El trabajo es una obligación social y tendrá la especial protección del Estado'.

"A su vez el Tribunal erró en la cuestión de lógica al decir que una norma de la parte Especial del Código Sustantivo del Trabajo no se aplica a la Parte General del mismo Código. Es un principio apodíctico de la lógica jurídica que las normas consignadas en la parte General se aplican sin excepción a los derechos u obligaciones de la Parte Especial salvo provisión contraria consignada en norma específica de la Parte Especial.

"Si no fuera así, cada Código sería un inmenso tratado de incongruencia jurídica, pues no se sabría si, por ejemplo, el caso fortuito sería de aplicación para unos contratos pero no para todos; que el error de hecho solo se aplicaría a determinados delitos y no a todos. Y así sucesivamente. En suma, si los principios de la parte General no se aplican a la especial sino cuando el Juez considere el caso de hacerlo, sobran tales principios y la arbitrariedad y el desconcierto sustituyen la dogmática y la lógica jurídicas.

"... Además del principio de lógica jurídica atrás enunciado, el cual es fácil consultar en cualquier tratado de la materia (Véase por ej. "Lógica Jurídica" de García Maynez), obra contra la errónea interpretación del Tribunal de Cúcuta otro principio universal de derecho. Y es el de que cuando el Estado (en su acepción genérica) entra a contratar, se subordina por ese mismo hecho a las reglas que rigen el tipo de contrato elegido. Así, si contrata civilmente, el Municipio debe someterse a los principios del derecho civil. Si contrata administrativamente, esto es para obrar en función de servicio público, debe someterse a la ley administrativa. Y por ende, si contrata laboralmente tiene que someterse el Municipio a la ley del trabajo.

"... Por tanto al celebrar el Municipio una convención colectiva de trabajo se está sometiendo por eso mismo, y por estar ordenado por la ley que lo haga, a las normas que regulan las relaciones del trabajo. Es decir, queda bajo el imperio de los principios del derecho del trabajo, porque no puede la administración municipal imponer su voluntad, sino someterse a la estricta estructura jurídica de las relaciones laborales.

"... Se debe, en consecuencia, entender el Art. 32 del C. S. del T. como la norma que reglamenta la representación patronal en el plano de las relaciones laborales, de modo que opera tal representación tanto en lo atinente a los contratos individuales, como a los convenios colectivos cuyas normas se entienden incorporadas a los respectivos contratos individuales. Y siendo como es así el verdadero espíritu, por lo demás claramente enunciado en el texto mismo de la norma en cuestión, obliga tanto a los particulares como a las personas jurídicas de derecho público, ya que el C. S. T. reglamenta el derecho colectivo del trabajo particular y oficial.

"... La carencia de una recta comprensión de la norma jus-laboral del Art. 32 del estatuto laboral, llevó al sentenciador de segunda instancia a dejar de aplicar el artículo 64 ordinal segundo del C. S. T. que es la norma generadora del derecho, en armonía con el 3º que determina la sujeción al Código de las relaciones colectivas de las entidades oficiales; con el artículo 45 del C. S. T. que determina las diferentes modalidades en la duración de los contratos de trabajo; con el Art. 416 que establece las atribuciones de los sindicatos de trabajadores oficiales con contrato de trabajo; y por último, con el Art. 467 del C. S. T., que determina o contiene la definición legal de lo que es una convención colectiva de trabajo y su gobierno sobre los contratos individuales".

Consideraciones de la Sala

La importancia doctrinal de los temas que toca el recurrente y el meritorio esfuerzo dialético de éste por imponer su criterio sobre el del sentenciador, justifican la transcripción casi completa que se ha hecho de sus argumentos.

Al estudiarlos en el orden en que han sido propuestos, salta a la vista que el señalado con el literal A) distorsiona, para combatirlo, el planteamiento del fallo, en el cual no se afirma que el Art. 32 del C. S. T. haya sido "promulgado con el fin de desarrollar y complementar el Art. 146 del C. de R. P. y M.", sino que la representación conferida por aquella norma a los empleados de administración y su capacidad para obligar al patrono, tienen que ser entendidos "en este caso particular" (o sea, cuando el patrono es un municipio y el administrador un alcalde), con la limitación que surge para los alcaldes del texto administrativo mencionado, que evidentemente los obliga a ejecutar los acuerdos municipales y a respetar por tanto el presupuesto de gastos respectivos. Y en el evento de que el aludido Art. 32 fuere aplicable a los municipios y a los alcaldes, ese interesante planteamiento tendría que ser refutado, y no simplemente menospreciado como ilógico, según pretende el acusador.

Pero el ataque principal aparece bajo los literales B), C), D), E) y F), ya copiados, cuya concatenación reclama un análisis conjunto.

1. Representación legal-laboral del empleador

El Art. 32 del C. S. T., sobre cuya interpretación gira en gran parte la controversia, no abrogó las normas del derecho común en lo atinente a la representación legal de las personas, naturales o jurídicas, ni al mandato (representación convencional), sino que las adicionó al instituir otro tipo de representación legal de los empleadores, aparte de la ordinaria, que en razón de brevedad podría denominarse "representación legal-laboral". Por eso empieza diciendo que "son representantes del patrono ... además de quienes tienen ese carácter según la ley o los reglamentos de trabajo", los que indica en seguida.

Ahora bien: Para el sentenciador, la representación legal-laboral solo opera en el ámbito del derecho individual del trabajo, y no en el del colectivo; para el recurrente, es un fenómeno peculiar del derecho del trabajo, consagrado en una de las disposiciones generales del Código y que se aplica por igual en ambos campos.

La ubicación del aludido artículo 32 en el Código de la materia parece darle la razón al Tribunal de Cúcuta. Corresponde, en efecto, al Título primero ("Contrato Individual de Trabajo"), de la "Primera parte" cuyo rubro es "Derecho Individual del Trabajo". Por contraposición notoria, las normas sobre conflictos colectivos y convenciones colectivas de trabajo figuran en la "Segunda parte" (Títulos II y III, respectivamente), bautizada "Derecho Colectivo del Trabajo".

Tal ubicación, apenas indiciaria por sí misma, cobra trascendencia a la luz de otros ordenamientos positivos que escinden el campo de aplicación del Código en razón de la situación jurídica de los empleadores:

"El presente Código regula las relaciones de Derecho Individual del Trabajo de carácter particular, y las de Derecho Colectivo del Trabajo, oficiales y particulares". (Art. 3º).

"Las relaciones de Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código...". (Art. 4º).

"Desde la fecha en que principie la vigencia de este Código, quedan suspendidos todas las leyes, decretos, resoluciones y demás preceptos anteriores... en cuanto han venido rigiendo los derechos individual y colectivo de trabajo entre patronos y tra-

bajadores particulares y los del derecho colectivo de trabajo entre la Administración Pública y sus servidores" (Art. 491).

"Quedan vigentes las normas (anteriores) que regulan... el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores oficiales". (Art. 492).

Porque si las disposiciones contenidas en la Primera parte del Código ("Derecho Individual del Trabajo") se reputaran genéricas e incidieran en los fenómenos regulados por la Segunda parte ("Derecho Colectivo del Trabajo"), como quiere el impugnante que ocurra con el artículo 32, sería imposible determinar cuáles son las que no rigen para "los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado" o cuáles de las que estaban vigentes cuando se expidió el Código mantienen todavía su imperio en las relaciones laborales de la Administración con sus trabajadores.

Estas simples consideraciones, que no tuvo en cuenta el sentenciador (pues partió del falso supuesto de que el Art. 32 rige las relaciones de derecho individual del trabajo, tanto particulares como oficiales, le habrían permitido llegar más fácilmente a la conclusión de que tal norma no es aplicable al caso de autos para atribuirle a un alcalde la representación legal-laboral del Municipio frente a sus trabajadores de las obras públicas. Pero como en la legislación anterior al Código se adoptó un principio semejante (el Art. 5º del Decreto Nº 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año), conviene examinar la sentencia a la luz de aquel falso supuesto, como si se tratara de relaciones entre particulares.

La división, ya clásica, de las dos ramas mencionadas del derecho laboral para su tratamiento legislativo, tampoco es arbitraria sino lógica y científica. Los ordenamientos positivos del derecho individual del trabajo se enderezan a limitar la libertad contractual para suplir con disposiciones providentes la ignorancia e indefensión presuntas del trabajador aislado frente al poder del capital. Los del derecho colectivo tienden más bien a garantizar la libertad contractual de los grupos económicos, con el presupuesto de la igualdad de fuerzas: de un lado, el mismo poder del capital; del otro, el número y la solidaridad de los trabajadores organizados en bloques sindicales, con asesoría especializada y dotados de instrumentos de coerción tan eficaces como la huelga o el arbitraje obligatorio.

De allí que una disposición concebida para tutelar el contrato individual de trabajo no puede ser trasladada, sin un severo análisis, al reglamento de la contratación colectiva. Son dos regímenes distintos.

Los sujetos de la relación individual son el empleador y el empleado; los de la convención colectiva, las empresas y los sindicatos. El objeto del contrato individual es el intercambio de prestaciones: trabajo por salario; el de la convención colectiva, superar la regulación legal de los contratos individuales en favor de los trabajadores a trueque de asegurar, al menos por un tiempo determinado, el nivel de costos y la paz en las empresas. El convenio individual es consensual, muchas veces simplemente fáctico; el colectivo, solemne. El plazo del primero es limitado por la ley; el del segundo, libremente estipulado por los pactantes.

Si todo es diverso, solo una disposición expresa permitiría, en sana hermenéutica, aplicar a la representación de las partes en la convención colectiva un precepto peculiar de la contratación individual. Lejos de haberla, existen para lo colectivo las que requieren un mandato especial.

Así, por ejemplo, corresponde a los sindicatos "adelantar la tramitación legal de los pliegos de peticiones, designar y autorizar (se subraya) a los afiliados que deban negociarlos y nombrar los conciliadores y árbitros a que haya lugar" (C. S. T., Art. 374, 3º), atribuciones que, por lo demás, son privativas de las asambleas generales. (Art. 376).

Según el Art. 432, el pliego de peticiones debe ser entregado "al patrono, o a quien lo represente"; sin embargo, el Art. 433

agrega: "Si la persona a quien se presentare el pliego considerare que no está autorizada para resolver sobre él, debe hacerse autorizar o dar traslado al patrono". Supuesto inconciliable con la tesis de que cualquier representante del empleador, está investido, por ministerio de la ley, de plenas facultades.

El Art. 439, al regular la etapa de conciliación en los conflictos colectivos, es aún más enfático: "Los representantes de una y otra parte deben ser conocedores de los negocios de que se trata y **estar provistos de suficientes poderes para firmar cualquier convención colectiva** (nuevamente se subraya) o pacto que se celebre".

Y es que no podría ser de otra manera. Resulta fácil imaginar los peligros a que estarían expuestos los trabajadores si la firma de cualesquiera de los directores sindicales al pie de un documento pudiera prevalecer sobre la voluntad mayoritaria de la asamblea, o quebrar una huelga a mitad del camino, o privar a la organización por largos años de la posibilidad de formular nuevas peticiones. O los que correrían los empresarios si cualquiera de sus administradores, firmando una convención, así sea el capitán de uno de sus barcos o el mayordomo de una de sus haciendas, conforme al Art. 32, pudiera obligarlos, sin su consentimiento, a concesiones extravagantes o demasiado onerosas

Bastan los comentarios anteriores para concluir que las reglas del mandato y de la representación en el derecho común (o las del derecho administrativo, en su caso), no han sido abrogadas ni modificadas por la ley laboral en lo atinente a la contratación colectiva, y solamente adicionadas, en el terreno de la contratación individual, en los precisos términos de la disposición que se examina.

Así lo entendió el sentenciador, y su interpretación de la norma no adolece, por tanto, del vicio que le imputa el recurrente. Sin que sobre añadir, en relación con las hipótesis que éste plantea en el literal F) de su escrito, que son los negociadores de la convención colectiva quienes deben cerciorarse, antes que nada, de la regularidad y suficiencia de sus poderes recíprocos, como ocurre en cualquier negociación civil o mercantil de la vida común; que el control previo del Gobierno sobre la iniciación de actividades empresariales por sociedades extranjeras dentro del país, es bastante a precautelar los derechos individuales y colectivos de los trabajadores nacionales; que l Art. 33 del C. S. T. sobre la obligación patronal de constituir apoderados laborales en los Municipios donde se tengan establecimientos o sucursales. previene el peligro de la representación inadecuada, y que los Arts. 485 y 486 del mismo estatuto dan al Ministerio del Trabajo los instrumentos necesarios coercitivos para impedir, si se utilizan con oportunidad, la burla de los ordenamientos positivos. Más todavía: en el evento de que todo eso fallara, la ley ha dotado a los propios trabajadores del arma suprema en los conflictos colectivos: la huelga o, para los privados de ese derecho, el arbitraje obligatorio.

Porque las características peculiares de esa clase de conflictos y el interés de la sociedad, exigen soluciones rápidas, tanto en el terreno de las relaciones laborales particulares como en el de las oficiales. De ahí que los plazos previstos por el estatuto del trabajo al ordenar el trámite de los diferendos colectivos sean tan breves: cinco días para iniciar las negociaciones directas, aún en caso de que la persona a quien se entregue el pliego de peticiones (el alcalde, por ejemplo), no esté facultado para resolver sobre él (Art. 433); diez días para dar respuesta concreta a las peticiones, si los trabajadores lo exigen (Art. 434); veinticuatro horas para designar los conciliadores, si no hubo acuerdo en las negociaciones directas (Art. 437); y diez días más para la función de los conciliadores, salvo que ambas partes accedan a ampliarles ese término (Art. 441). Plazos preclusivos. desde luego, de modo que si el Concejo Municipal (siguiendo con el ejemplo) no atiende la convocación del alcalde o no le confiere las facultades necesarias ni designa a cualesquiera otros negociadores, o si dilata el nombramiento de su conciliador, se tendrán

por fracasadas las respectivas etapas y procederá el arbitraje (con el ítem de que, conforme al Art. 453, "la renuencia de cualquiera de las partes para designar árbitro dará derecho al Ministerio del Trabajo para hacerlo"), como procedería la huelga legal de los particulares, en situación análoga.

2. La jerarquía de las diversas normas

El literal G) de la acusación le asigna gratuitamente al sentenciador la tesis de que el Código de Régimen Político y Municipal prevalece sobre el Laboral, inclusive en los asuntos del trabajo, contra lo preceptuado en el Art. 20 de este último: "En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquellas".

Como lo observa la Procuraduría Delegada en lo Civil en su escrito de oposición, por cuanto el fallo impugnado no encontró aplicable el Art. 32 del C. S. T. al ajuste de una convención colectiva entre el Municipio de Cúcuta y sus trabajadores de obras públicas (y está dicho que anduvo acertado en ello), alude a la Constitución, que es ley de leyes, y hace hincapié en la disposición administrativa que les confieren al Concejo la administración de los intereses del Municipio y al Personero su representación por vía general (Art. 145 del C. de R. P. y M.) y no al Alcalde. "No hay contraposición entre las dos normas legales —concluye el opositor—; tampoco existe la subordinación que el recurrente le atribuye al Tribunal fallador, de la norma del Código Sustantivo del Trabajo a la del Código de Régimen Político y Municipal. Puesto que no es que se contraríen en su contenido normativo, sino que precisamente se armonizan y complementan". La Sala nada tiene qué agregar a este respecto.

3. Valoración del cargo

El análisis que antecede se ha circunscrito al primer aspecto del gravamen (interpretación errónea del Art. 32 del C. S. T.), porque, a pesar de invocársele como infracción de medio, fue objeto de las argumentaciones más importantes del recurrente y porque su recto entendimiento trasciende la órbita de este caso concreto. No pára allí la acusación, sin embargo, pues la norma de derecho material cuya violación se atribuye a la sentencia, a causa del error de interpretación alegado, es el Art. 64 del mismo estatuto, la cual, según el impugnador, consagra la indemnización del lucro cesante que el Municipio de Cúcuta les adeuda a los ocho ex-trabajadores de las obras públicas por ruptura ilegal de sus contratos, y que la sentencia les niega.

Ya se ha desechado la pretendida causa, porque la Sala coincide con el fallador acusado en entender que aquel artículo 32 no es pertinente a la contratación colectiva, así oficial como particular. Pero, además, aún suponiendo equivocada la interpretación del ad-quem, el efecto del error no sería de ningún modo el que el impugnador deduce. Porque la indemnización de perjuicios en favor de los trabajadores vinculados a la Administración nacional, departamental o municipal por contratos fictos de trabajo, cuando sean víctimas de la ruptura unilateral e ilegal de esos contratos, no puede estar consagrada en el Art. 64 del C. S. T., en razón de lo dispuesto en los Arts. 3º, 4º y 492 del mismo Código, sino en alguna norma sustantiva que rija la relación jurídico-laboral de carácter oficial.

El cargo no prospera.

B. Segundo cargo

También se acusa la sentencia de violar, según se lee textualmente en el escrito, "de manera directa el Art. 64 del C S. T., por no aplicación del mismo, debido a grave y ostensible error de hecho consistente en no haber dado por sentado, estándolo, que hubo despido sin justa causa de los ocho (8) trabajadores demandantes, de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, error de hecho que se produjo en razón de haber dejado de apreciar el Tribunal de Cúcuta, en el fallo en cuestión las pruebas que se relacionan en este cargo".

Al efecto, el recurrente singulariza las resoluciones de enganche de los ocho tra-

bajadores municipales; las contestaciones del Personero de Cúcuta a las correspondientes demandas, en cuanto en ellas aceptó que los despidos se produjeran "con fecha 19 de febrero de 1961" (sic) y que su causa fue la terminación del plazo fijado en las resoluciones de enganche; la copia auténtica de la convención colectiva de trabajo, y el certificado sobre afiliación de los mismos trabajadores al Sindicato Unificado de la Construcción. "Debe tenerse en cuenta —agrega—, con relación a la falta de apreciación de la contestación de la demanda (sic) que el Personero no alegó justa causa de ley para el despido, no agotamiento de las partidas presupuestales de OO. PP. Alegó terminación del plazo pactado, sin tomar en cuenta que por haber transcurrido más de 60 días el plazo de prueba había concluído, y por ende, el subsiguiente plazo de 59 días iba contra la ley que prohibe señalar plazo inferior a 120 días para los contratos a término fijo".

El opositor se limita a pedir la desestimación del cargo por su defectuosa formulación, recordando que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, "la acusación presentada por infracción de la ley sustantiva a través de errores de hecho, no es directa sino indirecta".

Se considera

Aunque el reparo del opositor es eficaz, tampoco en el supuesto de que el gravamen hubiera sido planteado con la más rigurosa técnica habría podido quebrantar la sentencia. Porque el error de hecho que a ésta se atribuye es el de no tener por establecido que los ocho despidos se produjeron sin justa causa. Y en ella se da por probada, precisamente con la confesión del Personero, dicha circunstancia:

"Estos (los demandantes) han sostenido a través de las dos instancias que fueron despedidos injustamente, o sea, sin justa causa, y ese hecho lo acepta en la respuesta de la demanda (sic) el señor Personero Municipal; luego cabría condena por este hecho. A pesar de lo anterior, no es posible llegar a esa conclusión por cuanto esta súplica no fue formulada en el libelo (sic) y la facultad de fallar extra y ultra petita es exclusiva del Juez de primera instancia, cosa que aquí no se hizo".

El cargo es infundado.

III. La decisión

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCION CONTRA EL INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL EN SU CALIDAD DE BENEFICIARIO DE LA OBRA EN QUE PRESTO SUS SERVICIOS EL DEMANDANTE.

Obligación solidaria entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra. — Obligaciones derivadas del contrato de trabajo que vinculó al demandante con el contratista y del contrato de obra celebrado entre éste y el beneficiario de la obra. — Excepción de cosa juzgada. — Resulta improcedente, en el caso de autos, declararla probada. — Distinta causa jurídica. — Condena por auxilio de cesantía, prima de servicios e indemnización por accidente de trabajo y por mora.

1. Estima la Sala que la conclusión a que llega el sentenciador no se ciñe al recto entendimiento del Art. 34 del C. S. T., puesto que tratándose de una obligación solidaria, la acción que promovió el demandante contra el contratista independiente, patrono suyo, no le impedía dirigirse posteriormente contra otro deudor, que no tuvo la calidad de patrono sino de beneficiario de las obras, tanto más si el que fue demandado primero no satisfizo la obligación. Así se colige del texto del artículo 1572 del C. C., que dice: "La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte que hubiere sido satisfecha por el demandado".

Por consiguiente, no cabe sostener que en todos los casos, la sentencia de condena dictada en juicio que se siguió a uno de los deudores solidarios, tenga efecto de cosa juzgada respecto del que no fue demandado inicialmente, tanto menos cuando su obligación deriva de una causa que no es idéntica.

La tesis de que "La solidaridad opera respecto a la obligación, pero no respecto a un título producido sin haber oído y vencido a quien siendo parte solidaria en la obligación se dejó fuera del proceso destinado a obtener el título, y a quien al proceder así se le impidió discutir tal obligación", tesis que pretende apoyarse en el artículo 26 de la Carta, no es del todo valedera en materia laboral. En efecto, dentro de la hipótesis del Art. 34 del C. S. T., la relación de trabajo se establece directamente entre el contratista independiente y quien le presta sus servicios. La existencia y condiciones del contrato laboral, su ejecución y el modo de extinción del mismo, no son conocidos normalmente sino por ellos dos. Dada esta circunstancia, ¿qué finalidad tendría oir al beneficiario de la obra o labor en el juicio en que solo se ventila lo atinente a salarios, prestaciones o indemnizaciones derivados de un contrato cuyos detalles ignora y en que no ha sido parte?

La obligación solidaria del beneficiario de la obra no proviene inmediatamente del contrato de trabajo celebrado entre el operario y el contratista independiente sino del contrato de obra celebrado entre éste y el beneficiario. De tal manera que solo cuando en el juicio se discuten al mismo tiempo el contrato de trabajo y el de obra resulta necesario citar y oir conjuntamente al pa-

trono y al beneficiario, evento en el cual su posición es la de litisconsortes.

2. Resulta improcedente declarar probada la excepción de cosa juzgada, como lo hizo la sentencia que se impugna, porque si bien la nueva demanda tuvo hasta cierto punto el mismo objeto que la primera, o sea el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones, y hubo identidad de personas en cuanto los dos demandados tenían vínculo de solidaridad legal, la causa jurídica no fue en realidad la misma, ya que la primera demanda se fundó exclusivamente en un contrato de trabajo y la segunda, además, en un contrato de obra, con sujetos distintos.

Ahora bien, el cargo por interpretación errónea del artículo 34 del C. S. T., plantea una proposición jurídica completa, en cuanto por sí solo incide sobre la parte resolutiva de la sentencia acusada, ya que las normas reguladoras de la obligación respecto de la cual el recurrente pretende que se declare deudor solidario al Instituto de Crédito Territorial, no han sido objeto del presente juicio (ni podían serlo) sino del anterior, que versó sobre el contrato de trabajo celebrado entre el demandante y el contratista, en el que se pronunció sentencia de mérito, ya ejecutoriada y, por tanto, intocable por la vía de este recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., doce de febrero de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Alberto Bravo).

Pedro Salvador Pita, por conducto de apoderado, demandó al Instituto de Crédito Territorial para que se declarase a éste solidariamente responsable con el doctor Federico Pérez Latorre, por el valor del auxilio de cesantía, prima de servicios e indemnización por accidente de trabajo y por mora, a cuyo pago fue condenado el segundo mediante sentencia de fecha 23 de agosto de 1955, proferida por el Juez Tercero del Circuito Judicial del Trabajo de Bogotá, en juicio que le adelantó el mismo demandante.

Según los hechos de la demanda, el actor trabajó como albañil, desde el 18 de marzo hasta el 20 de junio de 1954, en las casas que el doctor Pérez Latorre construyó para el Instituto de Crédito Territorial en el Barrio Los Alcázares de esta ciudad, con un salario de $ 14.00 diarios; se le despidió sin causa legal, cuando aún no se habían terminado las obras y sin que se le pagaran las prestaciones sociales ni las indemnizaciones que le correspondían.

Fundó el derecho en los artículos 32, 33, 34, 35, 36, 45, 54, 64, 65, 199, 309 y 310 del C. S. T.

El doctor Pérez Latorre, en la contestación del libelo, dijo no ser cierto lo que en éste se afirma y propuso las excepciones de cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones, prescripción y cualquiera otra que resultare demostrada en el juicio.

El Instituto de Crédito Territorial manifestó que no tenía conocimiento de los hechos de la demanda, negó el derecho invocado, y propuso cualquiera excepción perentoria que se dedujera de los hechos oportunamente acreditados.

El Juzgado del conocimiento estimó que la litis estaba reducida al actor, por una parte y al Instituto de Crédito Territorial, por la otra, y la decidió así:

"Primero. **Declárase al Instituto de Crédito Territorial**, persona administrativa autónoma, representada por su Gerente, **solidariamente responsable** con el doctor **Federico Pérez Latorre**, de las obligaciones que al último le fueron impuestas en la sentencia de este Juzgado del 23 de agosto de 1955, proferida en el juicio ordinario de Pedro Salvador contra Federico Pérez Latorre, a saber:

"a) Por cesantía de tres (3) meses de servicios liquidada con un salario de $ 14.00 diarios ..... $ 105.00

"b) Por prima proporcional de servicios 105.00

"c) Por accidente de trabajo .. 840.00

"d) Un (1) día de salario a razón de catorce pesos ($ 14.00) diarios, a partir del 1º de diciembre de 1954 y hasta cuando se efectúe el pago".

"Segundo. Costas a cargo de la parte demandada. Tásense".

Contra la providencia del a-quo apeló el Instituto de Crédito Territorial. El Superior revocó el fallo de primera instancia, declaró probada la excepción de cosa juzgada y, en consecuencia, absolvió a la entidad mencionada de todas las peticiones de la demanda, con costas a cargo de la parte actora, la cual interpuso el recurso de casación que va a decidirse.

Pretende el recurrente que se case la sentencia acusada y en su lugar se mantenga, en instancia, la de primer grado.

Con base en la causal primera del artículo 87 del C. P. T., formula dos cargos, que se resumen a continuación:

Primer cargo

Acusa el fallo por infracción directa del artículo 34 del C. S. T.

Alega que el Tribunal Superior, no obstante reconocer la solidaridad entre el Instituto de Crédito Territorial y el doctor Federico Pérez Latorre en cuanto al pago de las prestaciones e indemnizaciones que solicitó el demandante, dejó de aplicar el citado artículo 34 por estimar que en el caso de autos se configuraba el fenómeno de la cosa juzgada, de conformidad con el inciso tercero del artículo 474 del C. J.

Agrega que el fallador de segunda instancia dio al artículo 474 del C. J. una interpretación que pugna con el texto de la norma, ya que el fallo de 1955 contiene una condena estrictamente personal contra el doctor Federico Pérez Latorre, que en nada afectaba al Instituto de Crédito Territorial, por lo cual, precisamente, se hizo necesario entablar con posterioridad la segunda acción dirigida a obtener que se declarara la responsabilidad solidaria del Instituto, en los términos del artículo 34 del C. S. T., para que así el actor, pudiera ejecutar a cualquiera de los obligados.

Segundo cargo

En este se acusa por interpretación errónea del artículo 34 del C. S. T.

La noción equivocada del precepto se hace consistir en que para el Tribunal Superior, cuando se sigue un juicio contra uno de los responsables solidariamente, el otro queda exonerado del pago de la obligación, haciendo así distinciones de tiempo, modo o lugar, que no están autorizadas, pues las acciones contra los deudores solidarios pueden promoverse simultáneamente a todos o sucesivamente a cada uno de ellos.

En el mismo cargo, el recurrente ataca el fallo acusado por interpretación errónea del inciso tercero del artículo 474 del C. J.

Al respecto expone lo siguiente:

"Consideró equivocadamente el Tribunal que la sentencia dictada en agosto de 1955 contra el doctor Federico Pérez Latorre contenía una obligación solidaria o indivisible contra éste y el Instituto de Crédito Territorial, cuando lo cierto es que basta leer la parte resolutiva de dicho fallo para cerciorarnos que él no contiene ninguna condena contra el Instituto de Crédito Territorial y que la premisa que ha tomado el Tribunal para dar aplicación al artículo 474 no existe porque no cobijando el fallo al Instituto de Crédito Territorial no puede hablarse de cosa juzgada".

El opositor anota que el artículo 34 del C. S. T. contiene una disposición muy clara, que no es susceptible de diversas interpretaciones. "La solidaridad —añade— en esa norma consagrada es una simple situación abstracta que puede llegar a hacerse concreta al demandar al deudor solidario el cumplimiento de las obligaciones emanadas de una relación de carácter laboral y para

lograr esta finalidad sería necesario probar estas obligaciones en juicio con audiencia de dicho deudor, en cumplimiento del principio universal de derecho consagrado en el artículo 26 de nuestra Constitución Nacional".

Encuentra, además, ajustada a derecho la sentencia del Tribunal Superior puesto que el negocio referente a las prestaciones que reclamó el señor Salvador Pita, por servicios prestados al doctor Federico Pérez Latorre en la construcción de unas casas en el barrio "Los Alcázares" de esta ciudad, ya fue decidido por los funcionarios judiciales competentes, en forma definitiva, mediante sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada.

Por último, observa que los cargos son incompletos, pues no señalan las normas que establecen las prestaciones e indemnizaciones cuyo reconocimiento y pago negó el fallador, según lo afirma el recurrente.

Para resolver se considera

El Tribunal se expresó así en el fallo acusado:

"De las pruebas que se relacionan en la sentencia apelada se deduce de manera indudable que el doctor Federico Pérez Latorre y el Instituto de Crédito Territorial celebraron un contrato por medio del cual el primero se comprometió a construir un número determinado de viviendas en el barrio de Los Alcázares, de esta ciudad. Y que por consiguiente fue un contratista independiente y que de la realización de las obras por él ejecutadas se benefició el Instituto de Crédito Territorial.

"La sentencia que condenó al Dr. Pérez Latorre a pagarle prestaciones e indemnizaciones al actor, se basó en el contrato de trabajo que tuvo vigencia entre dicho actor y Pérez Latorre, con motivo de la construcción de esas viviendas en el barrio de Los Alcázares ya mencionado.

"El Art. 34 del C. S. del T. establece la solidaridad entre el contratista independiente en cuanto a los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores por ellos contratados para la realización de las obras materia del contrato.

"Ocurre sin embargo que en el presente caso se presenta el fenómeno jurídico denominado cosa juzgada.

"En la demanda se pide que se declare solidario al Instituto de las obligaciones que por medio de sentencia ejecutoriada se impusieron al contratista Dr. Pérez Latorre, y que se condene a dicho Instituto al pago de esas mismas condenas.

"El juicio que terminó con la sentencia referida y la apelada en el presente juicio tienen como fundamento la misma relación jurídica o sea el contrato de trabajo mediante el cual el demandante prestó sus servicios en la construcción de unas viviendas en el barrio de Los Alcázares, y que según la primera sentencia fueron los de empañetador. Y lo que se reclama tanto en el juicio anterior como en éste son las prestaciones sociales y las indemnizaciones derivadas de ese contrato de trabajo.

"De manera que la nueva demanda tiene el mismo objeto y se funda en las mismas causas que la primera.

"Y hay identidad jurídica entre las personas de los litigantes, como vamos a verlo. De manera que se llenan todos los requisitos puntualizados por el Art. 474 del C. J. para que opere el fenómeno de la cosa juzgada.

"Como ya se dijo, en las obligaciones derivadas del contrato de trabajo que existió entre el demandante Pedro Salvador Pita y el contratista Dr. Federico Pérez Latorre, existía solidaridad, por mandato del Art. 34 del C. S. del T. Ello quiere decir que el demandante tenía abierto el camino para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones bien del Dr. Pérez Latorre, bien del Instituto de Crédito Territorial o de ambos solidariamente. Y que al haber demandado al Dr. Pérez Latorre agotó la acción derivada del contrato de trabajo.

"No se puede venir nuevamente con fundamento en el mismo objeto y en la misma causa, a demandar al Instituto para que se lo declare solidario, después de haberse adelantado y fallado un juicio con esos mismos fundamentos, porque como lo dice el inciso 3º del ya citado Art. 474 del C. J.: "Hay también identidad de personas en los casos de obligaciones solidarias e indivisibles", como es el caso de la obligación que se quiere hacer efectiva contra el Instituto de Crédito Territorial en este proceso. Como lo dice el Dr. Hernando Morales en su punto (sic) de Derecho Procesal Civil, Pág. 430:

"Por último, hay también identidad de personas en los casos de obligaciones solidarias e indivisibles, o sea, cuando el objeto total de la obligación se puede cobrar a cualquiera de los obligados. Es lógico que lo resuelto en relación con uno repercuta en los demás, precisamente porque la decisión se ha tomado sobre la totalidad del crédito".

"Se observa además que la solidaridad que consagra el artículo 34 del C. S. del T., es una garantía en favor del trabajador para que éste pueda iniciar la acción que más le convenga pudiendo elegir como demandado a cualquiera de los deudores solidarios o a ambos de manera simultánea.

"De esta manera puede obtener el título que declare o reconoce la obligación. Pero una vez obtenido el título, la sentencia en este caso, dicho título no puede oponerlo sino a la persona o personas que fueron parte en dicho juicio. Porque es principio fundamental de la ciencia probatoria, cristalizado en las Legislaciones, que la sentencia dada en un juicio no obliga sino a las personas que litigaron como partes. Ello en virtud del principio de garantía de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en el respectivo proceso.

"La solidaridad opera respecto a la obligación, pero no respecto a un título producido sin haber oído y vencido a quien siendo parte solidaria en la obligación se dejó fuera del proceso destinado a obtener el título, y a quien al proceder así se le impidió discutir tal obligación".

Como se ve de la transcripción precedente, el Tribunal da por demostrado que entre el doctor Federico Pérez Latorre y el Instituto de Crédito Territorial se celebró un contrato por medio del cual el primero se comprometió a construir un número determinado de viviendas en el barrio de "Los Alcázares", de esta ciudad; que el doctor Pérez Latorre fue un contratista independiente; que de la construcción de las obras se benefició el Instituto, y que entre el mismo Pérez y el demandante Pedro Salvador Pita existió un contrato de trabajo, que tuvo por objeto la prestación de servicios del actor en las referidas obras. De allí deduce que, por mandato del artículo 34 del C. S. T., se estableció solidaridad entre el contratista independiente y la entidad beneficiada, respecto de las obligaciones originadas en el contrato de trabajo que existió entre Salvador Pita y el doctor Pérez Latorre y que, en consecuencia, el acreedor podía exigir su cumplimiento a cualquiera de los deudores solidarios o a ambos. Mas entiende que habiendo demandado el trabajador al doctor Pérez Latorre con el fin de obtener el pago de las obligaciones sin que el Instituto fuera citado y oído, y habiéndose proferido contra aquél sentencia, que ya hizo tránsito a cosa juzgada, no podía luego, en un nuevo juicio, pedir que se declarase a éste responsable solidariamente de tales obligaciones.

Estima la Sala que la conclusión a que llega el sentenciador no se ciñe al recto entendimiento de artículo 34 del C. S. T., puesto que tratándose de una obligación solidaria, la acción que promovió el demandante Pedro Salvador Pita contra el contratista independiente, patrono suyo, no le impedía dirigirse posteriormente contra el otro deudor, que no tuvo la calidad de patrono sino de beneficiario de las obras, tanto más si el que fue demandado primero no satisfizo la obligación. Así se colige del texto del artículo 1.572 del C. C., que dice: "La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no

extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte que hubiere sido satisfecha por el demandado".

Por consiguiente, no cabe sostener que en todos los casos la sentencia de condena dictada en juicio que se siguió a uno de los deudores solidarios, tenga efecto de cosa juzgada respecto del que no fue demandado inicialmente, tanto menos cuándo su obligación deriva de una causa que no es idéntica.

La tesis de que "La solidaridad opera respecto a la obligación, pero no respecto a un título producido sin haber oído y vencido a quien siendo parte solidaria en la obligación se dejó fuera del proceso destinado a obtener el título, y a quien al proceder así se le impidió discutir tal obligación", tesis que pretende apoyarse en el artículo 26 de la Carta, no es del todo valedera en materia laboral. En efecto, dentro de la hipótesis del artículo 34 del C. S. T., la relación de trabajo se establece directamente entre el contratista independiente y quien le presta sus servicios. La existencia y condiciones del contrato laboral, su ejecución y el modo de extinción del mismo, no son conocidos normalmente sino por ellos dos. Dada esta circunstancia, ¿qué finalidad tendría oír al beneficiario de la obra o labor en el juicio en que solo se ventila lo atinente a salarios, prestaciones e indemnizaciones derivadas de un contrato cuyos detalles ignora y en que no ha sido parte?

La obligación solidaria del beneficiario de la obra no proviene inmediatamente del contrato de trabajo celebrado entre el operario y el contratista independiente sino del contrato de obra celebrado entre éste y el beneficiario. De tal manera que solo cuando en el juicio se discutan al mismo tiempo el contrato de trabajo y el de obra resulta necesario citar y oír conjuntamente al patrono y al beneficiario, evento en el cual su posición es la de litisconsortes.

En el caso de autos se tiene que en un juicio anterior al que ahora se estudia, se conoció y decidió sobre las peticiones del trabajador Pedro Salvador Pita contra su patrono el doctor Federico Pérez Latorre. En dicho juicio se produjo condena contra el demandado.

Desde luego, el señor Salvador Pita no podía intentar una nueva acción contra el Instituto de Crédito Territorial como patrono, que no lo fue. Pero sí podía hacerlo invocando su calidad de beneficiario de la obra en que prestó los servicios que pactó directamente con el doctor Pérez Latorre, contratista independiente.

El objeto del nuevo juicio ya no era demostrar la existencia y condiciones del contrato de trabajo, definidas mediante sentencia ejecutoriada, sino acreditar la existencia y condiciones del contrato de obra celebrado entre el doctor Pérez Latorre y el Instituto de Crédito Territorial, y también la relación de causalidad entre los dos contratos.

Resulta, pues, improcedente declarar probada la excepción de cosa juzgada, como lo hizo la sentencia que se impugna, porque si bien la nueva demanda tuvo hasta cierto punto el mismo objeto que la primera, o sea el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, y hubo identidad de personas en cuanto los dos demandados tenían vínculo de solidaridad legal, la causa jurídica no fue en realidad la misma, ya que la primera demanda se fundó exclusivamente en un contrato de trabajo y la segunda, además, en un contrato de obra, con sujetos distintos.

Ahora bien, el cargo por interpretación errónea del artículo 34 del C.S.T., plantea una proposición jurídica completa, en cuanto por sí solo incide sobre la parte resolutiva de la sentencia acusada, ya que las normas reguladoras de la obligación respecto de la cual el recurrente pretende que se declare deudor solidario al Instituto de Crédito Territorial, no han sido objeto del presente juicio (ni podían serlo) sino del anterior, que versó sobre el contrato de trabajo celebrado entre el señor Pedro Salvador Pita y el doctor Federico Pérez Latorre, en el que se pronunció sentencia de méri-

to, ya ejecutoriada y, por tanto, intocable por la vía de este recurso.

Así, pues, prospera el referido cargo. Y como el primero busca la misma finalidad, no es necesario estudiarlo.

Para decidir en instancia, además de lo que se expuso al examinar la acusación, se considera:

El Instituto de Crédito Territorial, cuya actividad normal, (Decreto 200 de 1939 y demás disposiciones pertinentes) consiste en fomentar la construcción de casas de habitación, contrató el 12 de agosto de 1953 con el doctor Federico Pérez Latorre la construcción de 53 casas en el barrio de "Los Alcázares" de Bogotá (folio 47). En la ejecución de las obras previstas, y dada la libertad de que disponía para la escogencia de personal, el doctor Pérez Latorre ocupó como albañil al señor Pedro Salvador Pita, desde el 18 de marzo hasta el 20 de julio de 1954 (folio 5 y siguiente). Dicho trabajador demandó a su patrono para que se le condenara a pagarle el valor de algunas prestaciones e indemnizaciones, originadas en el contrato laboral. El juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, produjo las condenas de que antes se dio cuenta. El fallo quedó en firme el 27 de agosto de 1955 (folio 13).

En sentencia de fecha 11 de agosto de 1964 (Cristóbal Oviedo contra Jesús María Domínguez y la Empresa Colombiana de Petróleos) esta Sala dijo:

"Quien se presente, pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar: el contrato de trabajo con éste; el de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada. Son esos los presupuestos del derecho que en favor del trabajador establece la disposición legal en examen". —Según la misma sentencia, la relación de causalidad "consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales de quien encargó su ejecución".

En el caso de autos están demostrados, como se ha visto, tales elementos.

Por tanto, el Instituto de Crédito Territorial es solidariamente responsable, por ministerio de la ley con el doctor Federico Pérez Latorre de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo que vinculó a éste con el señor Pedro Salvador Pita, obligaciones determinadas en la sentencia que profirió el Juzgado Tercero del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá el 23 de agosto de 1955.

Por 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 la sentencia objeto del presente recurso y en su lugar CONFIRMA la de primer grado.

Sin costas.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECONOCIMIENTO DE HONORARIOS PROFESIONALES

Cargos a la sentencia con fundamento en causales de la casación laboral y civil.— Incompetencia de jurisdicción, nulidad de la actuación e incongruencia entre lo pedido y lo resuelto en el fallo acusado. — Competencia de la jurisdicción especial del trabajo para conocer de honorarios por servicios personales de carácter privado. — Naturaleza del negocio jurídico celebrado entre los litigantes. — La nulidad del juicio no se halla establecida en la casación del trabajo. — En casación la ley establece que la norma violada capaz de quebrar la sentencia, sea de derecho material. — Técnica del recurso. — Libre estimación de la prueba testimonial en los juicios atribuídos a la justicia del trabajo.

1. El Decreto 456 de 1956, atribuyó expresamente a la jurisdicción especial del trabajo, competencia para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, sin consideración a su causa jurídica, siguiendo las normas generales sobre competencia y demás disposiciones del Código Procesal del Trabajo, con sujeción al trámite previsto en éste sobre procedimiento ordinario; a la misma jurisdicción asignó el conocimiento de los juicios ejecutivos para la efectividad de la deuda por honorarios, de acuerdo con el trámite establecido para ese juicio en el citado código. Los asuntos de que se trata eran, antes de la expedición del decreto, del conocimiento de la justicia ordinaria, y de ahí que el Decreto 931 de 1956, fijara reglas sobre el tránsito de legislación. Este estatuto (Art. 2º) adicionó el anterior en el sentido de atribuir también a la jurisdicción del trabajo el conocimiento de las demandas de reconvención promovidas en los procesos ordinarios de que trata el Decreto 456 en su artículo 1º, siempre que emanen de la misma causa que las de la demanda principal, para las cuales prescribe la forma y términos establecidos por los artículos 75 y 76 de CPL.

La claridad y precisión de las normas del Decreto 456, dejan sin fundamento atendible los razonamientos del acusador. Así las ha considerado esta Sala de la Corte al señalar su alcance. (Véase sentencia del 31 de mayo de 1960 - G. J. Tomo XCII).

En fallos posteriores ha reiterado la Corte la anterior doctrina. No se trata, pues, de caos legislativo ni de vacilaciones de juzgados y tribunales sobre el sentido y significación de la materia regulada por el estatuto en referencia, ni de ausencia de orientación jurisprudencial acerca de ella.

2. Juzgado y Tribunal estuvieron acordes en la calificación del negocio jurídico celebrado por los litigantes, que ambos consideraron de obra y no de trabajo, de acuerdo con sus estipulaciones y ejecución. Es inexacto que hayan estimado ese contrato como de naturaleza laboral, dándole al actor la denominación de trabajador dependiente y al demandado la de patrono, ni que la litis la hubieran resuelto de conformidad con normas sustantivas de la ley del trabajo. Ninguno de los falladores de instancia hace afirmaciones en tal sentido. Para ambos el demandante fue trabajador independiente y llegaron a la conclusión de que tenía derecho al reconocimiento de los honorarios que reclama, en la cuantía en

que lo decretan, en calidad de trabajador autónomo y de conformidad con preceptos de la ley civil, como se desprende del sentido de sus pronunciamientos. Para estatuir en tal forma estimaron que era competente la justicia del trabajo, de acuerdo con las razones antes expuestas.

3. Deduce el acusador la nulidad de lo actuado en el juicio, de la incompetencia de la justicia del trabajo para su decisión. En vista de que esa incompetencia no existe, el reparo en examen queda sin base en qué apoyarse. Por lo demás, la nulidad del juicio, causal de casación en el proceso civil (artículo 520, numeral 6º del C. J.), no se halla establecida en la casación del trabajo, ni, por consiguiente, es dable alegarla en ésta.

4. No es atendible la acusación a que se refiere la causal segunda por violación de los artículos 722 del C. J. y 51 del CPL. Contiene aquél una regla de derecho probatorio y señala el otro los medios de prueba admisibles en los juicios del trabajo, y ninguno de ellos es de naturaleza sustantiva. En casación la Ley establece (artículo 87, incisos 1 y 90, literal a) del numeral 5º del CPL) que la norma violada capaz de quebrar la sentencia sea de derecho material, condiciones que no llenan los que cita el recurrente. De otro lado, no es aplicable en el proceso laboral la norma del artículo 722, porque el Juez del Trabajo estima libremente la prueba, según las reglas de la sana crítica, y aquél precepto fija su valor. Por último, no señala el cargo el concepto de la infracción, que también es exigencia fundamental del alegato sustentatorio del recurso, impuesta por la ley.

5. Si la apreciación de la sentencia no es acertada, ha debido alegarse error de hecho en la valoración de la prueba. No es este el sentido de la acusación al relacionar la serie de obligaciones que dejó de cumplir el demandante. Toda la exposición sobre el tema constituye, en el fondo, una alegación de instancia. Además, aceptando que los argumentos se encaminan a denunciar error de hecho en la actividad lógica del fallador, la Sala observa que el cargo no cita el concepto de violación de las normas, esto es, si directamente, por aplicación indebida o interpretación errónea, requisito fundamental de la demanda de casación conforme a lo dispuesto por el artículo 90 del CPL., literal a) en su numeral 5º.

6. En cuanto a la violación del artículo 595 del C. J., la Sala observa que no es de derecho sustancial. Se limita a sentar una regla sobre el significado de los hechos negativos, que, según el precepto no se demuestran por medio de pruebas como cuando se apoyan en la afirmación de hechos positivos susceptibles de comprobación.

7. Con relación al ataque sobre violación del artículo 597 del C. J., de que se ocupa la causal quinta, la Sala observa que la disposición no rige en los juicios de que conoce la jurisdicción del trabajo. La norma fija el valor de la prueba testimonial que reúna los requisitos que ella determina y en los juicios atribuidos a la justicia del trabajo impera el principio de su libre estimación, sin otra salvedad que la relativa a la observancia de los dictados de la sana crítica y lo que respecto de actos solemnes, en cuanto a su prueba, prescribe el artículo 61 del CPL. Además, aún suponiendo de recibo el precepto en el proceso laboral, su quebranto no sería suficiente para la anulación del fallo, porque no es de derecho material.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., ocho de abril de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez).

Guillermo Leder promovió juicio ordinario contra Wassil Bayeff, para que por sentencia fuera condenado a pagarle la suma de $ 22.150.00, o, en subsidio, la que se demuestre en el juicio, por concepto de honorarios profesionales.

El apoderado del actor funda la demanda en los hechos que a continuación se resumen: Wassil Bayeff contrató los servicios profesionales del ingeniero Guillermo Leder para la elaboración de los planos y la direc-

ción de un edificio en la ciudad de Armenia, destinado al funcionamiento de una trilladora para café, según contrato consignado por escrito; Leder levantó los planos de la obra, obtuvo la aprobación del Municipio de Armenia y dio comienzo a los trabajos en septiembre de 1958; en junio de 1960 la terminó y le hizo entrega de ella al propietario, a su entera satisfacción; Bayeff se obligó a pagarle al ingeniero, como remuneración por sus servicios, el 10% del costo total del edificio, a cuyo efecto aquél abrió una cuenta especial en el Banco Cafetero; según los extractos de la cuenta, el valor de la construcción ascendió a la suma de $ 541.500.00, por lo cual los honorarios del demandante valen la cantidad de $ 54.150.00; en diversos contados Leder recibió la cantidad de $ 32.000.00 y, por tanto, el saldo a su favor y a cargo de Bayeff es de $ 22.150.00, que éste se ha negado a pagarle.

El apoderado judicial del demandado acepta la celebración del contrato sobre prestación de servicios profesionales y el porcentaje estipulado como precio de la obra. Niega que ésta hubiera sido recibida a satisfacción por el propietario, pues quedó con defectos, cuya reparación aumentó el precio calculado, habiendo sobrepasado el ingeniero el tiempo convenido para la entrega; no acepta que su costo haya sido el que indica el actor, porque aún no se ha hecho la liquidación definitiva, y agrega que si su mandante no ha pagado lo que se le cobra es porque nada debe. Se opone, en consecuencia, a la prosperidad de la demanda y propuso estas excepciones: la de contrato no cumplido, petición antes de tiempo y fuerza mayor.

En primera instancia terminó el juicio por sentencia del Juzgado del Trabajo de Armenia. La resolución condena al demandado a pagar al actor la suma de $ 16.150.00, valor del saldo de los honorarios que le reconoce, y lo absuelve de los demás cargos, sin costas. No hizo ninguna declaración acerca de las excepciones propuestas por el demandado.

Apelaron ambas partes. La sentencia que decidió el recurso de alzada, proferida por el Tribunal Superior de Manizales, declaró parcialmente probadas las excepciones de "contrato no cumplido" y "petición antes de tiempo", y rechazó la de "fuerza mayor". Confirmó la condena contra el demandado, contenida en el fallo de primer grado, y lo revocó en cuanto lo absuelve del pago de las costas, que le impuso en un 75%.

Contra la sentencia del **ad-quem** interpuso el demandado el recurso de casación, que le fue concedido. La Sala lo admitió, y como se halla debidamente preparado, pasa a decidirlo.

El recurso

Según el alcance de la impugnación, aspira a que se infirme la sentencia recurrida, dando a entender que el demandado debe ser absuelto de los cargos que le formula la demanda inicial. Con todo, en el alegato de casación pide también el acusador que se declare la nulidad de lo actuado y asimismo que se infirme la decisión del **ad-quem** por falta de consonancia entre lo pedido y lo resuelto en ella.

Motivos de casación

El alegato que sustenta el recurso contiene dos capítulos, cada uno de los cuales comprende varios cargos con fundamento en causales de la casación laboral y civil. El primer capítulo trata de la incompetencia de jurisdicción y de la nulidad de lo actuado; el segundo censura la sentencia en el fondo y en su forma, con bases los reparos por el segundo aspecto, en causales de la casación civil.

Para proceder con orden lógico, la Sala estudia las impugnaciones por errores **in procedendo** o simplemente formales. La materia admite a su vez, la siguiente división: incompetencia de jurisdicción, nulidad de la actuación e incongruencia entre lo pedido y lo resuelto en el fallo acusado.

A) Incompetencia de jurisdicción.

Acusa el recurrente violación de los estatutos y normas legales que a continuación se enumeran:

Los Decretos 456 y 931 de 1956 (motivo primero); el artículo 2º del CPL (motivo segundo); el artículo 27 ibídem (motivo tercero); los artículos 22 y 23 del CST (motivo cuarto); la falta de estimación de unas pruebas, sin cita de normas violadas (motivo quinto); y los artículos 148 y 151 del C. J. (motivo séptimo).

En sustentación de los cargos, expone el recurrente:

Los decretos de 1956.

Afirma el impugnante que la sentencia los violó porque los interpretó erróneamente y los aplicó en forma indebida. Explica la infracción diciendo que la justicia del trabajo no es competente para conocer del juicio, sino los jueces y tribunales civiles. Así lo corrobora, en concepto del acusador, el artículo 2º del CPL., que atribuye a los jueces del trabajo el conocimiento de los conflictos jurídicos que se originen en el contrato laboral, y en el presente asunto —anota— se trata de un contrato para la confección de una obra material, que se rige por las normas del capítulo 8º, título 26, libro 4º del C. C.. Dice el impugnante que el Tribunal quebrantó el artículo 27 del CPL., del cual se desprende que la demanda no es de recibo sino cuando se dirige contra un patrono, calidad que no tiene el demandado, ni el demandante era obrero o trabajador; que infringió el sentenciador los artículos 22 y 23 del CST, que, en su orden definen el contrato de trabajo y señalan sus elementos, porque nada de lo que en ellos se dice existe en la figura jurídica sobre confección de una obra material, que fue la convenida por los litigantes. Transcribe el recurrente del artículo 87 del CPL., el primer aparte de su inciso 1º y el artículo 90 ibídem, literal b) de su numeral 5º, y agrega: "Pues este quinto motivo consiste en que la sentencia no apreció las siguientes pruebas": la cláusula 16ª del contrato, la constestación de la demanda, el rechazo de la conciliación y el dictamen pericial, y luego expone: la cláusula contractual citada sustrajo de la jurisdicción del trabajo todo posible litigio entre los litigantes, pues ni el ingeniero quiso considerarse empleado, ni el dueño de la obra su patrono. Alega que la sentencia violó los artículos 148 y 151 del C. J., porque el Juzgado del Trabajo que conoció del juicio no tenía para ello jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2º y 27 del CPL., por lo cual ha debido declararse incompetente. El litigio —dice el acusador—, no versaba sobre cobro de suma líquida y exigible, sino de cuestión compleja en que se debía discutir quién debe a quién y cuánto.

En el aparte del alegato que lleva por título "Explicación necesaria", se refiere el recurrente al Decreto 456 de 1956, cuyo artículo 1º transcribe. En su opinión, la citada norma, en relación con los artículos 2º y 27 del CPL., demuestra que la justicia del trabajo no puede conocer del litigio entre las partes, sino los jueces civiles, porque el contrato que ellas celebraron no fue de trabajo sino de obra, aparte de que, en dicho contrato estipularon que el ingeniero guarda su condición independiente y renuncia a cesantía u otras prestaciones. De acuerdo con esa estipulación, que es ley para las partes, agrega la acusación, el actor no podía acogerse a la legislación del trabajo, en calidad de empleado, porque se lo vedaba el convenio contractual.

En el aparte de la demanda bajo el epígrafe "Alcances de una reforma", vuelve a ocuparse el acusador del Decreto 456 de 1956 y además del 931 del mismo año, para sostener, con base en el artículo 1º del Decreto 456, la incompetencia de la justicia del trabajo. Alega que esa norma faculta para el cobro de honorarios, pero solo los que provengan de obligación expresa, clara, líquida y exigible, previo juicio contradictorio ante los jueces civiles. Luego de una crítica al contenido de los dos decretos y de anotar que fue obra de la dictadura, precipitada e irreflexiva, los tacha de inconvenientes porque involucran la jurisdicción civil con la de trabajo, creando un caos legislativo que los jueces y tribunales no han podido definir, cuya clarificación exige de la Corte.

Por último, arguye el impugnante:

El artículo 1º del Decreto 456 remite al acreedor al juicio ejecutivo en el caso de que se trate de obligación que reuna los requisitos del artículo 982 del C.J., con el cual se halla de acuerdo el artículo 100 del CPL. Por tanto, si de lo que se trata es de facilitar el cobro de honorarios, como reza el título del Decreto 456, para ello está expedita la vía ejecutiva ante la justicia laboral. Da a entender que si lo que se pretende es deducir la obligación de pagar los honorarios, el juicio ya no es del resorte de esa justicia, sino de la ordinaria o civil.

B) Nulidad de la actuación.

A este punto se refiere el acusador en el capítulo primero, octavo motivo. El cargo lo presenta así:

Violación de los artículos 448, ordinal 1º, 449, ordinal 3º y 455 del C. J.

Dice en sustentación del cargo que la jurisdicción para conocer del cumplimiento o incumplimiento de un contrato de obra corresponde exclusivamente a los jueces civiles y por ser improrrogable le está vedado a la justicia del trabajo el juzgamiento de la litis. El alegato, en otro de sus apartes, le pide a la Corte declare nulo lo actuado en los dos grados del juicio, o "que infirme la sentencia por violación de tales textos".

C) Incongruencia entre lo pedido y lo resuelto en el fallo.

En el capítulo segundo y con el nombre de **excepciones**, formula el acusador, bajo la denominación de Sexta Causal, este cargo: la sentencia viola el artículo 520, ordinal 2º del C. J.

Funda el quebranto de la norma en la consideración de que, al no declarar probadas el Tribunal las excepciones de contrato no cumplido y petición de modo indebido, infringió el citado precepto, porque no dictó la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandado.

En relación con los cargos anteriores, el opositor, se refiere en primer término, a los de procedimiento en cuanto tocan la falta de competencia y nulidad de la actuación, y analiza las excepciones en las consideraciones que dedica al análisis de fondo. En cuanto a lo primero sostiene que la sentencia no adolece de los vicios procesales que le imputa el recurrente porque los Decretos 456 y 931 de 1956 atribuyeron a la justicia del trabajo el reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios privados (acción ordinaria) y su cobro contra el deudor (acción ejecutiva). Anota que no fue objetado por el demandado la competencia de la justicia del trabajo para conocer de la litis, y por ello no puede ser materia de casación, y además, que las normas cuya violación acusa el recurrente son de procedimiento y no de naturaleza sustantiva, como lo exige la ley.

Respecto de la incongruencia entre la decisión y las peticiones, el opositor observa que las pretensiones del demandado fueron estudiadas y no aceptadas por el fallador. Se detiene en el examen del punto en lo referente al cumplimiento del contrato por el demandante y lo que al respecto resulta de algunos medios probatorios, y concluye diciendo que la excepción de petición antes de tiempo es dilatoria en relación con la suma retenida o reservada de $ 6.000.00, por lo que lo resuelto al respecto no hace tránsito a cosa juzgada y puede ser materia de juicio separado.

En el capítulo segundo de su alegato formula el recurrente estas acusaciones:

Primera causal. Incurrió la sentencia en error de derecho al apreciar las pruebas presentadas por las partes o por no haberlas tomado en cuenta, y en error de hecho, que la Corte debe declarar en el sentido de que el Tribunal las ignoró.

Esas pruebas —dice el acusador— son las siguientes: el documento en que consta el contrato, las declaraciones rendidas en el juicio, el dictamen pericial y la inspección ocular.

Cita el cargo estipulaciones del contrato, de cuyo análisis se ocupa; se refiere luego a la contestación de la demanda, y transcribe y comenta algunos pasos en esa pieza; inserta consideraciones del dictamen pericial, que también analiza, y concluye: si la sorpresa de Leder fue grande, lo es también la del autor del recurso al contemplar el espectáculo trágico de una justicia que resuelve lo contrario de lo que debía decidir; anota que las pruebas eran favorables al demandado y que el actor no presentó ningún medio probatorio para demostrar sus asertos.

En la forma expuesta sustenta el recurrente la acusación.

Segunda causal. Violación del artículo 722 del C. J. y 51 del CPL.

Para demostrar el cargo arguye el recurrente: el Juzgado nombró un perito para que lo asesorara en cuestiones que él ignoraba, pero pasó por alto el dictamen, fallando el pleito en favor del actor, y por eso la sentencia debe ser infirmada.

Tercera causal. Violación evidente del artículo 1603 del C. C.

El quebranto del texto se produjo por interpretación errónea de la cláusula 18 del contrato celebrado por las partes.

Sostiene el acusador que según la cláusula, el ingeniero podía cobrar sumas parciales a cuenta de honorarios, lo cual no significa que por haberse hecho una reserva de $ 6.000.00, aquél podía violar sistemáticamente el pacto. Esa interpretación de los falladores de instancia es inconcebible, pues no es de suponer que el actor podía cobrarle toda clase de daños al propietario de la obra con la única sanción de responder de los perjuicios causados hasta la suma de $ 6.000.00. Tal conclusión no es aceptable porque equivaldría a condonar el dolo futuro, prohibido por el artículo 1522 del C. C. Leder cobró dolosamente sumas parciales, aprovechándose de la ausencia de Bayeff, quien reside en Medellín. Así ocurrió desde el comienzo de la obra, porque no levantó totalmente los planos, como lo afirma el perito, habiéndose obligado a elaborarlos; también dice el experto que no existe levantamiento topográfico del terreno, obra que ha debido ejecutar el ingeniero; y que éste se olvidó del problema de las aguas lluvias y empleó celosías de cemento que las dejaban pasar, lo cual significa imprevisión y mala fe. Además, no depositó el ingeniero los planos en la Secretaría de Obras de Armenia, como lo afirma el perito. Se debió la omisión a la certeza de que los planos incompletos no serían aprobados. Otra de sus obligaciones era la de obtener el permiso de la autoridad municipal para iniciar la obra, que dejó de cumplir; el depósito de los planos, el permiso, la construcción de desagües y la defensa contra las aguas lluvias, eran cosas de la naturaleza del contrato y obligaciones contraídas por el ingeniero. No puede éste batirse con el escudo protector de los $ 6.000.00 para justificar sus abusos, porque todos los contratos se deben ejecutar de buena fe.

Cuarta causal. Violación de los artículos 1604 del C. C. y 595 del C. J.

En desarrollo del cargo, dice el impugnante que al actor correspondía la prueba de la diligencia y cuidado, conforme al citado precepto de la ley civil, y que las negaciones no se demuestran, a menos que se apoyen en la afirmación de hechos positivos al tenor de la norma mencionada del C. J.; que en el expediente no hay prueba de que el ingeniero haya obrado con la debida diligencia y cuidado, ni que se haya operado fuerza mayor o caso fortuito que lo exonere de sus obligaciones; que, por el contrario, no se limitó el demandado a negar los hechos afirmados por el actor, sino que demostró el incumplimiento de sus obligaciones con prueba testimonial y pericial. Tal parece que el Juzgado y el Tribunal partieron de una base contraria, o sea la de que el que niega debe probar la negación, pues le dieron carta blanca al ingeniero para afirmar sin probar, desentendiéndose de las negaciones del propietario de la obra y de las excepciones de contrato no cumplido y petición antes de tiempo, que propuso y probó plenamente.

Quinta causal. (Los testimonios).

Afirma que la sentencia violó el artículo 697 del C. J.

Sostiene el impugnante que según los testigos Raúl Gómez y Mario Giraldo, fue necesario, después de terminado el edificio principal, ejecutar algunas obras para impedir el paso de las aguas lluvias, sin las cuales no era posible el funcionamiento de la trilladora, aumentándose por tal motivo el costo de ésta; que el fallador no tuvo en cuenta los testimonios, cuyo valor probatorio es pleno en cuanto demuestran uno de los aspectos del incumplimiento de sus obligaciones por el actor, en atención a que reunen los requisitos establecidos en la citada norma del Código Judicial.

Séptima causal. (Contrato de obra).

La sentencia viola el capítulo 8º, título 26, libro 4º del C. C. y en especial los artículos 2056, 2059, 2060, ordinales 3º y 4º, y 2061 de esa obra.

En el juicio se trata —dice el impugnante al sustentar el cargo—, de un contrato para la confección de una obra material, al cual son aplicables las citadas normas de la ley civil. De acuerdo con ellas, Bayeff puede exigirle a Leder que termine y perfeccione la obra conforme a lo estipulado, o le pague los correspondientes perjuicios. Transcribe del artículo 2060 parte de su regla tercera, del siguiente tenor: "Si el edificio perece o amenaza ruina en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario", y agrega: el edificio inconcluso levantado por el ingeniero, puede ser objeto, dentro de los diez años subsiguientes a la entrega, de un litigio promovido por Bayeff, por vicio de la construcción o del suelo, o de los materiales empleados por el demandante; y a pesar de no haber sido tratado en este juicio el asunto relativo a la procedencia de los materiales, es lo cierto y podría ser probado más tarde, que Leder le imponía a Bayeff la compra de ladrillos que aquél fabricaba. El recibo otorgado por Bayeff, concluída la obra, solo significa que la aprobaba como ajustada exteriormente al plan y reglas del arte, pero no exime al empresario de la responsabilidad que le impone la citada norma del Código Civil; que, por lo demás, el demandado no ha dado por recibido el edificio a su satisfacción; que lo ocupó sobre la base de un hecho cumplido para no sufrir perjuicios por lucro cesante y daño emergente que cada día aumentaban, y que aunque hubiera recibido la obra como exteriormente ajustada al plan y reglas del arte, lo cierto es que aún dispondría de 10 años para formular sus reclamos.

Con referencia a los cargos anteriores, expone el apoderado de la parte opositora:

Los materiales para la obra debía suministrarlos el dueño, aportando el ingeniero su trabajo, siendo de su cargo la dirección, la elaboración de los planos y su aprobación; se pactó en un diez por ciento los honorarios del ingeniero, que le debían ser pagados por contados parciales, en la forma que indica el contrato, con la salvedad de que del porcentaje se hacía una reserva de $ 6.000.00 para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del director; no se señaló el término para la ejecución y entrega de la obra, ni interventor, función que quedó a cargo del propietario. Se acreditó en la inspección ocular que el costo del edificio ascendió a la suma de $ 541.500.00, de donde se deduce que el 10% pactado a título de honorarios alcanza a la cifra de $ 54.150.00 y como Leder recibió a buena cuenta $ 32.000.00, el saldo a su favor es de $ 22.150.00. El Tribunal declaró que esas cuentas eran exactas, pero como no halló demostrado que Bayeff recibiera la obra a satisfacción, pues da a entender que quedó con algunas deficiencias, dedujo del porcentaje $ 6.000.00, cuyo pago supeditó a un "finiquito definitivo" por parte de Bayeff. Los cargos del recurrente se dirigen a probar que el demandado no está obligado a pagar el saldo de $ 16.500.00, por cuanto el ingeniero incumplió el contrato, y no resultan fundados por estas razones:

Cuando no se ha ejecutado lo convenido, o se ha retardado su ejecución, el responsable del hecho está sujeto a la indemnización de perjuicios, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2056 del C. C., de manera que si el demandado pretendía sostener que hubo incumplimiento por parte del ingeniero, ha debido presentar demanda de reconvención. No tiene aplicación en el presente caso el artículo 2059 ibídem, porque Bayeff no ha hecho reparos concretos a la obra, ni solicitó el nombramiento de peritos para acreditar sus defectos; aquél aceptó la obra y los trabajos, sin objeciones, directamente o por medio de sus empleados, y solo formuló reparos después de recibida. También resulta claro, conforme a los artículos 2056 y 2066, que el dueño de la obra, en caso de incumplimiento del contratista, tiene la posibilidad de hacerla cesar, pagándole sus honorarios, liquidados sobre lo invertido hasta la fecha de la cesación, y Bayeff no ejercitó ese derecho, lo cual significa que estuvo satisfecho con el trabajo del contratista.

Consideraciones de la Corte

1. En relación con el presupuesto procesal relativo a la competencia del Juez para decidir el pleito, la sentencia recurrida dice en su parte motiva: "Objeto esencial de la presente controversia es el reconocimiento de honorarios profesionales por concepto de servicios personales de carácter privado, que el demandante afirma haberle prestado al demandado, en una construcción destinada al funcionamiento de una trilladora en la ciudad de Armenia. Vale decir que es éste uno de esos juicios de carácter civil cuyo conocimiento le fue asignado a la justicia laboral con sujeción a las normas generales sobre competencia y demás disposiciones del Código Procesal del Trabajo, según lo establecido en el Decreto 456 de 2 de marzo de 1956, interpretado con autoridad por el 931 del mismo año". Igual concepto emite en su providencia el Juzgado del conocimiento.

2. Debe anotarse que fue avocada de oficio por los falladores de instancia el presupuesto en referencia, en lo cual obraron con acierto, ya que sin competencia no le está permitido a la justicia prestar la jurisdicción. La parte demandada aceptó la competencia de la justicia del trabajo para juzgar la litis, pues no hizo presente su falta mediante excepción previa o dilatoria al trabarse la relación procesal, ni al respecto formuló reparo alguno durante el curso del juicio. Se trata, pues, de situaciones procesales definidas en sentido adverso a las tesis del recurrente. Con todo, como atañen al orden público las reglas sobre competencia, susceptibles de examen en casación, la Sala estudia la impugnación del acusador, y, al efecto, observa:

El Decreto 456 de 1956, atribuyó expresamente a la jurisdicción especial del trabajo, competencia para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, sin consideración a su causa jurídica, siguiendo las normas generales sobre competencia y demás disposiciones del Código Procesal del Trabajo, con sujeción al trámite previsto en éste sobre procedimiento ordinario; a la misma jurisdicción asignó el conocimiento de los juicios ejecutivos para la efectividad de la deuda por honorarios, de acuerdo con el trámite establecido para ese juicio en el citado Código. Los asuntos de que se trata eran, antes de la expedición del decreto, del conocimiento de la justicia ordinaria, y de ahí que el Decreto 931 de 1956, fijara reglas sobre el tránsito de legislación. Este estatuto (artículo 2º) adicionó el anterior en el sentido de atribuir también a la jurisdicción del trabajo el conocimiento de las demandas de reconvención promovidas en los procesos ordinarios de que trata el Decreto 456 en su artículo 1º, siempre que emanen de la misma causa que las de la demanda principal, para las cuales prescribe la forma y términos establecidos por los artículos 75 y 76 del CPL.

3. La claridad y precisión de las normas del Decreto 456, dejan sin fundamento atendible los razonamientos del acusador. Así las ha considerado esta Sala de la Corte al señalar su alcance; en efecto, en sentencia del 31 de mayo de 1960 (G. J. T. XCII)

dictada en el juicio ordinario de Diego Montaña Cuéllar contra Ana Josefa Gómez de Calderón, dijo la Corporación:

"El Decreto 456 de 1956, en su artículo 1º, regula estas materias: a) la jurisdicción; b) la competencia; y c) el trámite, tanto para el juicio de conocimiento sobre declaración de obligaciones derivadas de servicios personales independientes como el de ejecución de las mismas.

"El precepto sustrae de la justicia ordinaria civil el conocimiento de los negocios de la naturaleza expresada para atribuirlo a la justicia del trabajo, y al mismo tiempo señala la vía ordinaria laboral para la decisión de proceso de cognición y la del procedimiento del ejecutivo del trabajo para su cumplimiento.

"Según los términos de la disposición del decreto, solo la relación procesal queda sometida al Código de Procedimiento del Trabajo. Por consiguiente, la relación jurídico-sustancial, conforme a la cual debe decidirse el litigio, será la que en cada caso se establezca como causa del servicio personal independiente, no la ley sustantiva laboral".

En fallos posteriores ha reiterado la Corte la anterior doctrina. No se trata, pues, de caos legislativo ni de vacilaciones de juzgados y tribunales sobre el sentido y significación de la materia regulada por el estatuto en referencia, ni de ausencia de orientación jurisprudencial acerca de ella.

4. Juzgado y Tribunal estuvieron acordes en la calificación del negocio jurídico celebrado por los litigantes, que ambos consideraron de obra y no de trabajo, de acuerdo con sus estipulaciones y ejecución. Es inexacto que hayan estimado ese contrato como de naturaleza laboral, dándole al actor la denominación de trabajador dependiente y al demandado la de patrono, ni que la litis la hubieran resuelto de conformidad con normas sustantivas de la ley del trabajo. Ninguno de los falladores de instancia hace afirmaciones en tal sentido. Para ambos el demandante Guillermo Leder fue trabajador independiente y llegaron a la conclusión de que tenía derecho al reconocimiento de los honorarios que reclama, en la cuantía en que lo decretan, en calidad de trabajador autónomo y de conformidad con preceptos de la ley civil, como se desprende del sentido de sus pronunciamientos. Para estatuir en tal forma estimaron que era competente la justicia del trabajo, de acuerdo con las razones antes expuestas.

Carecen, por tanto, de fundamento, los cargos que bajo los motivos primero a quinto y séptimo le imputa el recurrente a la sentencia en el primer capítulo de su demanda.

5. Deduce el acusador la nulidad de lo actuado en el juicio, tanto en primera como en segunda instancia, de la incompetencia de la justicia del trabajo para su decisión. En vista de que esa incompetencia no existe, el reparo en examen queda sin base en qué apoyarse. Por lo demás, la nulidad del juicio, causal de casación en el proceso civil (artículo 520, numeral 6º del C. J.), no se halla establecida en la casación del trabajo, ni, por consiguiente, es dable alegarla en ésta.

Se desecha, en consecuencia, el cargo contenido en el motivo octavo, capítulo primero, de la demanda de casación.

6. No es conducente el ataque que le hace el impugnante a la sentencia en (el segundo capítulo de su alegato) por falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado, fundado en que no decidió las excepciones de contrato no cumplido y petición de modo indebido, porque tampoco este motivo de casación rige en el proceso del trabajo, instituido en el recurso de casación civil únicamente. Aun siendo pertinente, habría que anotar que el fallo del ad-quem declaró probadas parcialmente las referidas excepciones, de manera que la afirmación de no haberlas considerado —mal o bien— no es exacta. Basta lo dicho para el rechazo del cargo.

7. Cumple ahora examinar las acusaciones que sobre el fondo del negocio formula el recurrente. Para ello conviene conocer el

análisis que hace el Tribunal de las pretensiones de la parte actora, que en seguida se transcribe:

"Está acreditado por las partes y así lo corrobora el documento que se lee a Fs. 7 y 8 del cuaderno principal, que entre ellas se celebró un contrato, en virtud del cual el demandante se obligó con el demandado a elaborar los planos, obtener la aprobación de los mismos y dirigir los trabajos necesarios para construir en un terreno de la ciudad de Armenia, una edificación con las especificaciones allí determinadas para el funcionamiento de una moderna trilladora de café, servicios por los cuales el ingeniero percibiría como honorarios un diez por ciento del valor del costo de las obras ejecutadas.

"Obran igualmente en el expediente los planos que el demandante elaboró para el efecto (F. 14) y está aceptado por el demandado que la obra se ejecutó bajo la dirección de aquél, aun cuando no en el tiempo convenido ni en la forma satisfactoria como debió haber sido entregada. Además la ejecución de dicha obra se constató en la inspección ocular a ella practicada por el juzgado dentro de la cuarta audiencia de trámite (Fs. 52 a 55 Vto.) y con el dictamen pericial del ingeniero-arquitecto doctor Antonio Niño Díaz, designado como perito para el caso (Fs. 57 a 58), si que también con las declaraciones de Mario C. Giraldo (Fs. 36 a 47) y Raúl Gómez (F. 54 Vto.).

"En estas condiciones queda fuera de duda el hecho relativo a la prestación de los servicios profesionales del demandante y la controversia se reduce solo a la cantidad de estos servicios, ya que lo que la parte opositora alega para no pagar a aquél la remuneración convenida es que la construcción no fue entregada satisfactoriamente dentro del plazo convenido y que en su ejecución se cometieron errores técnicos.

"Si se revisan las bases del convenio que las partes confiesan haber celebrado y al cual ya se hizo alusión, se observa que no hubo estipulación expresa de término dentro del cual debería llevarse a efecto la obra contratada y que en cuanto a la forma de pago y cumplimiento satisfactorio de las obligaciones del ingeniero demandante, lo pactado fue del siguiente tenor: "Durante la ejecución de la obra el ingeniero puede cobrar sumas parciales a cuenta de honorarios pero del porcentaje correspondiente se acumularán primero $ 6.000.00 que quedarán como reserva y serán entregados al darse por cumplido y satisfactoriamente las obligaciones de aquél?

"Esa estipulación está indicando que la circunstancia alegada por el demandado de que él no ha recibido satisfactoriamente la obra, no es suficiente para negarse a pagar el porcentaje convenido sobre las sumas invertidas en la construcción realizada, acreditado como está por otra parte que ésta se llevó a efecto y está prestando servicios al demandado a pesar de las deficiencias técnicas que se le anotan, y que la remuneración del actor no estaba supeditada al hecho de la entrega satisfactoria sino hasta la cantidad de $ 6.000.00.

"Resta por tanto examinar lo referente al monto de los valores invertidos en la construcción para poder determinar con base en ellos la cuantía del porcentaje fijado en el contrato como remuneración de los servicios profesionales prestados por el ingeniero demandante.

"Este, por conducto de su apoderado, en la demanda determinó el valor total de la construcción por él realizada en la suma de $ 541.500.00, y aunque en la inspección ocular que el Juzgado hizo al libro que con el nombre de Cuenta Especial se encuentra en la trilladora de que se viene hablando, se constató que la inversión total en la construcción de la misma ascendió a la suma de $ 546.392.65, estima la Sala que dada la circunstancia de que según lo afirmado por los testigos Mario Giraldo y Raúl Gómez, a la edificación se le hicieron algunas adiciones, las cuales necesariamente aumentaron su valor, debe aceptarse como invertida por el actor únicamente la cantidad primeramente citada, que fue la que como tal él mismo señaló en la demanda, según lo que se acaba de decir.

"Sobre esa base, que también fue la que tuvo en cuenta el sentenciador de primer grado para determinar la cuantía de los honorarios demandados, se tiene que el monto de éstos en total sería de $ 54.150.00, siempre y cuando la obra hubiera sido recibida a satisfacción por el propietario, como se anota en la sentencia recurrida.

"Mas como no está demostrado que el señor Bayeff hubiera declarado recibida a su satisfacción la obra, y por el contrario, de la prueba testimonial, así como de la inspección ocular y del dictamen pericial del Dr. Jesús Antonio Niño Díaz, producidos durante el juicio, se deducen algunas deficiencias, hay en primer término que rebajar de la cantidad antes anotada la suma de $ 6.000.00 cuyo pago estaba condicionado a esa circunstancia, y en consecuencia, reducir el monto de los honorarios de que se viene hablando a la suma de $ 48.150.00, valor éste del cual hay también que rebajar la cantidad de $ 32.000.00 que el demandante confesó haber recibido a buena cuenta de los mismos honorarios en el hecho sexto de la demanda, y en esta forma se obtiene como saldo a cargo del demandado la suma de $ 16.150.00, que es exactamente la misma que se reconoce en la sentencia objeto del presente recurso, la cual en este punto debe ser confirmada".

8. El cargo que contiene la primera causal, acusa error de derecho, sin determinarlo ni intentar su demostración; respecto al error de hecho, se hace consistir en que la sentencia ignoró las pruebas que cita el recurrente, el cual le pide a la Corte que así lo declare.

El cargo no es viable, entre otras razones, porque no especifica ni acredita los errores de hecho que alega, y, además, porque como consecuencia de aquéllos no cita norma alguna de derecho material infringida por el fallador, como lo exige la ley orgánica del recurso en examen.

9. No es atendible la acusación a que se refiere la causal segunda por violación de los Arts. 722 del C. J. y 51 del C. P. L. Contiene aquél una regla de derecho probatorio y señala el otro los medios de prueba admisibles en los juicios del trabajo, y ninguno de ellos es de naturaleza sustantiva. En casación la Ley establece (Art. 87, inciso 1 y 90, literal a) del numeral 5º del C. P. L.) que la norma violada capaz de quebrar la sentencia sea de derecho material, condiciones que no llenan los que cita el recurrente. De otro lado, no es aplicable en el proceso laboral la norma del Art. 722, porque el Juez del Trabajo estima libremente la prueba, según las reglas de la sana crítica, y aquel precepto fija su valor. Por último, no señala el cargo el concepto de la infracción, que tambien es exigencia fundamental del alegato sustentario del recurso, impuesta por la ley.

10. La violación del Art. 1603 del C. C., a que se contrae la tercera causal, se produjo por errónea interpretación de la cláusula 18 del contrato. La que el Tribunal le dio, la califica de inconcebible el recurrente. Lo que el fallo sostiene es que si bien la obra ofrece defectos técnicos, la remuneración del actor no quedó subordinada a su entrega satisfactoria sino hasta la suma de $ 6.000.00. Ahora bien: si la apreciación de la sentencia no es acertada, ha debido alegarse error de hecho en la valoración de la prueba. No es este el sentido de la acusación al relacionar la serie de obligaciones que dejó de cumplir el demandante. Toda la exposición sobre el tema constituye, en el fondo, una alegación de instancia. Además, aceptando que los argumentos se encaminan a denunciar error de hecho en la actividad lógica del fallador, la Sala observa que el cargo no cita el concepto de violación de las normas esto es, si directamente, por aplicación indebida o interpretación errónea, requisito fundamental de la demanda de casación conforme a lo dispuesto por el Art. 90 del C. P. L., literal a) de su numeral 5º.

El cargo no prospera.

11. En la causal cuarta acusa el recurrente violación de los Arts. 1604 y 595 del C. J.

La Sala observa que no pertenecen a la sentencia las afirmaciones de que habla el acusador, pues no sostiene ella que sea del

resorte del propietario de la obra la prueba de la diligencia y cuidado en su ejecución. Ahora, si como el cargo lo afirma, la prueba de que hace mérito acredita que el ingeniero incumplió sus obligaciones, contra el parecer contrario del Tribunal, lo adecuado habría sido acusar la decisión por error de hecho en su estimación y violación consiguiente de la norma legal. No es ese el sentido del ataque, aparte de que no expresa el concepto de la violación que alega, que, como se ha observado, es formalidad de rigor en la demanda de casación. En cuanto a la violación del Art. 595 del C. J. la Sala observa que no es de derecho sustancial. Se limita a sentar una regla sobre el significado de los hechos negativos, que, según el precepto no se demuestran por medio de pruebas sino cuando se apoyan en la afirmación de hechos positivos susceptibles de comprobación, y ya se ha visto que la sentencia no hace afirmaciones contrarias al contenido de la norma.

No se recibe el cargo.

12. Con relación al ataque sobre violación del Art. 597 del C. J., de que se ocupa la causal quinta, la Sala observa que la disposición no rige en los juicios de que conoce la jurisdicción del trabajo. La norma fija el valor de la prueba testimonial que reuna los requisitos que ella determina y en los juicios atribuídos a la justicia del trabajo impera el principio de su libre estimación, sin otra salvedad que la relativa a la observancia de los dictados de la sana crítica y lo que respecto de actos solemnes, en cuanto a su prueba, prescribe el Art. 61 del C. P. L. Además, aún suponiendo de recibo el precepto en el proceso laboral, su quebranto no sería suficiente para la anulación del fallo, porque no es de derecho material. En consecuencia, se desecha el cargo.

13. El último cargo (causal séptima), tampoco es atendible. No indica si los preceptos del Código Civil que cita como violados, lo fueron por cualquiera de las modalidades que señala la ley del recurso extraordinario. Por lo demás, no ataca el cargo los fundamentos de la resolución impugnada.

Según el Tribunal, está acreditado en el juicio que el contratista entregó la obra y le presta servicios al demandado, no obstante las deficiencias técnicas que ofrece, y además, que aquél no se obligó a la entrega satisfactoria sino hasta la cantidad de $ 6.000.00. Si esos conceptos son equivocados y no tienen asidero en las pruebas a que alude la sentencia, se ha dejado ya observado que lo pertinente habría sido alegar error de hecho por su equivocada apreciación y a través de ese error el quebranto de las normas legales. En vista de que el cargo no cumple estas exigencias de orden técnico, resulta inatendible.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIOS VARIABLES

Cuál es el que debe tomarse como base para liquidar el auxilio de cesantía. — Ausencia de notificación al trabajador de los motivos de despido. — Lucro cesante. — Al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido y al patrono corresponde probar su justificación. — El contrato de trabajo es bilateral y cada parte debe cumplir con sus obligaciones.

1. Tratándose de salarios variables, para determinar cuál es el que debe tomarse como base para liquidar el auxilio de cesantía, hay que buscar el promedio de lo devengado en el último año. Tal se desprende del inciso 2º del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone promediar los sueldos cada año para saber si se produjo aumento. Si este existió, solo incide durante tres años. Es decir, que el promedio del salario, cuando éste ha aumentado, sirve para liquidar tres años de servicio. Si el promedio de los salarios devengados durante un año es el que se toma para liquidar los períodos trienales, no hay razón alguna para no tenerlo en cuenta cuando el período es inferior a tres años, o para liquidar el último período.

2. La ausencia de notificación al trabajador de los motivos de despido, hace ineficaz cualquier prueba posterior para justificarlo, y en consecuencia el patrón debe indemnizarlo por los perjuicios causados con el rompimiento unilateral, y concretamente, en lo relacionado con el lucro cesante, pagarle la indemnización cuyo valor está claramente señalado en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

3. Sostiene el sentenciador de segundo grado que corresponde al trabajador probar que su retiro se produjo ilegalmente. Sin embargo, la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y éste último, para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley. Esta solución jurisprudencial es la jurídica, pues el contrato de trabajo es bilateral y cada parte debe cumplir con sus obligaciones, a menos que la otra incumpla las suyas o se produzca algún otro hecho exonerativo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., abril veintidós de mil novecientos sesenta y cinco.

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral).

Hernando Jiménez F., demandó por medio de apoderado a "**Parcelaciones Tunjuelito S. A.**", domiciliada en Bogotá y representada por el señor Francisco González Salgar, para que previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo se la condenara al reconocimiento y pago de lo siguiente: "a) Por concepto de auxilio de cesantía, el valor del causado durante todo el tiempo de servicios, liquidado teniendo en cuenta tanto el salario fijo como las comisiones que devengó el demandante. b) Por concepto de reajuste de primas de servicio, el va-

lor de la diferencia entre lo pagado y lo que debía pagársele. c) Por concepto de reajuste de vacaciones, el valor de la diferencia entre lo pagado y lo que debía pagársele. d) Por concepto de lucro cesante consecuencial a la terminación unilateral e ilegal del contrato, el valor de los salarios correspondiente a la última prórroga de duración del contrato. e) Por concepto de comisiones insolutas, la suma de $ 1.002.73 correspondiente al 1% de la venta de la Manzana 96 al Municipio de Bogotá por la suma de $ 100.273.12. f) Por concepto de salarios caídos, el valor del último salario promedio diario por cada día de retardo, a partir del siguiente a aquél en que terminó el contrato y hasta cuando se efectúe el pago de todos los salarios y prestaciones debidos".

Además, solicitó se condene a la sociedad demandada al pago total de las costas que lleguen a causarse.

Presentó los siguientes hechos:

"1. Hernando Jiménez F. trabajó en Bogotá al servicio de la sociedad "Parcelaciones Tunjuelito S. A.", como Administrador, desde el 15 de febrero de 1955 hasta el 7 de junio de 1960. 2. Durante el tiempo que trabajó el demandante bajo la dependencia de la sociedad demandada, devengó y se le pagaron las siguientes sumas de dinero como retribución por sus servicios:

Año	Meses	Sueldo fijo	Comisiones
1955	10½	$ 2.625.00	$ 1.416.64
1956	12	$ 6.789.26	$ 3.000.00
1957	12	$ 3.262.50	$ 5.368.68
1958	12	$ 3.950.00	$ 5.744.28
1959	12	$ 4.050.00	$ 4.867.68
1960	5, ed.	$ 1.687.00	$ 2.448.86

3. La sociedad demandada liquidó y pagó al demandante las primas de servicio y las vacaciones causadas, pero sin incluir el valor de la remuneración correspondiente a comisiones. 4. El 30 de mayo de 1960, mediante nota suscrita por el Gerente de la sociedad demandada, se despidió al demandante, "a partir de la entrega pormenorizada y por inventario de los bienes, documentos, planos, libros, etc.", en poder de mi mandante. 5. Dicha entrega se hizo o terminó el día 7 de junio de 1960, es decir, que desde el 8 de junio del año en curso terminó la relación laboral. 6. Las sumas que la sociedad demandada pagó al demandante fueron como retribución de sus servicios como administrador y vendedor de lotes de la sociedad. 7. La sociedad demandada no ha pagado al demandante la comisión del 1% sobre el precio de la venta de la Manzana Nº 96, venta que se hizo por la suma de $ 100.273.12. 8. Ni a la terminación del contrato, ni posteriormente la sociedad demandada ha pagado al demandante el auxilio de cesantía que legalmente le corresponde, ni las demás acreencias que se reclamen en esta demanda".

Corrido el traslado de la demanda, el apoderado de la empresa demandada la contestó, negando que las comisiones recibidas por el demandante constituyeran salarios; aceptó que Jiménez fue despedido, pero por mala conducta y en relación con el pago de las prestaciones que legalmente le corresponden y solicitadas en la demanda, manifestó que se había hecho la correspondiente consignación en el Banco de la República el 11 de junio de 1960. Se opuso a las peticiones hechas por el demandante, por cuanto todas se fundamentan en el supuesto de que las esporádicas comisiones por venta de lotes que recibió, forman parte del salario ordinario pactado, apreciación errónea a juicio de la Compañía demandada. Posteriormente hizo una nueva consignación por valor de $ 4.433.84 correspondiente al reajuste de la cesantía, vacaciones y primas, liquidación en la cual se incluyeron las comisiones recibidas por el demandante.

Del juicio conoció el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, quien lo decidió en providencia cuya parte resolutiva dijo: "Primero. Condénase a la sociedad "Parcelaciones Tunjuelito S. A.", a pagar una vez ejecutoriada la presente sentencia al señor Hernando Jiménez F., las siguientes cantidades de dinero:

a) La suma de cinco mil novecientos tres pesos con noventa y siete centavos

($ 5.903.97) M/cte., por concepto de auxilio de cesantía;

b) La suma de dos mil trescientos ochenta y cuatro pesos con veintinueve centavos ($ 2. 384.29) M/cte., por concepto de reajuste de primas de servicios;

c) La suma de cuatrocientos ochenta y nueve pesos con setenta y dos centavos

($ 489.72) M/cte., por concepto de reajuste de vacaciones;

d) La suma de tres mil cuatrocientos cincuenta pesos con sesenta centavos ($ 3.450.60) M/cte., por concepto de lucro cesante; y,

e) La suma de diez mil novecientos siete pesos con sesenta y dos centavos ($ 10.907.62) M/cte., por concepto de salarios caídos.

Segundo. Declárase probada, oficiosamente, la excepción de pago parcial, hasta por la suma de cinco mil setecientos cuatro pesos con noventa y ocho centavos ($ 5.704.98) M/cte., la que se ordena deducir de las anteriores condenas.

Tercero. Absuélvese a la sociedad "Parcelaciones Tunjuelito S. A.", de las restantes peticiones formuladas en su contra por Hernando Jiménez F., en su libelo demandatorio.

Cuarto. Condénase a la sociedad "Parcelaciones Tunjuelito S. A.", a pagar las costas de la presente acción.

Ambas partes apelaron de la sentencia de primer grado. Subidos los autos al Tribunal Superior de Bogotá, la Sala Laboral revocó el fallo apelado; declaró probada la excepción de pago respecto a lo debido por concepto de prestaciones sociales al demandante y absolvió a la sociedad demandada de las restantes peticiones de la demanda.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el apoderado del demandante el recurso de casación, el cual fue concedido. Llegados los autos a esta Superioridad, se admitió el recurso. El recurrente presentó oportunamente la demanda de casación, habiendo formulado la parte demandada su oposición. Cumplidos los trámites legales, la Sala decidirá.

Alcance de la impugnación

"Se concreta a obtener que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case la sentencia impugnada, y que, constituída en Tribunal de Instancia la revoque en cuanto absolvió a la persona jurídica demandada y en su lugar la condene al pago en favor del actor Hernando Jiménez F., del valor del auxilio de cesantía, lucro cesante por despido, reajuste de primas y vacaciones y salarios caídos con base en el salario plenamente demostrado en el proceso, además de las costas del juicio. Subsidiariamente, que constituída en Tribunal de Instancia, confirme en todas sus partes la sentencia de primer grado".

Invoca la causal 1ª de casación y formula tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso la sentencia impugnada por violación indirecta de los Arts. 65, 186, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; Art. 7º del Decreto 0617 de 1954; Art. 6º del Decreto 0118 de 1957 y Art. 2º del Decreto 0243 de 1951, violación que se produjo (sic) a consecuencia de error evidente de hecho por errónea apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras que más adelante singularizaré. El error de hecho consiste en dar por no demostrado, estándolo en forma plena, cuál fue el último salario promedio mensual que devengó y se le pagó al demandante, y que debe servir de base para la liquidación de reajuste de primas de servicio y vacaciones, auxilio de cesantía y salarios caídos demandados. Las pruebas erróneamente apreciadas son la diligencia de inspección ocular o reconocimiento judicial practicado sobre los libros y archivos de la sociedad demandada (Fls. 38 y 39) y la documental visible a folio 49

de los autos. Las pruebas dejadas de apreciar son la confesión contenida en la contestación de la demanda y la hecha por el representante legal de la sociedad demandada al absolver posiciones, ambas en el sentido de que la empresa, a sabiendas, no incluyó el valor de las comisiones pagadas a Hernando Jiménez F. cuando le liquidó sus prestaciones sociales. (Fls. 10 y 29)".

La Sala considera

En el desarrollo del cargo argumenta el recurrente que estando plenamente demostrado el valor de los sueldos y comisiones que devengó año por año el demandante, bastaba dividir el monto de lo devengado por el trabajador en cada año por doce para obtener el valor del salario promedio mensual que se le pagó en cada año, o dividir lo devengado en el último año de servicios por doce para saber el último salario promedio mensual.

Dijo así el Tribunal sobre el último salario: "En la diligencia de Inspección Ocular llevada a cabo sobre los libros de contabilidad de la demandada, se constató que al actor se le pagaba una determinada suma de dinero bajo la denominación de sueldos y otra bajo la de comisiones. Se tiene que los pagos hechos al demandante figuran no de manera discriminada, es decir mes por mes, sino el total de lo devengado año por año por concepto de sueldos y comisiones.

Estas partidas globales correspondientes a año de servicio no permiten determinar qué cantidad de pesos devengó el actor en el último mes de servicios, lo que hace imposible aplicar lo preceptuado por el artículo 253 del C. S. del T., disposición esta que ordena que para liquidar el auxilio de cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador. Esta situación procesal, de que en el experticio no se discriminó lo devengado por el trabajador por mensualidades, hace que no se pueda despachar favorablemente la petición relativa a cesantía durante todo el tiempo de servicios, liquidándola teniendo en cuenta el salario fijo mensual más las comisiones devengadas. Como no se puede establecer ni el sueldo fijo mensual ni lo devengado por comisiones durante el último mes de servicios, y no habiendo ningún otro medio probatorio para comprobar el salario fijo y las comisiones mensualmente devengadas por el actor, hay que aceptar como correcta la liquidación hecha por la Sociedad, respecto a las prestaciones debidas al actor al momento de determinar el contrato de trabajo y que figura en la documental de folios 49, liquidación hecha según las normas generales sobre cesantía y la especial del Decreto 0118 de 1957. Lo dicho respecto a la cesantía debe predicarse igualmente respecto a la prima de servicios y a las vacaciones".

Considera la Sala que, tratándose de salarios variables, para determinar cuál es el que debe tomarse como base para liquidar el auxilio de cesantía, hay que buscar el promedio de lo devengado en el último año. Tal se desprende del inciso 2º del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone promediar los sueldos cada año para saber si se produjo aumento. Si éste existió, solo incide durante tres años. Es decir, que el promedio del salario, cuando éste ha aumentado, sirve para liquidar tres años de servicio. Ahora bien, si el promedio de los salarios devengados durante un año, es el que se toma para liquidar los períodos trienales, no hay razón alguna para no tenerlo en cuenta cuando el período es inferior a tres años, o para liquidar el último período. Erró el Tribunal, por lo tanto, al exigir la demostración de salario devengado en el último mes para liquidar el auxilio de cesantía. Sin embargo, esta falta de apreciación no alcanza a configurar el error de hecho consistente en que no se demostró el último salario promedio mensual, como pasa a verse en seguida. En la Inspección ocular practicada sobre los libros se tomaron los datos sobre las sumas pagadas a Jiménez por concepto de comisiones, año por año. Pero a juicio de la Sala, tales pagos no corresponden a lo devengado en cada año, y menos en el último, pues como lo afirma el demandante en su carta de 18 de mayo de 1960 dirigida a los miembros de la Junta Directiva de Parcelaciones Tunjuelito S. A.

"la Sociedad no me ha pagado las comisiones que me adeuda desde el año 1955 dinero que tengo destinado para cancelar dicho lote. Desde diciembre del año pasado y repetidas veces he solicitado al señor Gerente se me arregle el pago de dichas comisiones sin resultado alguno hasta la fecha". Así es que en la cantidad que aparece pagada en el período comprendido entre el 1º de enero de 1960 y el 7 de junio del mismo, se encuentran incluídos valores correspondientes a comisiones por ventas de lotes realizadas en años anteriores. Esto explica la notoria diferencia que se observa entre la cantidad pagada en ese período de 5 meses 7 días, o sea $ 11.015.12, con las pagadas en cada uno de los años anteriores, que no llegaron a $ 5.000.00. No estando demostrada la remuneración por comisiones por la venta de lotes realizada en el último año, es imposible, con los datos que aparecen en el proceso, encontrar el último salario promedio mensual. A falta de pruebas sobre el particular, debe considerarse como correcta la segunda liquidación hecha por la empresa demandada, en la cual incluyó el valor de las comisiones, suma que consignó ante el Juez del conocimiento.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia impugnada por violación indirecta de los Arts. 64 y 66 del C. S. del Trabajo, en concordancia con los Arts. 1546 y 1613 del C. C., que no se aplicaron en la forma debida o legal, siendo pertinentes. En la violación de estas normas de derecho sustancial se incurrió a consecuencia de error evidente de hecho por errónea apreciación de pruebas que más adelante singularizaré, así como falta de apreciación de otras.

El error de hecho consiste en dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada cuando terminó el contrato en forma unilateral, manifestó al trabajador demandante el motivo de dicha terminación, lo mismo que en dar por comprobado, también sin estarlo, que la empresa comprobó la justificación del despido. Las pruebas erróneamente apreciadas son la confesión contenida en la contestación de la demanda en el sentido de que hubo causal para el despido y la documental de folios 56 y 57 de los autos. Las que se dejaron de apreciar son los documentos que obran a folios 54 y 55 del expediente y la confesión del representante legal de la sociedad al absolver posiciones. (Fl. 18)".

La Sala considera

Para no acceder a la petición de lucro cesante por rompimiento unilateral del contrato antes de su vencimiento, dijo el Tribunal "En cuanto al lucro cesante reclamado tenemos que en la demanda se afirma que el 30 de mayo de 1960, mediante nota suscrita por el Gerente de la Sociedad demandada, se despidió al demandante a partir de "la entrega pormenorizada por inventario de los bienes, documentos, planos, libros, etc.", en poder del demandante. Pero este hecho no se comprobó dentro del juicio; no se presentó la nota a que se hace referencia en la demanda. El demandante no probó pues, el despido ilegal, como le correspondía hacerlo, demostrando los asertos hechos en el libelo de demanda. La sociedad, por su parte, en la contestación a la demanda dijo haber despedido al actor por "mala conducta, consistente en haberse abrogado facultades exclusivas del Gerente de la sociedad demandada, procediendo por sí y ante sí, subrepticiamente y sin autorización alguna a cambiar un lote que el demandante había comprado a la sociedad, por otro lote de mayor cuantía y de mayor valor, con el consiguiente perjuicio económico para la sociedad demandada. Los hechos fundamentales afirmados en la contestación a la demanda respecto al despido, los confiesa en su esencia Hernando Jiménez F., en la documental de folios 56 y 57, que figuró sin contradicción en este juicio, y que consiste en una nota dirigida por el actor de los miembros de la Junta Directiva de Parcelaciones Tunjuelito S. A. con fecha 18 de mayo de 1960, en la que confiesa que hizo el cambio de lotes sin autorización del Gerente. Está pues demostrada la causal justificativa del despido, invocada por la parte demandada, y por consiguiente la pe-

tición referente al lucro cesante, no puede prosperar". En realidad, como lo anota el recurrente, no aparece probado en el juicio que la empresa demandada notificó a Jiménez la causal por la cual dio por terminado el contrato de trabajo. Si bien es cierto que el demandante no presentó la carta de despido, correspondía al patrón demostrar que oportunamente comunicó a su trabajador los motivos invocados para despedirlo. No existiendo esta prueba, el Tribunal incurrió en error de hecho, al dar por demostrado el despido injusto y violó indirectamente el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, que obliga al patrón a informar al trabajador la causal de terminación del contrato de trabajo. Al no haber cumplido este requisito, no podía posteriormente alegar la causal, por lo cual es indiferente estudiar si la que alegó se encuentra debidamente probada en el proceso. La ausencia de notificación al trabajador de los motivos de despido, hace ineficaz cualquier prueba posterior para justificarlo, y en consecuencia el patrón debe indemnizarlo por los perjuicios causados con el rompimiento unilateral, y concretamente, en lo relacionado con el lucro cesante, pagarle la indemnización cuyo valor está claramente señalado en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. En consecuencia prospera el cargo y la sentencia se casará por este aspecto, en la forma que más adelante se señalará.

Aprovecha la Sala la oportunidad para referirse a la tesis del Tribunal, que considera equivocada, en relación con la carga de la prueba en materia de despido injusto. Sostiene el sentenciador de segundo grado que corresponde al Trabajador probar que su retiro se produjo ilegalmente. Sin embargo, la Jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y éste último, para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley. Esta solución jurisprudencial es la jurídica, pues el contrato de Trabajo es bilateral y cada parte debe cumplir con sus obligaciones, a menos que la otra incumpla las suyas o se produzca algún otro hecho exonerativo. En el caso sub-lite el propio demandado confesó la terminación unilateral del contrato de trabajo, por lo cual no era necesaria ninguna actividad probatoria del demandante para demostrar el despido, y si este fue justificado, tal comprobación correspondía al demandado.

Tercer cargo

"La sentencia acusada viola indirectamente el Art. 65 del C. S. del Trabajo, que no se aplicó debidamente siendo pertinente hacerlo. En dicha violación se incurrió por errores evidentes de hecho por errónea apreciación de la documental de folio 49 y de la diligencia de inspección ocular. (Fls. 38 y 39. Los errores de hecho consistente: (sic) 1. En dar por demostrado, sin estarlo, que "las prestaciones debidas por la sociedad demandada al actor, según la liquidación de folios 49, fueron pagadas oportunamente"; y 2. En dar por no demostrato, estándolo plenamente, el salario base para la liquidación de cesantía y reajuste de prestaciones, así como la falta de pago de tales reajustes. La documental visible a folio 49 de los autos es una liquidación de prestaciones elaborada por la empresa, que nada prueba en contra del demandante, como que éste no aparece ni siquiera suscribiéndola. No tiene ninguna fuerza probatoria. Es crasamente erróneo pretender que de dicho documento pueda colegirse el pago oportuno de las prestaciones sociales que la sociedad adeuda al actor. Si acaso podría estimarse como solución de la misma. El error es evidente".

Se considera

Dijo el Tribunal sobre el pago de lo debido y la indemnización moratoria: "Figura en autos a folios 70, un memorial suscrito

por el apoderado de la demandada en que se manifiesta que no obstante que la sociedad no considera como salario las bonificaciones que le pagó al trabajador, adiciona la liquidación que se le había hecho por la suma de $ 771.14, con otra consignación destinada al pago de reajuste de cesantía, primas y vacaciones, por la cantidad de $ 4.933.84, consignación que se hizo "mientras la justicia del trabajo decide la controversia". Posteriormente el mismo apoderado prescindió de la condición a que estaba sujeta la consignación referida y la cantidad de pesos indicada, fue entregada al apoderado del actor, según constancia de folio 78. Aunque en estricta legalidad la liquidación hecha a poco de terminarse el contrato de trabajo es la única que se puede tener en cuenta dada la carencia de medios probatorios para desecharla, el hecho de que la demandada hizo una nueva consignación como reajuste de prestaciones, impone considerar bien hecho tal pago y en consideración a las dos consignaciones, declarar probada de oficio la excepción perentoria de pago respecto a las obligaciones por concepto de prestaciones sociales debidas por la parte demandada y a favor del demandante. Como las prestaciones debidas por la sociedad demandada al actor, según la liquidación de folio 49, fueron pagadas oportunamente, no hay lugar a condena por indemnización moratoria, y no se podría condenar a la parte demandada a sufrir tal sanción en el lapso comprendido entre la primera y la segunda consignación por no haberse comprobado durante el juicio, de manera plena que la sociedad debiera tal cantidad por reajuste, pues precisamente a este respecto fueron deficientes los medios probatorios a cargo de la parte actora".

Como puede observarse, el Tribunal no deduce el pago de las prestaciones sociales con base en la liquidación que obra a folio 49, sino de las consignaciones hechas en el Juzgado del Trabajo, especialmente de la primera en donde la suma consignada, $ 771.14, es igual a la que resulta de liquidación hecha por la empresa y que aparece a folio 49. Al no señalar el recurrente como indebidamente apreciada la prueba de las consignaciones, no puede la Sala decidir si el Tribunal incurrió o no en error de hecho al dar por demostrado el pago, pues el Tribunal no fundamentó su fallo únicamente en el documento que aparece a folio 49, prueba señalada aisladamente como mal apreciada. En consecuencia no prospera el cargo.

Fallo de instancia

Al absolver posiciones el señor Francisco González Salazar confesó que el demandante prestó sus servicios a "**Parcelaciones Tunjuelito S. A.**" desde el 15 de febrero de 1955 hasta el 7 de junio de 1960. Por consiguiente, al ser despedido, faltaban 68 días para vencerse el término presuntivo del contrato de trabajo, pues la última prórroga presuntiva vencía el 14 de agosto de 1960. La indemnización por lucro cesante es igual a los salarios correspondientes a este período. Para hacer la liquidación debe tomarse el salario que el trabajador recibía cuando sufrió el perjuicio, o sea el último devengado. La única prueba que existe sobre el particular, y que se refiere al salario fijo, es la reconocida por la empresa al hacer la liquidación de las prestaciones sociales en el documento que aparece a folio 49, y según la cual el último sueldo devengado por Jiménez fue de $ 335.00. Si bien es cierto que posteriormente hizo la empresa un reajuste de cesantía, vacaciones y primas y consignó la suma obtenida en el Juzgado del Trabajo, de las cantidades allí señaladas no puede deducirse otro salario, por cuanto la cesantía no se liquida totalmente por el último sueldo, debido a la congelación que de ella se produjo en 30 de junio de 1957, y las vacaciones y primas se liquidan según el salario devengado en la fecha de adquirirse el derecho.

Devengando el demandante un sueldo de $ 335.00 los salarios correspondienes a 68 días ascienden $ 759.33, suma a que equivale la indemnización por lucro cesante.

En relación con las costas del juicio, la Sala condenará al demandado a pagarlas en un 30%, por no haber prosperado una de las peticiones de la demanda.

Por lo anteriormente expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto REVOCA la condena por lucro cesante contenida en la sentencia de Primera instancia y absuelve al demandado de este cargo de la demanda, y en función de instancia REFORMA la condena hecha por el Juez Tercero del Trabajo de Bogotá a la sociedad "Parcelaciones Tunjuelito S. A." a pagar a Hernando Jiménez la cantidad de tres mil cuatrocientos cincuenta pesos con sesenta centavos ($ 3.450.60) M. L., en el sentido de fijar como valor de la condena la suma de setecientos cincuenta y nueve pesos, con treinta y tres centavos ($ 759.33) M. L.

Costas del juicio a cargo de la parte demandada en un 30%.

Sin costas en este recurso.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO Y RETENCION DE CESANTIA

Causas justas para que el patrono pueda legalmente adoptar esas medidas. Daños graves y leves causados por el trabajador en los bienes del patrono o empresario. — Regulación de los medios probatorios establecidos para comprobarlos. — Interpretación y diferencia de las normas respectivas del C. S. T., relativas a la terminación del contrato de trabajo, sin previo aviso, y a la pérdida del derecho al auxilio de cesantía. — A quién corresponde la carga de la prueba en estos eventos. — Primas de servicios. — Vacaciones. — Indemnización de perjuicios por lucro cesante y mora.

1. Solo el daño grave causado intencionalmente a determinados bienes del empresario (Art. 250, literal b), autoriza la retención de la cesantía, y el simple daño, aunque sea intencional, justa causa para dar por terminado el vínculo laboral sin previo aviso (Art. 62, aparte A, numeral 4º). Que el daño revista o no gravedad, es cuestión subjetiva que, por lo mismo, pueden fallador, por lo cual aunque éste no comfallador, por lo cual aunque éste no comparta el concepto de aquél, debe aceptarse la del empresario para efectos de la retención de la cesantía, si a la vez procede a formular el correspondiente denuncio contra el trabajador ante la respectiva autoridad penal.

2. El Art. 62 del C. S. T., en el aparte A), de su inciso 1º, enumera las justas causas para que el patrono pueda dar por terminado el contrato laboral unilateralmente, sin previo aviso; (no juegan en el asunto litigioso las justas causas que detalla el Art. 63 de la misma obra). Las de los numerales 4º y 5º del Art. 62, se asemejan a las establecidas en los literales a) y b) del Art. 250; el numeral 4º de la primera de dichas normas y el literal b) de la segunda contemplan delitos contra la propiedad; el numeral 5º de aquélla se refiere a actos delictuosos o simplemente inmorales, sin consideración a las personas perjudicadas; el establecido en el literal a) de Art. 250 exige que la infracción delictuosa se cometa contra el patrono, determinados parientes suyos o el personal directivo de la empresa.

La diferencia entre las dos normas en cita radica en que para la retención de la cesantía basta que el patrono alegue cualquiera de los motivos que especifica en sus tres literales el Art. 250 y, respecto de los señalados en los literales a) y b), denuncie el hecho ante la autoridad penal competente. Es obvio que sin tal requisito, el derecho a la prestación quedaría sometido al solo arbitrio del patrono; en los dos supuestos se trata de delitos contra las personas o la propiedad; su denuncio por aquél a la autoridad penal es lo que viene a darle seriedad a la afirmación del empresario y a legitimar su conducta. Es claro que no sería de su incumbencia la prueba de la imputación delictuosa, sino de la autoridad penal que, conozca del denuncio y del proceso que a éste conduce, según principios

sancionados en la ley positiva de la rama criminal. En la hipótesis del Art. 62, la regulación probatoria es distinta; como justa causa para dar por terminado el contrato no bastaría que el patrono afirmara la ocurrencia de los hechos previstos en sus numerales 4º y 5º, sino comprobarlos debidamente. Lo propio habría que decir respecto de la causal establecida en el numeral 7º del nombrado artículo (detención preventiva del trabajador). Hay que observar que en el evento del numeral 4º es admisible cualquier medio probatorio para el solo efecto de acreditar el daño material causado a los bienes de la empresa de que allí se habla y que en el numeral 5º la única prueba pertinente es la que emane de la correspondiente autoridad penal. En la primera hipótesis se trata de establecer el daño únicamente, no sus consecuencias de índole civil o penal, sin perjuicio de que se deduzca contra su autor la responsabilidad del caso por uno y otro concepto por las vías legales pertinentes. No sobra advertir que la responsabilidad de índole penal, iniciada la investigación por el delito, daría lugar a la suspensión del proceso mientras se define la causa criminal.

Otras diferencias presentan las dos normas citadas en relación con daños a la propiedad. Se destaca la siguiente: el daño, en el caso de retención de la cesantía, además de intencional debe ser grave; en el supuesto de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, basta un daño material cualquiera, causado intencionalmente. Se trata de diferencia cuantitativa: el daño es de más entidad en la primera hipótesis; de menos importancia en la segunda. De ahí que el daño material grave con intención de producirlo, conlleve la pérdida de la cesantía, en tanto que el simple daño, aunque medie la intención de provocarlo, no conduzca a la pérdida de la citada prestación.

3. La retención de la cesantía no autoriza para dejar de pagar deudas por otro concepto, porque la norma legal que faculta al patrono para aquella retención, se limita a la de cesantía únicamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., veintidós de abril de mil novecientos sesenta y cinco).

(Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Carlos Erdulfo Roa contra Juan Manuel Díaz.

Afirma el apoderado del demandante en el libelo promotor del juicio que en febrero de 1956 Roa fue contratado por Díaz para que trabajara como Herramientero en talleres de propiedad de éste, situados en Bogotá, habiendo devengado un salario de $ 144.00 mensuales; que en diciembre del mismo año concluyó la relación de trabajo por retiro voluntario del empleado, sin haber recibido sus prestaciones; que en febrero de 1958 Roa ingresó de nuevo al servicio de Díaz en el mismo cargo de Herramientero, y a la vez, como Celador Nocturno; que el salario pactado para retribuir los servicios por la primera función fue el de $ 144 al mes, o sea, suma inferior al salario mínimo legal de $ 155.10, por lo cual el patrono adeuda al actor la diferencia; por carta del 6 de marzo de 1959 despidió al demandante, alegando como motivo el hurto de unos vidrios, delito que el trabajador no cometió; el tiempo trabajado por Roa fue el de un año, un mes seis días, sin incluir los servicios que prestó en 1956; al expirar el contrato el patrono no le pagó al actor el valor correspondiente a las primas, cesantía y vacaciones ni el salario por los servicios como Celador Nocturno, y las prestaciones derivadas del segundo contrato; que la asignación por las labores de Celador debe estimarse pericialmente; que el empleado no ha sido indemnizado por el despido injusto ni el patrono le suministró el calzado y overoles que ordena la ley; y, por último, que como Celador trabajó en domingos y festivos durante la jornada diurna, sin haber recibido la remuneración del caso.

Fundado en tales hechos el demandante suplica que el patrono sea condenado por sentencia a pagarle las prestaciones derivadas del primer contrato (peticiones de los literales a), b) y c); las provenientes del segundo contrato (peticiones de los literales d), e), f), y g); perjuicios por lucro cesante; salarios insolutos por los servicios como Celador Nocturno y prestaciones; calzado y overoles; indemnización moratoria y costas (peticiones de los literales h), i), j), k), l) y m).

La respuesta a la demanda niega el derecho que invoca el actor y los hechos que le sirven de sustento. En cuanto a la cesantía por los servicios del segundo contrato, manifiesta que el patrono decidió retenerla hasta que la justicia penal decida sobre la denuncia que contra el actor formuló el patrono por hechos delictuosos, de la cual conoce la Inspección de Policía de Bogotá. Propuso las excepciones de pago, prescripción, petición antes de tiempo, falta de título y de causa en el actor y falta de obligación en el demandado, y cualquiera otra que se demuestre en el juicio.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 7º del Trabajo de Bogotá, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada en relación con las peticiones de los literales a), b) y c) de la demanda, y absolvió a aquélla de los demás cargos. Condenó en costas al demandante.

Apeló la parte vencida y resolvió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Bogotá. La sentencia de segundo grado confirmó la del Juzgado a-quo, sin costas.

La sentencia acusada

El Tribunal declara probada la excepción de prescripción respecto de las obligaciones derivadas del primer contrato de trabajo.

Respecto de los otros contratos, anota el fallador: de las diligencias de posiciones obrantes en el juicio se deduce la fecha de terminación del contrato, pero no la de su iniciación, por lo cual no resulta acreditada la duración de los servicios, siendo por tanto inoficioso dilucidar si el despido fue o no legal y si está probado el salario. De lo expuesto concluye que el actor "no demostró la existencia de contrato de trabajo", por lo cual no prosperan las peticiones de la demanda.

El recurso

Formula un solo cargo con invocación de la primera causal de casación. En él acusa violación indirecta de los Arts. 45, 47, 64, 65, 186, 189, 192, 249, 250, 253 y 306 del C. S. T. y 7º y 8º del Decreto 617 de 154, a causa de apreciación errónea e inestimación de unas pruebas, incurriendo por ello el Tribunal en evidentes errores de hecho.

Aspira a la casación parcial del fallo del ad-quem, para que en su lugar se condene al demandado al pago de la cesantía, primas de servicio, compensación en dinero por vacaciones en un año; indemnización por lucro cesante y por mora; y costas del juicio. Se refieren las peticiones a los derechos derivados del segundo contrato de trabajo, indicando como salario básico para su liquidación el de $ 154.20 mensuales.

Singulariza el recurrente las pruebas mal apreciadas y las que el Tribunal dejó de apreciar.

El error de derecho que le imputa a la sentencia lo hace consistir en que si está probado en el juicio la fecha en que comenzó a regir el segundo contrato de trabajo, que aquélla niega. Entre los medios de prueba para demostrar su aserto, cita la confesión ficta del demandado, rendida extra-juicio. Sostiene que el Tribunal no apreció correctamente esa prueba (respuesta a la pregunta cuarta), de la cual deduce que la relación de trabajo comenzó en el mes de febrero de 1958, señalando como fecha inicial la del 28 de ese mes por no haberse precisado el día.

Se considera

Con fundamento en las posiciones absueltas por el demandado, afirma el senten-

ciador que el actor no demostró la fecha inicial de la relación de trabajo. Aquél fue llamado a absolver posiciones antes del juicio y durante la secuela de éste; en las que rindió en primera instancia, durante el período probatorio (Fls. 46 a 49) niega el hecho en referencia. En la confesión provocada extra-juicio (Fls. 17 a 20), el Juzgado que decretó la práctica de la prueba, previo el trámite de rigor, declaró confeso al demandado, admitiendo como ciertos, por ministerio de la ley, los hechos afirmados por el actor en todas las preguntas del pliego correspondientes. Reza la cuarta pregunta: "Es cierto, sí o no, que Roa volvió a celebrar contrato de trabajo verbal con usted como Herramientero en el mismo Taller, en el mes de febrero de 1958?" Dijo el Juzgado en la respectiva providencia: "Es cierto por ministerio de la ley".

La confrontación entre la pregunta y la respuesta hace patente el error de hecho que alega el acusador por mala apreciación de la prueba en examen. Demuestra ella que el segundo contrato de trabajo se inició el 28 de febrero de 1958, y terminó, extremo que admite la sentencia, el 6 de marzo de 1959.

El cargo prospera.

Fallo de instancia

La ausencia de prueba sobre la duración de los servicios es el fundamento que aduce la decisión recurrida para absolver al demandado de las condenas que contra él suplica el actor. Por ello se consideró relevado del estudio de las respectivas peticiones.

Acreditado el contrato de trabajo y el tiempo servido, procede examinar en primer término el salario básico para la liquidación de las obligaciones que deban reconocerse al demandante.

El libelo introductivo del juicio afirma que el salario pactado fue el de $ 144.00 mensuales, pero solicita que se hagan las condenas con base en el salario mínimo legal, que fija en $ 154.20, superior al devengado por el actor.

La Sala observa que, conforme a las normas pertinentes del Decreto 2214 de 1956 y del 118 de 1957, el salario mínimo legal durante la vigencia del contrato de trabajo entre las partes, era de $ 132.00 mensuales, inferior al de $ 144.00 demostrado en el juicio con la confesión ficta del patrono (Fls. 17 a 20 y, por tanto, a éste se atendrá la Sala para las respectivas liquidaciones.

Otro aspecto con incidencia en la determinación del valor de las obligaciones objeto del pleito, es el relativo al patrimonio de la empresa. En autos corre la declaración de renta y patrimonio del demandado por el año gravable de 1957 (Fls. 31 a 33) y la liquidación oficial del impuesto sobre la renta por el año de 1958 (Fl. 30); el patrimonio que denuncia el contribuyente en la declaración de 1957 asciende a la suma de $ 12.459.63, y la liquidación fiscal por el año de 1958 no incluye gravamen alguno sobre el patrimonio, lo que permite suponer que el denunciado por el contribuyente fue inferior a $ 20.000.00, límite hasta el cual la ley tributaria lo exime de gravamen. Por tanto, es razonable suponer que el patrimonio denunciado por el patrono en 1958, que fue el inmediatamente anterior al de la desvinculación contractual, no alcanzó al guarismo mencionado. Se tomará en cuenta la anotada circunstancia para los fines legales a que haya lugar.

El tiempo de servicios que en concepto de la Sala se demostró en el juicio (28 de febrero de 1958 al 6 de marzo de 1950), fue el de un año seis días.

Es ahora oportuno el estudio de las peticiones de la demanda inicial.

a) Cesantía.

La retuvo el patrono, según lo manifiesta su apoderado en la respuesta a la demanda, con fundamento en lo dispuesto por el Art. 250 del C. S. T.

Debe examinarse si la retención tiene base legal.

De autos aparece que el patrono dio por terminado el contrato de trabajo en nota para el demandante del 6 de marzo de 1959 (Fl. 2); el motivo que en ella aduce es la mala conducta del empleado, consistente en la sustracción clandestina de unos vidrios de sus oficinas por un valor que estimó en la suma de $ 1.200.00. También corre en el expediente una nota del 30 de septiembre de 1960, dirigida al Juzgado del conocimiento por el Inspector 4º de Policía de Bogotá (Fl. 57), por la cual le comunica que en marzo de 1959 se iniciaron diligencias sumarias contra Carlos Roa y Juan Buitrago por el delito de hurto, en las cuales figura Juan Manuel Díaz como denunciante; que el 2 de mayo del mismo año fue indagatoriado Roa y puesto en libertad por no hallarse mérito para su detención; y que el sumario se encuentra en trámite.

Según el Art. 250 del Código hay lugar a la retención y pérdida de la cesantía en los casos que la norma relaciona en los literales a), b) y c) de su inciso 1. Se refieren los del literal a) a delitos contra el patrono, determinados parientes suyos o el personal directivo de la empresa; los del literal b) a daños graves causados intencionalmente a bienes del establecimiento.

El patrono le dio al hecho determinante de la ruptura del contrato distinta calificación; ante el trabajador, la de sustracción clandestina de unos vidrios; ante el funcionario de instrucción, la de delito de hurto. Como adelante se verá, solo el daño grave causado intencionalmente a determinados bienes del empresario (Art. 250, literal b), autoriza la retención de la cesantía, y el simple daño, aunque sea intencional justa causa para dar por terminado el vínculo laboral sin previo aviso (Art. 62, aparte A, numeral 4º). Que el daño revista o no gravedad, es cuestión subjetiva que, por lo mismo, pueden apreciar de modo diferente el patrono y el fallador, por lo cual aunque éste no comparta el concepto de aquél, debe aceptarse la del empresario para efectos de la retención de la cesantía, si a la vez procede, como ocurrió en el asunto litigioso, a formular el correspondiente denuncio contra el trabajador ante la respectiva autoridad penal. Es preciso admitir, por consiguiente, que se halla legalmente justificada la retención de la cesantía.

b) Primas de servicio.

Precisa examinar si el hecho invocado para la retención de la cesantía y a la vez como causal para la terminación contrato de trabajo, es uno de los que la ley contempla para el segundo de los fines expresados. Interesa dilucidar el punto porque el Art. 306 del C. S. T. condiciona el derecho a las primas a la circunstancias de que el empleado no haya sido despedido por justa causa.

El Art. 62 de la obra citada enumera, en el aparte a) del inciso 1, las justas causas para que el patrono pueda dar por terminado el contrato laboral unilateralmente, sin previo aviso; (no juegan en el asunto litigioso las justas causas que detalla el Art. 63 de la misma obra). Las de los numerales 4º y 5º del Art. 62, se asemejan a las establecidas en los literales a) y b) del Art. 250; el numeral 4º de la primera de dichas normas y el literal b) de la segunda contemplan delitos contra la propiedad; el numeral 5º de aquélla se refiere a actos delictuosos o simplemente inmorales, sin consideración a las personas perjudicadas; el establecido en el literal a) del Art. 250 exige que la infracción delictuosa se cometa contra el patrono, determinados parientes suyos o el personal directivo de la empresa.

La diferencia entre las dos normas en cita radica en que para la retención de la cesantía basta que el patrono alegue cualquiera de los motivos que especifica en sus tres literales el Art. 250 y, respecto de los señalados en los literales a) y b), denuncie el hecho ante la autoridad penal competente. Es obvio que sin tal requisito, el derecho a la prestación quedaría sometido al solo arbitrio del patrono; en los dos supuestos se trata de delitos contra las personas o la propiedad; su denuncio por aquél a la autoridad penal es lo que viene a darle seriedad a la afirmación del empresario y a legitimar su conducta. Es claro que no sería de su incumbencia la prueba de la imputación delictuosa, sino de la autoridad penal que conozca del denuncio y del proceso que a éste conduce, según principios san-

cionados en la ley positiva de la rama criminal. En la hipótesis del Art. 62, la regulación probatoria es distinta; como justa causa para dar por terminado el contrato no bastaría que el patrono afirmara la ocurrencia de los hechos previstos en sus numerales 4º y 5º, sino comprobarlos debidamente. Lo propio habría que decir respecto de la causal establecida en el numeral 7º del nombrado artículo (detención preventiva del trabajador). Hay que observar que en el evento del numeral 4º, es admisible cualquier medio probatorio para el solo efecto de acreditar el daño material causado a los bienes de la empresa de que allí se habla, y que en el del numeral 5º la única prueba pertinente es la que emane de la correspondiente autoridad penal. En la primera hipótesis se trata de establecer el daño únicamente, no sus consecuencias de índole civil o penal, sin perjuicio de que se deduzca contra su autor la responsabilidad del caso por uno y otro concepto por las vías legales pertinentes. No sobra advertir que la esponsabilidad de índole penal, iniciada la investigación por el delito, daría lugar a la suspensión del proceso del trabajo mientras se define la causa criminal.

Otras diferencias presentan las dos normas citadas en relación con daños a la propiedad. Se destaca la siguiente: el daño en el caso de retención de la cesantía, además de intencional debe ser grave; en el supuesto de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, basta un daño material cualquiera, causado intencionalmente. Se trata de diferencia cuantitativa: el daño es de más entidad en la primera hipótesis; de menos importancia en la segunda. De ahí que el daño material grave con intención de producirlo, conlleve la pérdida de la cesantía, en tanto que el simple daño, aunque medie la intención de provocarlo, no conduzca a la pérdida de la citada prestación.

En el caso de autos estima la Sala que el motivo invocado para la terminación del contrato (sustracción de unos vidrios de las oficinas del patrono) debe considerarse comprendido dentro de la causal establecida en el numeral 4º del Art. 62 del C. S. T. Se ha visto que en tal supuesto, corresponde al patrono la carga de la prueba. No obra ésta en el proceso; para su demostración corren en el expediente las declaraciones de los testigos Hernando Marmolejo (Fl. 60), Alejandro Antolínez (Fl. 61) y Daniel Castellanos. Acerca de la sustracción de los vidrios nada les consta a los dos últimos testigos; informa el declarante Marmolejo que el demandante se retiró por la sospecha que había contra él por la pérdida de los vidrios "que estaban en la oficina del taller".

Como se ve, el testigo en referencia, no observó el hecho atribuido por el patrono al trabajador; además, el contrato laboral no terminó por retiro del empleado sino por despido del empresario, según lo acredita la nota de éste del 6 de marzo de 1959.

Tampoco sería del caso apelar a la causal de despido prevista en el numeral 71 del Art. 62 del C. S. T. La nota del Inspector de Policía de que se ha hecho mérito da cuenta de que el demandante fue detenido en el sumario contra él por el delito de hurto, pero de ella no aparece cuál fue el tiempo en que estuvo privado de libertad.

Se concluye de lo expuesto que el patrono no acreditó la justa causa alegada para dar por terminado el contrato, sin previo aviso; en consecuencia, el trabajador adquirió el derecho a las correspondientes primas de servicio.

En vista de que el capital de la empresa es inferior a $ 200.000.00, el valor de la prestación equivale a 15 días de salario en el año calendario, de acuerdo con lo preceptuado por el Art. 306 del C. S. T. El importe de ella durante el primer semestre de 1958 se concreta a la parte proporcional del servicio prestado dentro de ese lapso (marzo a junio) y a lo correspondiente a todo el segundo semestre; el tiempo servido en el año de 1959 no alcanzó a un trimestre y por tal motivo no se causó el derecho a la prima; su cuantía, hechas las operaciones del caso, es la suma de $ 60.00.

c) Vacaciones.

Tiene derecho el demandante, de acuerdo con la ley, a la compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas por el tiempo que sirvió durante un año. El valor de la obligación es la suma de $ 72.00.

d) **Perjuicios por lucro cesante.**

En el estudio de la petición del literal b) la Sala llegó a la conclusión de que el patrono no demostró la causal que alegó para dar por extinguido el contrato. Por tanto, debe considerarse como responsable de su infracción y, en consecuencia, obligado al pago de perjuicios en los términos del Art. 64 del C. S. T., que se concretarán al lucro cesante, a los cuales limita el actor su reclamo.

El contrato de trabajo entre las partes fue celebrado verbalmente, como lo acreditan las pruebas allegadas al juicio. Se inició el 28 de febrero de 1958 y concluyó el 6 de marzo de 1959. La relación de trabajo quedó sujeta al plazo presuntivo de que trata el Art. 47 del Código del ramo; el 29 de enero de 1959 comenzó el tercer plazo presuntivo, el cual debía expirar el 28 de julio del mismo año, pero como el patrono la dio por terminada sin justa causa el 6 de marzo del año citado, el tiempo faltante para completar el término legal fue de cuatro meses veintidós días. El lucro cesante, liquidado conforme a la ley, asciende a la cantidad de $ 681.60.

e) **Indemnización moratoria.**

Aunque la respuesta a la demanda niega los hechos en que se apoya y de consiguiente el contrato de trabajo, reconoce sin embargo su existencia, pues en dicha pieza manifiesta el apoderado del patrono que éste procedió a retener la cesantía; de otro lado, la carta del demandado para el actor, del 6 de marzo de 1959, confirma la celebración de la convención laboral y aún su desarrollo. En el juicio no demostró el empresario el pago de las deudas por primas y vacaciones, y aunque en la contestación de la demanda afirma que nada quedó debiendo al actor, ninguna prueba aportó al juicio para demostrar su aserto, ni durante su curso adujo razón atendible que justificara su conducta. La retención de la cesantía no autoriza para dejar de pagar deudas por otro concepto, como las ya mencionadas, porque la norma legal que faculta al patrono para aquella retención, se limita a la de cesantía únicamente. En consecuencia, debe darse aplicación al Art. 65 del C. S. T.; para tal fin, el salario diario que como sanción y durante la mora debe pagar el demandado al trabajador, con base en el mensual de $ 144.00 es el de $ 4.80.

En vista de que la demanda ha prosperado en parte, es del caso condenar al demandado al pago de las costas causadas en las dos instancias, pero sólo en un cincuenta por ciento.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto niega en su totalidad las súplicas de la demanda derivadas del segundo contrato de trabajo, REVOCA la de primer grado en igual sentido, y, en su lugar, RESUELVE:

Condénase a Juan Manuel Díaz, mayor de edad y vecino de Bogotá, a pagar a Carlos Erdulfo Roa, también mayor y de la misma vecindad, dentro de los tres días siguientes al de ejecutoria de este fallo, lo siguiente: a) La suma de sesenta pesos ($ 60.00) por primas de servicio; b) La de setenta y dos pesos ($ 72.00) por vacaciones causadas y no disfrutadas; c) La de seiscientos ochenta y un pesos sesenta centavos ($ 681.60) a título de indemnización de perjuicios por lucro cesante; y d) La de cuatro pesos ochenta centavos ($ 4.80) diarios, por concepto de indemnización moratoria, desde el siete de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve hasta que el deudor Juan Manuel Díaz cancele el valor de las obligaciones que especifican los literales a) y b). No la casa en lo demás.

Son de cargo del demandado las costas causadas en las dos instancias en un cincuenta por ciento.

Sin costas en el presente recurso.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIO MINIMO RURAL

Prueba testimonial para acreditar el trabajo en dominicales y festivos. — La Sala Laboral unifica la tesis relacionada con el derecho al salario mínimo legal. — Salario en especie. — Según la Jurisprudencia, esta forma de pago solo puede efectuarse parcialmente. — Violación directa de la ley sustantiva. — Técnica de casación. — Cesantía. — Indemnización moratoria.

1. Como lo ha dicho la Jurisprudencia, la prueba testimonial para acreditar el trabajo en domingos y feriados, "en la mayor parte de los casos resulta deficiente, por falta de precisión, ya que aunque los testigos tratan de acomodarse al respectivo interrogatorio no explican satisfactoriamente la razón de ser del conocimiento de aquellos hechos, o al expresarla no dejan en el ánimo del juzgador la sensación completa de certidumbre acerca de ellos". (Sentencia 15 de febrero de 1952).

2. Como bien lo anota el opositor, el cargo está mal formulado, porque la infracción directa se produce con prescindencia de toda cuestión de hecho. Si el Tribunal no dio por demostrados ciertos hechos, no pudo violar directamente la ley, pues la infracción se produce en estos casos cuando no se aplica la norma a un caso debidamente comprobado, o cuando se aplica a un hecho inexistente.

3. Produciéndose el error de hecho por la estimación falsa o errónea de las pruebas que obran en el proceso es necesario que la sentencia se determine singularizándolas, por lo cual se comete un error de técnica al señalar de mal apreciadas todas las pruebas analizadas por el juzgador de segunda instancia. No puede buscar la Corte cuáles han sido esas pruebas, ni estudiar todas las que tuvo en cuenta el Tribunal para dar por demostrado un hecho, pues la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario para cuya prosperidad ha de someterse a las exigencias de la técnica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., mayo diez y ocho de mil novecientos sesenta y cinco.

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C. Auxiliar de Casación Laboral).

Ambrosio Valbuena, por medio de apoderado, demandó a Eva Barrero v. de Aguilar, para que se la condenara al pago del valor de salarios causados y no pagados; auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones, domingos y días feriados trabajados y no pagados, horas extras, salarios correspondientes al tiempo faltante para completar el plazo presuntivo del contrato de trabajo, la indemnización moratoria y los costos y costas judiciales en caso de oposición.

Como hechos de la demanda presentó los siguientes:

"1º Ambrosio Valbuena prestó servicios personales a Eva Barrero v. de Aguilar bajo su continuada dependencia y subordinación y mediante remuneración desde el día 10 de agosto de 1954 hasta el día 13 de agosto de 1956 en un finca de propiedad del patrono (aquí demandado), ubicada en la vereda de Roa, jurisdicción de Ráquira punto La Tenería y adyacentes. 2º Los trabajos prestados o servicios prestados por Ambrosio Valbuena a Eva Barrero v. de Aguilar consistían especialmente en cuidar de quince a veinticinco reses, ordeñar de cinco a

diez vacas de leche, entregar la leche o llevarla a la casa del patrono, arreglar las cercas de los potreros de la finca, llevar el ganado al abrevadero, encerrar los becerros y en general hacer los demás cuidados que la conservación de la finca exige en condición de administrador, trabajos que exigían un trabajo continuo y permanente desde las cinco de la mañana hasta lás siete de la noche, de cada día. 3º Como contraprestación en especie la señora **Eva Barrero v. de Aguilar** pagó durante el lapso referido a **Ambrosio Valbuena** por sus servicios prestados el valor correspondiente al pastaje de tres cabezas de ganado en sus potreros, tres cabezas de ganado lanar, alojamiento para él y su familia (esposa e hijos) y el "arrendamiento" de una parcela que dentro de la finca existe y denominada tal parcela "La Bolsa" con extensión mayor a una fanegada así como dos botellas de leche diarias. 4º la señora **Eva Barrero v. de Aguilar** debe el salario (sueldo o jornal) a **Ambrosio Valbuena** que se acostumbra pagar en la región o en subsidio el salario mínimo legal que determinen las disposiciones sobre la materia. 5º El trabajador **Ambrosio Valbuena** fue despedido sin causa legal justificada y sin que se le hubieren cubierto los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeudaban y sin haberse cumplido el quinto período del contrato presuntivo de trabajo. 6º La señora **Eva Barrero v. de Aguilar** fue demandada ante el Sr. **Inspector del Trabajo** en audiencia de conciliación habiéndose terminado la conciliación (audiencia) por falta de ánimo para tal fin por parte del patrono. 7º El trabajador **Ambrosio Valbuena** no ha recibido ningún centavo de manos de la señora **Eva Barrero v. de Aguilar** por concepto de cesantía, primas de servicio, vacaciones, salarios de los días domingos trabajados, salarios de los días feriados trabajados, valor de las horas extras trabajadas, trabajo suplementario, diurno y nocturno, overoles, calzado, y en general por ninguna clase de prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho. 8º La señora **Eva Barrero v. de Aguilar** niega todo derecho a **Ambrosio Valbuena** y se halla en mora de dar cumplimiento a las disposiciones del C. S. del T. que tiene el carácter de **orden público** y cuyos derechos son irrenunciables. 9º La señora **Eva Barrero v. de Aguilar** no dio cumplimiento al ordinal 7º del Art. 57 del C. S. del T. al despedir a su trabajador **Ambrosio Valbuena**".

Al contestar la demanda, el apoderado de la demandada negó los hechos. Se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas, por cuanto no existió contrato de trabajo entre demandante y demandado. Propuso las excepciones de falta de acción e inexistencia de la obligación, con fundamento en el mismo hecho.

En la primera audiencia de trámite, el apoderado del demandante corrigió la demanda, para que previamente a las condenaciones se hicieran las siguientes declaraciones:

"Que entre **Ambrosio Valbuena**, de condiciones civiles conocidas, y **Eva Barrero v. de Aguilar**, de condiciones civiles igualmente conocidas, el primero en su condición de trabajador y la segunda en calidad de patrono, **existió** un contrato de trabajo o una relación de trabajo que empezó a cumplirse el día diez (10) de agosto de 1954. Que dicho contrato fue verbal y a término indefinido. Que mi poderdante **Ambrosio Valbuena** tiene derecho cierto e indiscutible desde el día en que fue despedido por el patrono y de acuerdo con los hechos de la demanda. Que mi poderdante laboró en beneficio de la demandada, sin interrupción alguna, desde el día diez (10) de agosto de 1954 hasta el día trece (13) de agosto de 1956 en que fue despedido sin que mediara justa causa para hacerlo. Que mi representado fue despedido del trabajo sin que la parte demandada (patrono) cumpliera con la obligación de poner a disposición el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos. Que la parte demandada (patrono) despidió a mi poderdante (trabajador) en forma intempestiva y sin justa causa. Que la parte demandada está en mora de cancelar a mi poderdante el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho desde el momento del despido. Que como consecuencia, la parte demandada está obligada a cancelar a **Ambrosio Valbuena**, como indemnización,

una suma igual al último salario devengado por cada día de retardo en el pago de tales salarios, prestaciones e indemnizaciones hasta que tales se verifiquen. Segundo. Que dentro de la sentencia que ha de desatar el presente negocio se incluya igualmente como condenación a la parte demandada y fuera de las ya pedidas en el libelo principal, la siguiente: Que Eva Barrero v. de Aguilar debe pagar a mi poderdante Ambrosio Valbuena el calzado y overoles de que trata el capítulo IV del Título VIII, Art. 230 y ss. del Código Sustantivo del Trabajo, en el caso de que de las probanzas resultare que éste se halla comprendido dentro de las circunstancias jurídicas contempladas por las disposiciones que regulan la materia".

Cumplido el trámite de primera instancia, el Juez Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá, quien conoció del juicio, pronunció el siguiente fallo: "1º Condénase a la señora Eva Barrero v. de Aguilar, mayor y vecina de Ráquira, a pagar al señor Ambrosio Valbuena, de igual mayoría y vecindad, dentro del término de cinco (5) días siguientes al de la ejecutoria de este fallo, la suma de ciento nueve pesos con cincuenta centavos ($ 109.50) M. Cte., por concepto de cesantía. Parágrafo. Abónese a la suma anterior la cantidad de cien pesos ($ 100.00) representada en un cheque recibido por el Dr. Zenón Prieto Rincón, según las constancias existentes a los folios 63 v. y 64 del expediente. 2º Condénase a la misma señora Eva Barrero v. de Aguilar, a suministrar a Ambrosio Valbuena, dentro del término de ocho (8) días a partir de la ejecutoria de este fallo, cuatro (4) pares de calzado de caucho o cuero, y cuatro (4) overoles propios para las actividades a que aquél se dedicó según las constancias del proceso. 3º Condénase a la misma señora v. de Aguilar a pagar la tercera (3ª) parte de las costas del juicio. En su oportunidad, liquídese. 4º Niéganse las demás peticiones de la demanda".

Ambas partes apelaron. El Tribunal Superior de Tunja, Sala de Decisión Laboral, decidió el recurso en la siguiente forma: "I. Modifícase el punto "1º" del fallo de fecha dos de mayo último proferido por el señor Juez Segundo del Circuito Civil de Chiquinquirá, recaído en el ordinario Laboral de mayor cuantía de Ambrosio Valbuena contra Eva Barrero v. de Aguilar, ambos mayores y vecinos de Ráquira, en el sentido de condenar a la demandada a pagar al actor la suma total de ciento cincuenta y ocho pesos con treinta y tres centavos ($ 158.33) m. l. en vez de la cantidad de ciento nueve pesos con cincuenta centavos ($ 109.50) m.l. a que condenó el juzma total aquella que se discrimina así:

"Por concepto de auxilio de cesantía	$	80.00
"Por concepto de primas de servicios	$	38.33
"Por concepto de vacaciones ..	$	40.00
"Suma	$	158.33

"De esta suma, se descontará la cantidad de cien pesos ($ 100.00) m.c., consignados por la demandada y recibidos por el apoderado del actor. II. Confírmase los puntos 2º y 3º del mismo fallo. III. Absuélvase a la demandada de los demás cargos formulados en la demanda y en su corrección. IV. Sin costas en la presente instancia.

Interpuso el recurso de Casación el apoderado del demandante, el cual fue concedido. Esta Superioridad lo admitió. La demanda fue presentada oportunamente. El demandado formuló escrito de oposición. Surtido el trámite legal, la Sala decidirá.

Alcance de la impugnación

Persigue se case la sentencia recurrida, y en su lugar, obrando la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Instancia, profiera sentencia en contra de Eva Barrero v. de Aguilar reconociendo a favor de Ambrosio Valbuena los salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales, de conformidad con los pedimentos de la demanda y de su corrección. Formula cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Se acusa la sentencia como violatoria de los Arts. 2º del Decreto 71 de 1950, de los

artículos 249, 306, ordinal b), 189 num. 2º 172, 173, 177, 127 y 129 del C. S. del T. por aplicación indebida como consecuencia de la falta de apreciación o apreciación errónea de las siguientes pruebas: por falta de apreciación, a) Dictamen pericial que obra a folios 62 y 62 vto. del cuaderno principal; b) Copia del memorial dirigido por la señora Eva Barrero v. de Aguilar al Inspector Seccional de Trabajo de Chiquinquirá (folio 49 y siguientes); declaración de Pablo Martínez (folio 67 vto.); declaración de Tobías Gaitán (folio 52 y siguientes; Acta de conciliación de fecha 14 de diciembre, en la cual consta la consignación de cien pesos ($ 100.00) por parte del apoderado de la parte demandada para prevenir cualquier consecuencia adversa a la parte que representa. (folio 33 y siguiente); y por errónea interpretación, las declaraciones de Misael Rubiano (folio 68 y siguientes), y la de Agapito Vargas (folio 71).

Si las anteriores pruebas se hubieran apreciado se hallaban probados los siguientes hechos: "a) Que Ambrosio Valbuena laboró en forma permanente del 10 de agosto de 1954 al 13 de agosto de 1956 con una jornada de trabajo de las cinco de la mañana (hora en que principiaba el ordeño), hasta las seis o siete de la noche en que se terminaba de apartar los becerros, sin interrupción, por razón del permanente cuidado y abrevar de animales, lo que comprende una jornada de trabajo que se extiende a más del máximum legal. b) Que Ambrosio Valbuena laboró y prestó sus servicios durante todos los días domingos y feriados comprendidos durante el tiempo en que duró el contrato de trabajo. c) Que Ambrosio Valbuena recibió como remuneración por el trabajo realizado el valor del pastaje de 3 cabezas de ganado vacuno; de tres cabezas de ganado lanar; del arrendamiento de la casa de habitación; del valor de una botella de leche diaria y del arrendamiento de una parcela de terreno que aproximadamente tiene una fanegada de extensión. d) Que Eva Barrero v. de Aguilar al negar a Ambrosio Valbuena los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos procedió con marcada mala fe".

La Sala considera

Según el recurrente, el demandante no solo trabajó la jornada ordinaria completa, sino que la excedió, según lo demuestran los testimonios de Misael Rubiano, Agapito Vargas y Tobías Gaitán. Analizando estos testimonios, se observa que ellos nada indican sobre la jornada de trabajo, pues los testigos se limitan a describir las funciones que desempeñaba el demandante, sin referirse al tiempo durante el cual las desarrollaba. Así que no incurrió el Tribunal en error de hecho al dar como probado que Valbuena no trabajaba durante toda la jornada legal.

Sobre el valor de los salarios causados y no pagados dijo el Tribunal: "Este pedimento de la demanda no puede prosperar, ya que según los términos pertinentes de la doctrina anteriormente transcrita, el salario puede consistir en una "serie de ventajas en especie", tales como los suministrados por la demandada, sin contrariar por ello la norma prohibitiva del artículo 136 del C. S. del T. En efecto, los suministros de vivienda, tierra laborable y pasturaje avaluados pericialmente en la cantidad de $ 40 implican la total satisfacción del elemento salario. No sobra advertir que el salario mínimo rural reclamado no tiene operancia en el presente caso, se repite, por no haberse establecido una jornada completa de trabajo y además porque la garantía del salario mínimo fue establecida para los trabajadores que perciban la totalidad de su remuneración en dinero efectivo. (Decreto 71 de 1950, Art. 2º inciso final). No es, pues, el caso de hacer condenación alguna por concepto de salarios causados y no pagados.

Es decir, que el Tribunal no dio aplicación al salario mínimo rural por considerar que solo rige cuando se trabaja la jornada completa y para aquellos trabajadores que perciben la totalidad de su remuneración en dinero efectivo. Ahora bien, no habiéndose demostrado que Valbuena trabajaba la jornada completa, queda en firme la conclusión del Tribunal, y si incurrió en violación de la ley, ella se produjo por erró-

nea interpretación, y no a través de errores de hecho.

En relación con el trabajo en domingos y feriados, el testigo Agapito Vargas dice que los domingos el demandante se iba para el pueblo y quedaba la señora de Valbuena con la familia viendo los animales de la señora Eva Barrero v. de Aguilar. Luego declara que los domingos no iba a la finca de la demandada sino cuando lo invitaban a trabajar. Así es que de su dicho no puede darse por demostrado que la señora del demandante prestó los servicios durante todos los domingos y feriados del período en que duró la relación laboral. Y es que como lo ha dicho la Jurisprudencia, la prueba testimonial para acreditar el trabajo en domingos y feriados, "en la mayor parte de los casos resulta deficiente, por falta de precisión, ya que aunque los testigos tratan de acomodarse al respectivo interrogatorio no explican satisfactoriamente la razón de ser del conocimiento de aquellos hechos, o al expresarla no dejan en el ánimo del juzgador la sensación completa de certidumbre acerca de ellos". (Sentencia 15 de febrero de 1952).

Respecto al número de cabezas, vacunos y lanar, de propiedad del demandante que pastaban en tierras de la demandada como compensación de los servicios que recibía, el Tribunal no solo tuvo en cuenta las posiciones absueltas por la señora Barrero v. de Aguilar, sino también los que absolvió el demandante, quien dijo ser cierta la séptima posición que se le formuló, que dice así: "Diga cómo es cierto sí o no, que como contraprestación de la ejecución de las obras de que trata la pregunta anterior y además de la reparación de los pasos malos que se fueron presentando en las cercas de la finca, la peticionaria se obligó a suministrarle dos pastajes para ganado mayor; dos para ovejas, y el usufructo de una parcela de más o menos una fanegada denominada "La Bolsa", situada en el potrero de los Guayabos". Así es que no incurrió el Tribunal en error de hecho al dar por demostrado que eran dos las cabezas de ganado vacuno y dos las de lanar, de propiedad de Valbuena que pastaban en terrenos de la demandada.

Cuanto a la mala fe de la demandada al no pagar oportunamente las prestaciones sociales, este hecho, en caso de encontrarse demostrado, incidiría en el reconocimiento de la indemnización por mora en el pago; más como el recurrente omitió señalar como violada la norma que consagra dicha indemnización, es inoficioso estudiar si en verdad el Tribunal incurrió en el error de hecho anotado.

No habiéndose demostrado que el juzgador de segundo grado hubiese incurrido en los errores de hecho que señala el recurrente, el cargo no prospera.

Por considerar que la tesis del Tribunal es errónea en cuanto a salario mínimo, y con el fin de unificar la jurisprudencia, la Sala fijará la correcta aplicación de las normas que rigieron durante el vínculo contractual entre demandante y demandado. En relación con la exigencia de la jornada legal, ya la Sala se había pronunciado en el juicio de Custodia Gutiérrez Otero contra Manuel A. Munar, fallo en el cual se dijo lo siguiente:

"El salario mínimo

Lo estableció el Decreto extraordinario 3871 de 1949 (Art. 1º), cuya vigencia se inició el 1º de enero de 1950, fijando su cuantía en la suma de $ 2.00 diarios. El parágrafo 2º de la disposición ordena que el salario mínimo solo es aplicable a los trabajadores que reciban la totalidad de la remuneración en dinero efectivo. La norma del parágrafo fue modificada por el Decreto legislativo 70 de 1950 (Art. 1º), expedido el 12 de enero de ese año, no en cuanto al salario mínimo sino en relación con los aumentos decretados por el Art. 1º del 3871 citado, en el sentido de que éstos comprendían a todos los trabajadores en la parte de los salarios, que recibieron en dinero efectivo. Posteriormente, el Decreto 71 de 1950, expedido también el 12 de enero, reglamentario de los Decretos 3871 y 70 de 1950, acogió la misma norma del Decreto 3871 sobre salario mínimo (Art. 1º), desarrollando lo concerniente a él y a los aumentos de la retribución en varios incisos.

El segundo dispuso que si producido el aumento que trae la escala del inciso precedente, el salario resultaba inferior a $ 2.00 diarios, debería elevarse hasta ese valor, "que constituye el salario mínimo que debe pagarse en todo el territorio de la República, a partir del 1º de enero de 1950". El inciso tercero expresa que la garantía del salario mínimo se entiende establecida para los trabajadores mayores de 16 años, obligados a trabajar jornadas completas de ocho horas en adelante, según lo autorice la ley. El inciso quinto, refiriéndose a los mismos trabajadores y a igual jornada de trabajo, establece que al salario mínimo tienen derecho los empleados que reciban la totalidad de su remuneración en dinero efectivo. Dice el ordenamiento del inciso cuarto que a los trabajadores a quienes por motivo del servicio que presten o por disposiciones legales se les exija determinado número de horas inferior al de la jornada legal del trabajo, se les computará el salario mínimo con referencia a las horas que laboran, a razón de $ 0.25 la hora-servicio, de manera que si el asignado es inferior al salario-hora, debe completársele hasta dicho valor. El Decreto 2214 de 1956, dictado en desarrollo de lo previsto en el Art. 147 del C. S. T., señala un salario mínimo distinto, según la agrupación que hace de los departamentos del país (Art. 1º). El Art. 2º conserva de la legislación anterior la regla de que el salario mínimo, en cuanto a los trabajadores particulares, se aplica a los que reciban la asignación en dinero efectivo, excluyendo la modalidad del salario mixto, y el 3º modifica lo estatuído en el Decreto 71 de 1950, Art. 2º, incisos tercero y quinto, en cuanto a la edad del trabajador, pues sustituye la de 16 años por la de 18, y respecto a la jornada. En relación con ésta, desaparece la exigencia de que ella sería la de "ocho horas en adelante", pues habla de la jornada que convengan las partes, o, en su defecto, la máxima legal, con la salvedad relativa a las labores agrícolas, ganaderas y forestales. El Decreto legislativo 118 de 1957 (Art. 5º) modificó entre otras normas del Decreto 2214 de 1956, el Art. 3º, en cuanto a la edad del trabajador, volviendo a la de 16 años, y respecto a la jornada, pues exige la máxima legal. Pero el precepto ordena que rija el salario mínimo en jornadas inferiores a la expresada, en proporción al número de horas laboradas. Conocida la legislación sobre salario mínimo, pueden sentarse estas conclusiones: a) El Art. 1º del Decreto 3871 de 1949, de derecho material, comprende a todos los empleados, sin subordinar la garantía del salario mínimo al tiempo de duración de la jornada de trabajo. La única restricción es la de que reciban la totalidad de la asignación en dinero efectivo. Al respecto ningún cambio introdujo el Art. 1º del Decreto legislativo 70 de 1950. b) El Decreto 71 de 1950 es simplemente reglamentario de los dos anteriores. Por tanto, en el supuesto de que para adquirir el derecho al salario mínimo, el trabajador debe rendir jornadas de ocho horas en adelante, como lo dispone el inciso 3º de su Art. 2º, debe prevalecer la norma citada del Decreto 3871, de superior jerarquía. (Sentencia de cinco de marzo de 1962).

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia citada, no era necesario que el trabajador demostrara haber laborado durante la jornada ordinaria para tener derecho al salario mínimo. Más si el Tribunal encontró que solo había laborado algunas horas diariamente, lo procedente era reconocer el salario mínimo en proporción al número de horas trabajadas.

Cuanto a que es posible pagar el salario totalmente en especie, existe jurisprudencia de esta Sala en sentido contrario. Tal es la contenida en la sentencia dictada en el juicio de **Mercedes Martínez de Hernández** contra **Abraham Aparicio Romero** y otro, que dice:

"El Código Sustantivo del Trabajo establece un régimen de protección jurídica y económica de los salarios, que convierte a éstos en una categoría legal. La reglamentación pertinente a esta materia regula cuestiones que se refieren a las modalidades, a forma de pago y a la cuantía, entre

otras. El Art. 127 del mencionado estatuto, expresa que constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria sino todo lo que reciba el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. Sugiere este precepto, que el salario puede integrarse con una sola o con varias remuneraciones o prestaciones, que pueden consistir en dinero, o en dinero y en especie (salario mixto), pero no únicamente en especie, pues, según lo establecido por el Art. 129 ibídem, es salario en especie la alimentación, habitación o vestuario que el patrono suministra al trabajador o a su familia, como parte de la retribución ordinaria del servicio. Claramente se advierte que este precepto no significa que los empresarios o patronos tengan la obligación de sustentar o alojar a sus trabajadores, pues, dicha obligación sólo se impone por disposición especial de la ley, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores de empresas de petróleos (Arts. 315 y 316 del C. S. T.), o con los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales, según el Art. 334 ibídem, entre otros casos, o porque tal obligación surja de un pacto o de una convención colectiva. La retribución en especie obedece, pues, a medidas de carácter accesorio y circunstancial y es complementaria de la remuneración o prestación básica que el trabajador debe recibir en metálico o, mejor dicho, del salario que se calcula y paga en dinero efectivo. La regla general que la legislación laboral establece en relación con la manera de pagar el salario, es la de que debe pagarse en dinero efectivo. El pago en especie solo puede hacerse parcialmene, si las prestaciones en que consiste (alimentación, habitación o vestuario) son suministrados al trabajador o a su familia, según se desprende de lo dispuesto en los Arts. 129, 136 y 316 del C. S. T. Este criterio legal tiene, además, una fundamentación doctrinaria, en cuanto toma en consideración la pluralidad de funciones que el salario realiza y la trascendencia de los fines que constituyen su esencia. Aceptar que la remuneración del trabajador pueda efectuarse mediante el pago total en especie, sería tanto como admitir que el salario solo tiene un carácter alimenticio y finalidades de orden puramente material, con menosprecio de otros fines de importancia indiscutible, como pueden ser los de subvenir a las necesidades normales del trabajador y su familia, en el orden moral y cultural, como acertadamente expresa el Art. 145 del C. S. T. Por tanto, la recta interpretación de las normas legales que se dejan citadas respecto a su alcance y contenido, conduce a afirmar que el salario en especie permitido por la ley (alimentación, vestuario, alojamiento), solo puede darse al trabajador en concepto de remuneración complementaria, esto es, como parte de la retribución ordinaria del servicio, y sin que esa forma de pago pueda llegar a constituir o conformar la totalidad de su salario. Por lo expuesto, no resulta demostrado el error de hecho que se enuncia, ni la consiguiente violación de las normas que el acusador estima infringidas". (Sentencia de 16 de julio de 1964).

Probado el contrato de trabajo y que el demandante solo percibía salario en especie, el Tribunal ha debido aplicar el salario mínimo, como remuneración en dinero, si no existían pruebas sobre el pactado entre las partes, o no era posible determinarlo por cualquier otro medio.

Segundo cargo

"Se acusa la sentencia por ser violatoria de los artículos 65, 168, 169, 172, 173, 177 del C. S. del T. y 2º del Decreto 71 de 1950 por infracción directa al dejarse de aplicar al caso sub-judice, hallándose demostrado que el trabajador laboró más allá de la jornada ordinaria de trabajo, en horas diurnas y nocturnas y laboró mientras duró el contrato de trabajo en los días domingos y días feriados. Los hechos plenamente establecidos a que alude el párrafo precedente se halian demostrados con las pruebas citadas y analizadas en el cargo primero y al no aplicarse las disposiciones citadas al enunciar este cargo se ha violado la ley sustantiva por infracción directa. La infracción directa o violación del artículo 65 del C. S. del T. es consecuencia de su no aplicación en el caso de autos a partir del día 13 de agosto de 1956 fecha de la termina-

ción del contrato hasta el día 14 de diciembre de 1956 en que fue hecha la consignación a que dicho artículo se refiere".

Se considera

Como bien lo anota el opositor, el cargo está mal formulado, porque la infracción directa se produce con prescindencia de toda cuestión de hecho. Si el Tribunal no dio por demostrados ciertos hechos, no pudo violar directamente la ley, pues la infracción se produce en estos casos cuando no se aplica la norma a un caso debidamente comprobado, o cuando se aplica a un hecho inexistente.

Cuanto a la violación del artículo 65 del C. S. del T. el Tribunal tuvo por cierto el hecho de la consignación de $ 100.00 por parte de la demandada, el 14 de diciembre de 1956. Es claro que al no condenarla al pago de la indemnización moratoria hasta esa fecha, violó el artículo 65 citado, al no aplicarlo a un hecho por él contemplado, pues la mora existió hasta la fecha de la consignación. En este aspecto prospera el cargo y se casará parcialmente la sentencia recurrida. Habiendo transcurrido 126 días entre el día en que terminó el contrato de trabajo, o sea el 10 de agosto de 1956, y la fecha en que se hizo la consignación, la indemnización moratoria es igual a los salarios correspondientes a ese período. Haciendo las operaciones del caso, con base en un salario mensual de $ 40.00, se obtiene la cantidad de $ 168.00, suma que se tendrá en cuenta al proferir el fallo de instancia.

Tercer cargo

"Se acusa la sentencia por ser violatoria de los artículos 249, 306 ordinal b) y 189 del C. S. del T. por aplicación indebida proveniente de la apreciación errónea de las probanzas analizadas en el fallo recurrido al tener como probado el que Ambrosio Valbuena solo laboró durante cuatro horas diarias, con excepción de días de fiesta y feriados y mediante una remuneración en especie avaluada en cuarenta pesos mensuales".

Se considera

Produciéndose el error de hecho por la estimación falsa o errónea de las pruebas que obran en el primero, es necesario que en la acusación se determinen, singularizándolas, por lo cual se comete un error de técnica al señalar como mal apreciadas todas las pruebas analizadas por el juzgador de segunda instancia. No puede buscar la Corte cuáles han sido esas pruebas, ni estudiar todas las que tuvo en cuenta el Tribunal para dar por demostrado un hecho, pues la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario, para cuya prosperidad cabe someterse a las exigencias de la técnica. No prospera el cargo.

Cuarto cargo

"Se acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa al dejarse de aplicar el artículo 47 del C. S. del T. hallándose demostrado por la confesión de la parte demandada que Ambrosio Valbuena laboró desde el 10 de agosto de 1954 al 13 de agosto de 1956".

Se considera

El Tribunal consideró que el contrato de trabajo había terminado el 10 de agosto de 1956, descartando como fecha de terminación la del 13 de agosto del mismo año. Al efecto dijo: "no se computa como fecha final de los servicios el día 13 de agosto de 1956, en razón de que el demandante, a quien correspondía la carga de la prueba (onus probandi incumbit actori) no probó la fecha exacta de terminación del contrato". Así es que la violación del artículo 47 no pudo ser directa, sino a través de errores de hecho. Por otra parte, el artículo 47 del C. S. del T. no confiere derecho a indemnización por la ruptura unilateral del contrato de trabajo. Así es que al no indicar el recurrente la norma que consagra la indemnización al trabajador por violación del término contractual, se quedó corto en la acusación. No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia impugnada dictada por el Tribunal Superior de Tunja, Sala Laboral, en cuanto absuelve a la demandada de pagar la indemnización moratoria, y en función de instancia, REVOCA la sentencia de primer grado, en la parte que niega la petición por indemnización moratoria, y en su lugar, condena a **Eva Barrero v. de Aguilar** a pagar a **Ambrosio Valbuena** la suma de **ciento sesenta y ocho pesos** ($ 168.00) por concepto de indemnización moratoria. No casa en lo demás.

Sin costas.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EXCEPCION DE COMPENSACION EN CUANTO A CESANTIA

Supuesto error de interpretación del Art. 65 del C. S. T. — Consignación efectuada con posterioridad a la expiración del contrato. — Examen del memorial de consignación y su valoración. — Primas de servicio. — Vacaciones.

1. Con relación al quebranto del Art. 59 del C. S. T., la Sala observa que no le dio el Tribunal aplicación a ese precepto, según el cual, sin previa orden escrita del trabajador, o sin mandato judicial, le está prohibido al patrono deducir, retener o compensar deudas en favor de aquél por salario y prestaciones, con créditos a su cargo y en favor del patrono, sino a las normas del Código Civil (Arts. 1714 a 1716) relativas a la compensación por ministerio de la ley. Es básico de la decisión el anterior concepto, para cuyo examen habría sido necesario acusar violación, por aplicación indebida, de los citados preceptos de la ley civil, en concordancia con el del estatuto laboral mencionado. La proposición jurídica resulta, pues, incompleta, y por ello el reparo del acusador no es atendible.

2. No se deduce de la confesión provocada del actor —alega el recurrente— convenio entre éste y el patrono para imputarla a prestaciones sociales, como lo afirma la sentencia, incurriendo por ello en error de hecho. A lo cual observa la Sala: la imputación la hizo el Tribunal a título de compensación por ministerio de la ley, conforme a disposiciones del Código Civil. Para este tipo de compensación basta que las deudas mutuas sean de la misma clase, líquidas y exigibles, sin que haya necesidad de convenio previo entre las partes, pues el fenómeno se produce **ipso jure**. Establecido el presupuesto en referencia, o sea, la existencia de los dos créditos en dinero y su liquidez y exigibilidad, extremos que la acusación acepta, el oficio judicial se limita a reconocerlo y a deducir sus consecuencias. En tal hipótesis, se trata de un **quid iuris**, no de una cuestión fáctica. No es el caso de examinar si la compensación **ope legis** a la cual se acoge la sentencia, es o no de recibo en el derecho laboral, pues para ello habría sido necesario acusar violación de los textos de la ley civil, en armonía con los pertinentes de aquél, y ya se ha visto que el cargo no cumple esta exigencia, como es de rigor en casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., diecinueve de mayo de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Leonidas Velandia Wilches contra Luis Arturo Gómez.

En sus fundamentos de hecho la demanda afirma que Velandia le prestó servicios dependientes a Gómez en la construcción de un edificio de propiedad de éste, en la ciudad de Zipaquirá; que el salario devengado y percibido por el demandante fue el de $ 21.50 diarios; que éste laboró horas extras diurnas y extras nocturnas, sin recibir la correspondiente remuneración; que la relación de trabajo comenzó el 5 de mayo de 1957 y terminó por despido unilate-

ral del patrono, sin justa causa, el 7 de noviembre de 1958; que al operarse la desvinculación contractual no le fueron cubiertos al trabajador los salarios y prestaciones causados.

Con fundamento en tales hechos suplica el demandante que Luis Arturo Gómez sea condenado a pagarle el auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones, horas extras diurnas y extra nocturnas, indemnización por mora y la proveniente de una incapacidad a causa de accidente de trabajo (hernia inguinal).

La respuesta a la demanda admite que Velandia trabajó en una obra de Luis Arturo Gómez, llevado a ella por Medardo Sierra, no en virtud de contrato celebrado con el actor; acepta que cuando éste trabajaba en la obra recibía de su dueño una remuneración diaria de $ 21.50; y negó los demás hechos.

La sentencia de primer grado, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, declara que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo con duración de 18 meses, y, en consecuencia, condenó al demandado a pagar al actor, lo siguiente: a) $ 1.310.04 por cesantía; b) $ 1.091.98 por primas de servicio; c) $ 1.451.25 por horas extras diurnas; d) $ 42.12 por horas extras nocturnas; y e) $ 547.03 por vacaciones; (numeral 1º), lo absolvió de la indemnización por mora y de la relativa a incapacidad por accidente de trabajo (numerales 2º y 3º); y, por último, le impuso las costas de la instancia (numeral 4º).

Apelaron ambas partes; resolvió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Bogotá. El fallo del ad-quem revoca el del inferior en el numeral 1º de su parte dispositiva, y, en su lugar, declaró probada la compensación en cuanto a cesantía por un valor de $ 1.000.00, dejando reducida la deuda por este concepto a la cantidad de $ 161.00; redujo la condena por primas de servicio a $ 908.60 y mantuvo la del fallo apelado por vacaciones. De las sumas anteriores ordena deducir la de $ 220.00, consignada en el juicio a favor del actor, cuya entrega debe hacerle el Juzgado. Confirmó lo resuelto en los numerales 2º y 3º de la resolución del inferior, y modificó la condena en costas, limitándolas al 30%.

La demanda de casación

Aspira a que la Corte infirme parcialmente el fallo del ad-quem en cuanto absuelve al demandado de la condena sobre indemnización moratoria, desde el 7 de noviembre de 1958 hasta que cancele las obligaciones a su cargo, y, en subsidio, a que le imponga la misma condena, desde el 7 de noviembre de 1958 hasta el 9 de abril del mismo año, fecha en que Luis Arturo Gómez consignó en el Juzgado la suma de $ 220.00, que confesó deber al demandante.

Invoca el acusador la causal primera de casación. Formula dos cargos contra la resolución recurrida, que se examinan a continuación.

Primer cargo

Violación indirecta del Art. 59 del C. S. T. y del 65 ibídem por falta de aplicación, a causa de evidentes errores de hecho en la estimación de las posiciones absueltas por el actor (Fl. 25) y en la del memorial de consignación de las prestaciones (Fl. 11).

Consistió el error en dar por demostrado, sin estarlo: que la suma de dinero entregada por el patrono al trabajador se hubiera imputado a cuenta de prestaciones por convenio entre las partes; y que la consignación de $ 220.00 la hizo el patrono al terminar el contrato de trabajo (7 de noviembre de 1958), demostrando el documento del folio 11 que tal acto ocurrió el 9 de abril de 1959.

Para demostrar el cargo, arguye el recurrente:

Se colige de la respuesta dada por el demandante a la segunda pregunta del cuadro de posiciones, que recibió del patrono "mil y pico de pesos en calidad de préstamo", pero no que esa suma le hubiera sido

entregada a cuenta de prestaciones, como lo pretende el Tribunal. Si recibió el dineno durante la vigencia del contrato (hecho no acreditado) mal podía imputarse a pagos de futuras prestaciones por existir al respecto prohibición legal; y si lo recibió terminado el contrato (hecho que tampoco aparece demostrado), no podía el fallador declarar probada de oficio la excepción de compensación, porque no se produce ella en el derecho laboral por el solo ministerio de la ley, sino previa autorización escrita del trabajador, o mandamiento judicial, según lo ha sostenido la jurisprudencia en sentencia del 24 de mayo de 1955 (juicio de José Contreras contra Fábrica de Muebles Exposición). No se ha establecido en el juicio ninguno de los eventos que, conforme al Art. 65, autorizan al patrono para retener prestaciones sociales, por lo cual era de imperiosa aplicación esa norma, que el Tribunal violó por no haberla observado.

Segundo cargo

Violación directa del Art. 65 del C. S. T., por errónea interpretación.

En sustentación del cargo dice el acusador: el Tribunal dio por demostrados estos hechos: el contrato de trabajo entre las partes; el salario ($ 21.50 al día); la fecha en que se iniciaron los servicios (5 de mayo de 1957) y la de su terminación (7 de noviembre de 1958). De autos aparece que el patrono no pagó el trabajor, al expirar el contrato, el valor de las prestaciones; sin embargo, la sentencia deja de aplicar el Art. 65, dando como razón la de que el patrono tuvo un motivo justificado para consignar únicamente $ 220.00 a cuenta de prestaciones sociales del actor. Pero la consignación —dice el recurrente— no solo fue irrisoria sino ineficaz; lo primero, porque el valor de las deudas a cargo del patrono era superior a $ 2.500.00, y lo segundo, porque para que la consignación tenga poder liberatorio, se requiere que contenga el reconocimiento expreso de que se debe determinada suma por salarios y prestaciones, y no una vaga manifestación de posibles deudas que el patrono pudiera deber como aparece en el documento del folio 11. Apoya la argumentación anterior con la transcripción de apartes de una sentencia de casación del 14 de septiembre de 1955, dictada en el juicio de Joaquín Sierra Vélez contra Bertulfo Botero y otro.

Con referencia al primer cargo, alega el opositor: Gómez solo consignó la suma de $ 220.00 a cuenta de posibles prestaciones, porque habiéndole entregado a Velandia sumas que en concepto de aquél ascendían a $ 2.000.00, creyó que las dos partidas cancelaban las deudas a su cargo. Por parte del patrono no hubo mala fe, porque el propio actor confiesa en posiciones que recibió de Gómez algo más de mil pesos, lo cual significa que lo recibido pudo ascender a $ 1.990.00, y las condenas a su cargo no alcanzan a $ 2.000.00.

En cuanto a la excepción de compensación, que la sentencia declara probada, anota el opositor que el Tribunal obró acertadamente al reconocerla con base en lo dispuesto por el Art. 1714 del C. C.

Respecto al segundo cargo, el alegato de réplica dice que Gómez tenía el convencimiento de haberle entregado a Velandia $ 2.000.00, dejando así cancelada las deudas laborales, y que por ese motivo no hizo consignación alguna en su favor al terminar el contrato (noviembre de 1958); que esa creencia abona su buena fe y lo exime de la sanción por mora.

Sobre la cuestión jurídica a que se refieren los dos cargos, dice el Tribunal en la parte motiva de su providencia, bajo el título "Indemnización Moratoria":

No prospera la petición, porque si bien el demandado consignó a favor del actor $ 220.00 para pagar posibles prestaciones debidas, cantidad ínfima en relación con el valor "de las prestaciones que aquí se han deducido", Velandia en las posiciones que absolvió en el juicio, admite que recibió de Gómez en calidad de préstamo, "mil y pico de pesos". Demuestra este hecho que entre las partes "se efectuaron ciertas operaciones sobre entrega de dineros" en cuantía de $ 2.000.00 de acuerdo con afirmación de

Gómez y de más de $ 1.000.00, según Velandia. "Así las cosas, puede afirmarse que el demandado tuvo un motivo justificado para consignar únicamente $ 220.00 a cuenta de las prestaciones del actor por haberle entregado a éste a cuenta de prestaciones una cantidad que según él subía a los $ 2.000.00".

Aunque la respuesta de Velandia es evasiva, anota la sentencia, es indudable que recibió la suma de dinero con fundamento en la relación de trabajo existente con el demandado. "Quiere decir lo anterior que aquí se ha configurado y probado la excepción perentoria de compensación en la cuantía de $ 1.000.00, la que se declarará oficiosamente configurada y probada.

"Tal compensación se ordenará con base en las normas legales pertinentes y la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia han hecho de ellas". Cita el Tribunal a continuación sentencias de casación del 28 de julio de 1960 (G. J. XCII, p. 402) y del 9 de abril de 1954, de las cuales transcribe algunos apartes.

La del 28 de julio se remite al fallo del 20 de noviembre de 1954, para reiterar la doctrina que allí se sienta. En uno de sus pasos se lee lo siguiente:

"Considera, por tanto, el Tribunal Supremo que el fenómeno de la compensación es lícito y jurídico en el derecho laboral, en donde constituye también un modo de extinguir las obligaciones; que él puede tener lugar respecto de prestaciones debidas al trabajador, con la sola condición, para que sea reconocido en juicio de esta índole, que se establezca con otra deuda que provenga igualmente del contrato de trabajo, como en el caso de autos, a fin de que ambas obligaciones puedan ser reconocidas y decididas por la misma jurisdicción especial; y que en los términos explicados pueda tener aplicación el Art. 1714 del C. C., como efectivamente lo tuvo en la sentencia recurrida, que no pudo, por tanto, infringirlo".

Tesis igual a la expuesta sostiene la otra providencia, la del 9 de abril de 1954, a que se refiere el sentenciador.

Y concluye así el Tribunal: "Como la compensación opera por ministerio de la ley en el momento en que coexisten las obligaciones recíprocas, se declarará ésta respecto del auxilio de cesantía..." El valor del auxilio —observa— es de $ 1.161.00 y como el actor reconoció deber al demandado $ 1.000.00, hasta esa suma se reconocerá la compensación, quedando un saldo en favor del trabajador de $ 161.00. Además, como el demandado consignó a favor del actor la cantidad de $ 220.00, se ordenará descontarla del valor de las condenas "que se harán en esta sentencia".

La conclusión a que llega el ad-quem, con fundamento en las anteriores consideraciones, es la de que en el caso de autos no existen los supuestos de hechos que exijan la aplicación del Art. 65 del C. S. T.

Consideraciones de la Corte

1. En cuanto al primer cargo y con relación al quebranto del Art. 59 del C. S. T., la Sala observa que no le dio el Tribunal aplicación a ese precepto, según el cual, sin previa orden escrita del trabajador, o sin mandato judicial, le está prohibido al patrono deducir, retener o compensar deudas en favor de aquél por salarios y prestaciones, con créditos a su cargo y en favor del patrono, sino a las normas del Código Civil (Arts. 1714 a 1716) relativas a la compensación por ministerio de la ley. Es básico de la decisión el anterior concepto, para cuyo examen habría sido necesario acusar violación, por aplicación indebida, de los citados preceptos de la ley civil, en concordancia con el del estatuto laboral mencionado. La proposición jurídica resulta, pues, incompleta, y por ello el reparo del acusador no es atendible.

2. En lo concerniente a la violación del Art. 65, a través de errores de hecho, se observa:

Los errores se derivan, según el recurrente, de mala estimación de estas pruebas:

a) Confesión provocada del demandante, contenida en la respuesta a la pregunta

segunda del cuadro de posiciones. Reza la pregunta: "Diga cómo es cierto —sí o no— que Luis Arturo Gómez, bondadosamente, le entregó a Ud. varios contados o sumas de dinero por un total de $ 2.000.00...? Contestó el absolvente: "No es cierto y aclaro: él me entregó a mí diversas sumas de dinero en calidad de préstamo y como al año me dijo que por qué no le hacía un recibo por esos dineros en que yo dijera que eso era a buena cuenta de mis prestaciones. Yo le hice un recibo por mil y pico de pesos. No me recuerdo si en dicho recibo diga que era a buena cuenta de mis prestaciones. Dicho recibo lo debe tener él".

b) Memorial de consignación.

Dice el documento, suscrito por el apoderado del demandado, que acompaña un comprobante de consignación por $ 220.00, suma que considera equivalente a posibles prestaciones sociales del demandante.

3. No se deduce de la confesión provocada del actor —alega el recurrente— convenio entre éste y el patrono para imputarla a prestaciones sociales, como lo afirma la sentencia, incurriendo por ello en error de hecho. A lo cual observa la Sala: la imputación la hizo el Tribunal a título de compensación por ministerio de la ley, conforme a disposiciones del Código Civil. Para este tipo de compensación basta que las deudas mutuas sean de la misma clase, líquidas y exigibles, sin que haya necesidad de convenio previo entre las partes, pues el fenómeno se produce **ipso jure**. Establecido el presupuesto en referencia, o sea, la existencia de los dos créditos en dinero y su liquidez y exigibilidad, extremos que la acusación acepta, el oficio judicial se limita a reconocerlo y a deducir sus consecuencias. En tal hipótesis, se trata de un **quid-juris**, no de una cuestión fáctica. No es el caso de examinar si la compensación **ope-legis** a la cual se acoge la sentencia, es o no de recibo en el derecho laboral, pues para ello habría sido necesario acusar violación de los textos de la ley civil, en armonía con los pertinentes de aquél, y ya se ha visto que el cargo no cumple esta exigencia, como es de rigor en casación.

4. Respecto al otro error de hecho, derivado de la mala estimación del memorial de depósito, la Sala observa:

Lo que sostiene el fallador es lo siguiente: En posiciones confesó el demandante haber recibido del patrono, en calidad de préstamo, más de $ 1.000.00, en oposición a la declaración del demandado, según la cual el monto de aquél fue el de $ 2.000.00. Como el fallador no podía señalar el exceso sobre $ 1.000.00, a este guarismo limitó la deuda a cargo del trabajador; la imprecisión acerca de su cuantía, daba fundamento atendible —en concepto del Tribunal— a la afirmación del patrono de que el importe de la obligación subía a $ 2.000.00. Los créditos laborales que decreta la sentencia ascienden a $ 2.613.23. La diferencia entre esta cifra y la que el patrono estimó haber pagado bastaba para considerar que obró de buena fe al no haber cubierto al terminar el contrato, las acreencias a su cargo, circunstancia que, según la jurisprudencia, lo exime de la sanción por mora. Es eso lo que se deduce de las apreciaciones del sentenciador. El otro argumento, o sea, el de que el patrono tuvo motivo justificado para limitar a $ 220.00 el depósito, es secundario, el anterior bastaba para librarlo de la sanción por mora. Así las cosas, no es del caso tomar en consideración lo concerniente a la consignación, efectuada con posterioridad a la expiración del contrato.

El cargo no prospera.

5. Las razones que presenta el acusador en sustentación del segundo cargo, no son idóneas para deducir de ellas el quebranto, por errónea interpretación, del Art. 65 del C. S. T. En efecto: si la consignación fue irrisoria comparada con el valor real de las deudas a cargo del patrono, el argumento habría que examinarlo con fundamento en las pruebas; si el depósito fue, además, ineficaz, porque al realizarlo no hizo el demandado reconocimiento expreso de que debía al empleado determinadas sumas por salarios y prestaciones, habría necesidad de analizar el contenido del memorial de consignación y su valoración para investigar si es o no cierto lo que de él se predica. Una

actividad en el sentido expuesto no cabe, según reiteradas doctrinas de la jurisprudencia, cuando el concepto de violación de la ley que se alega es el de su erróneo entendimiento. Por lo demás, no contiene la sentencia apreciación alguna en pugna con el contenido de la norma. Si dejó de aplicarla, obedeció ello a consideraciones de índole distinta, ya examinadas.

Se desecha la acusación.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONDENA POR CESANTIA, PRIMA DE SERVICIOS Y COSTAS DEL JUICIO

Valor probatorio de la confesión hecha por el patrono en la audiencia de conciliación. — Contrato de trabajo. — Alcance, en la casación laboral, de la inspección ocular y de documentos privados, como medios probatorios. — En qué consiste la infracción directa de la ley. — Ineficaz planteamiento de la demanda al aducir medio nuevo improcedente en el recurso.

1. En relación con el valor probatorio de las afirmaciones hechas por el patrono en la audiencia de conciliación, es conveniente señalar que ellas constituyen "una confesión extrajudicial, de acuerdo con lo preceptuado por el Art. 604 del C. J. Pero en lo atinente a su mérito probatorio, también es oportuno recordar que, según el Art. 608 ibídem, tal confesión está calificada de prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que la rodean; y, claro está, también puede adquirir el valor de plena prueba si, a juicio del juez, no queda duda acerca de la confesión misma". (Sentencia de 12 de junio de 1959). Como el demandado hizo sus afirmaciones ante funcionario competente y se trajo a los autos un ejemplar del acta de conciliación, no existe duda alguna sobre el hecho de haberse producido la confesión, por lo cual se estimará esta prueba.

Cuanto a la valoración de los hechos confesados, el Tribunal dedujo de ellos la existencia del contrato de trabajo, pues consideró que habiendo el demandado reconocido la prestación de servicios personales por parte del demandante y habiéndose referido a "cesantía, dominicales, festivos y salarios, está aludiendo explícitamente a una relación de trabajo, conceptos o figuras éstas que no tienen operancia alguna cuando se trata de un contrato de obra en que el trabajador obra independientemente y cuyas obligaciones son de resultado como lo ha afirmado reiteradamente la doctrina y donde especialmente no opera el fenómeno jurídico de la subordinación". A juicio de la Sala, el razonamiento y la conclusión a que llega el **ad-quem** son acertados, pues demostrada la prestación de servicios personales, se presume la existencia del contrato de trabajo, y si por otra parte, el beneficiario de esos servicios dice que pagó a quien los prestó, los salarios y prestaciones sociales, mayor convicción se adquiere de que esa prestación de servicios se ejecutaba en virtud de un vínculo de naturaleza laboral.

2. La jurisprudencia ha venido sosteniendo, en forma constante que la infracción directa de la ley consiste en que a un hecho no discutido o claramente demostrado y admitido por el fallador, se deje de aplicar la norma pertinente o se aplique ella a un hecho inexistente, en contra de su texto expreso.

3. Aún interpretando que la acusación se hizo por infracción indirecta dentro de las normas sustantivas citadas, a través de errores de hecho manifiestos, no sería procedente el cargo, pues el demandado no planteó en la contestación de la demanda, ni alegó en las instancias del juicio, que estuviera exento total o parcialmente del pago de las prestaciones sociales, por ser un artesano con tres trabajadores a su servicio, y poseer un capital de $ 10.000.00. Los juzgado-

res de instancia tampoco se pronunciaron sobre el particular. Así es que el planteamiento que ahora hace en su demanda de casación, es un motivo o medio nuevo, improcedente en este recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., mayo veinticinco de mil novecientos sesenta y cinco.

(Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C. Auxiliar de Casación Laboral).

Gilberto Díaz Lozano, por medio de apoderado, demandó a Miguel A. Cárdenas, como propietario de la Tipografía "El Comercio" de Ibagué, Director del periódico del mismo nombre, que se edita en dicha tipografía, y Presidente del Sindicato de Inquilinos y Pequeños Comerciantes de la plaza de mercado de Ibagué, para que se condene a pagarle el auxilio de cesantía; vacaciones; prima de servicios; dominicales; días festivos, horas extras, diurnas y nocturnas; el salario de la última semana de trabajo; el valor de los salarios correspondientes a los días que faltaban para cumplirse el plazo presuntivo del contrato de trabajo, la indemnización moratoria y las costas del juicio en caso de oposición.

Según los hechos de la demanda, Gilberto Díaz prestó servicios a Miguel A. Cárdenas, en virtud de dos contratos de trabajo, el primero de los cuales se inició el 7 de noviembre de 1949 y terminó el 12 de junio de 1956, y el segundo se ejecutó entre el 3 de diciembre de 1956 y el 25 de mayo de 1957; el demandante fue despedido sin previo aviso; devengaba un salario de $ 35.00 semanales, en el cual no se incluía el valor de los domingos. Díaz llevaba a cabo sus labores en el taller del demandado y con los elementos existentes allí; se le obligaba a trabajar durante los días festivos, sin que se le pagara el doble por esta labor; también trabajó horas extras, a razón de cuatro horas diarias, tres diurnas y una nocturna. Al demandante no se le han pagado las prestaciones sociales en forma completa; durante los últimos años el patrono pagó las vacaciones y quince días de cesantía, por lo cual se le adeuda el valor total de la cesantía, por prohibir la ley liquidaciones parciales, salvo en los casos autorizados por la ley, perdiendo las sumas pagadas, sin derecho a repetir. En la última semana de trabajo el demandante devengó la suma de $ 72.92, que no le ha sido cubierta; en audiencia celebrada en la Inspección del Trabajo de Ibagué, el demandado confesó deber el valor de la última semana de trabajo, y reconoció el tiempo servido por el actor y el salario semanal. Fundó su derecho en los artículos 22, 23, 47, 61, 168, 172, 173, 174, 177, 186, 241, 306, 254 y pertinentes del C. S. del T.

Al contestar la demanda, el demandado dijo que según el contrato celebrado con Díaz, este se comprometía a levantar, para el periódico "El Comercio", las galeras de tipografía que alcanzara a trabajar durante la semana, sin limitación de tiempo ni cantidad; que se le pagaba según el "galeraje" levantado, distribuído y armado; que una vez salida la publicación, o sea los viernes en la tarde, Díaz quedaba en libertad de disponer de su tiempo como quisiera. Negó el despido y afirmó que el trabajador se había retirado voluntariamente el 27 de mayo de 1957, después de haber rechazado el pago de la semana anterior; reconoció que no se le pagaban los domingos, por no haber trabajado en dichos días, y no haberse comprometido por meses, semanas, ni días, sino a destajo. También negó el trabajo en días festivos y horas suplementarias; cuanto a las prestaciones sociales, afirmó que las había pagado en la forma señalada por la ley, y que las cesantías las cancelaba al término de cada año, por no tratarse de un trabajo continuo, pues el periódico se suspendía a mediados de diciembre y su publicación se reanudaba a mediados o a fines de enero siguiente, y porque el demandado quedaba en la incertidumbre de si Díaz volvería o no a trabajar.

Surtido el trámite de la primera instancia, el Juez del Trabajo de Ibagué, quien conoció del juicio, lo decidió en la siguiente forma: "Primero. Condénase al señor Miguel A. Cárdenas, mayor y vecino de Ibagué, a pagar al señor Gilberto Díaz, también ma-

yor y de la misma vecindad, ejecutoriada esta providencia, las siguientes cantidades, así: a) La suma de **novecientos veintitrés pesos con sesenta y un centavos** ($ 923.61) **moneda corriente**, como valor del auxilio de cesantía correspondiente al tiempo comprendido entre el 7 de noviembre de 1949 al 12 de junio de 1956, o sean 6 años, 7 meses, 5 días, lapso que cobijó el primer contrato, con sueldo de $ 140.00 mensuales. b) La suma de **sesenta y seis pesos con ochenta y ocho centavos** ($ 66. 88) **moneda corriente**, como valor del auxilio de cesantía correspondiente al segundo contrato, que se sucedió entre el 3 de diciembre de 1956 al 25 de mayo de 1957, o sea 5 meses 22 días, con sueldo de $ 140.00 mensuales. c) La suma de **setecientos sesenta y tres pesos ($ 763.00) moneda corriente**, como valor de las primas de servicio correspondientes a los años corridos entre 1951 a 1955 y 5 meses 12 días de 1956, con sueldo de $ 140.00 mensuales y que corresponden al primer contrato. d) La suma de **cincuenta y seis pesos con treinta y ocho centavos ($ 56.38) moneda corriente**, como valor de la prima de servicios correspondiente a 5 meses, 25 días, comprendidos dentro del primer semestre de este año, con sueldo de $ 140.00 mensuales. e) La suma de **setenta y dos pesos con noventa y dos centavos ($ 72.92) moneda corriente**, correspondiente a la última semana del demandante, que el demandado confesó deber y se abstuvo de pagar. f) La suma de **cinco pesos con ochenta y tres centavos** ($ 5.83) diarios, **moneda corriente**, a partir del 27 de mayo del corriente año hasta que se verifique el pago, como sanción moratoria. Segundo. **Absolver**, como en efecto absuelve, al señor **Miguel A. Cárdenas** de todos los demás cargos formulados en la demanda. Tercero. **Condénase en costas** a la parte demandada vencida en esta instancia. (numeral 1º, artículo 2º, Decreto 0243 de 1951)".

Ambas partes apelaron. El Tribunal Superior de Ibagué, Sala Laboral, al resolver el recurso, confirmó la sentencia de primer grado en relación con las condenaciones por cesantía, prima de servicios y costas; igualmente confirmó las absoluciones a favor del demandado, y la revocó en relación con los salarios caídos, absolviendo al demandado por tal concepto. No hizo condena en costas en la segunda instancia.

El apoderado del demandado interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido. Llegados los autos a esta Superioridad, fue admitido. Presentada oportunamente la demanda de casación, la Sala decidirá.

Alcance de la impugnación

Pretende el recurrente se case en forma total la sentencia impugnada, para que en su lugar se absuelva al demandado, o en subsidio, se case parcialmente la sentencia, disminuyendo las condenaciones por primas de servicio, y exonere al demandado en cuanto al pago de la cesantía. Con base en la causal 1ª formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"Acuso la sentencia recurrida por violación de los Arts. 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida. En esta infracción incurrió ese fallo por haberse dado como probado un hecho alegado como básico pero que manifiestamente no lo fue, aplicándose las respectivas disposiciones legales de manera indebida, esto es, un hecho inexistente. Los Arts. 22 y 23 sobre contrato de trabajo, expresan claramente cuáles son los elementos indispensables para que aquél exista: la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, y el salario como remuneración del servicio. Del estudio y revisión del haz probatorio se observa que no se estableció la dependencia continuada o subordinación del actor, y en cambio sí la existencia de la autonomía del actor para realizar su trabajo, porque no tenía horario fijo, laboraba los días que quería hacerlo, y la remuneración percibida guardaba relación con la cantidad de trabajo verificado. El Tribunal cometió error de hecho proveniente de

la falta de estimación de unos testimonios y apreciación incompleta y equivocada de otros, y de la misma prueba de absolución de posiciones del actor, que obran en el expediente, y el error aparece de modo manifiesto en autos".

"Como consecuencia de la violación de los Arts. 22 y 23 de que se habla, acusó también la sentencia recurrida por violación de los Arts. 249, 252, 253, 306 del mismo Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, pues no estando demostrado el contrato de trabajo, se dio aplicación indebida a disposiciones que solo son aplicables para cuando aquél existe en forma clara e indubitable".

Argumenta el recurrente que el Tribunal resume apartes de algunos testimonios para declarar probada la subordinación del demandante hacia el demandado, pero en ninguna de los cuales tal elemento aparece demostrado; que no solo incurrió en estimación fragmentaria y equivocada del dicho de los testigos Rafael Cárdenas, Joaquín Arias, Guillermo Ortega Linares y Jorge Patiño Prada, sino que desestimó aspectos esenciales de los rendidos por el mismo Ortega Linares, Silvano Castillo, Marco Tulio López, Jorge Patiño Prada, llegando a conclusiones reñidas con la realidad probatoria. Hace una síntesis de las declaraciones de estos últimos testigos, comentándolas. Luego se refiere a la apreciación del Tribunal sobre la confesión del demandado de que "es cierto que el trabajador prestó sus servicios personales", que le sirvió para concluir que ello equivalía a la aceptación de la existencia del contrato de trabajo, como si cualquier clase de servicios personales lo llevaran implícitamente involucrado. Agrega que el dicho de algunos testigos de que el actor trabajó de una fecha a otra, llevó al Tribunal a deducir que había existido la subordinación, lo que equivale a dar por probado el contrato de trabajo con solo dos elementos: la actividad personal del trabajador y el salario como retribución del servicio, elementos que según la jurisprudencia, se encuentran también en otros contratos.

La Sala considera

Si bien es cierto el recurrente no precisa el concepto de la violación, al interpretar la demanda se deduce que la acusación, aún cuando en forma confusa, se hace por infracción indirecta, a través de errores de hecho, pues el casacionista dice que el Tribunal incurrió en un error al dar por demostrada la existencia del contrato de trabajo entre demandante y demandado. Entendiéndolo así, se estudiará el cargo.

El Tribunal fundamentó su decisión, principalmente, en el análisis que hizo de las afirmaciones hechas por el demandado en la audiencia de conciliación celebrada ante el Inspector Nacional del Trabajo, en donde manifestó que es cierto que el trabajador le prestó sus servicios personales durante el tiempo que él afirma; que en realidad devengaba $ 140.00 mensuales en promedio; que al finalizar cada año pagaba las prestaciones sociales correspondientes y que en virtud de esa circunstancia, se considera a paz y salvo con todo lo que se relaciona con prestaciones; que los salarios correspondientes a la última semana de trabajo no se le han cancelado porque el trabajador se negó a recibir el pago.

En relación con el valor probatorio de estas afirmaciones hechas por el patrono en la audiencia de conciliación, es conveniente señalar que ellas constituyen "unas confesión extrajudicial, de acuerdo con lo preceptuado por el Art. 604 del C. J. Pero en lo atinente a su mérito probatorio, también es oportuno recordar que, según el Art. 608 ibídem, tal confesión está calificada de prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que la rodean; y, claro está, también puede adquirir el valor de plena prueba si, a juicio del Juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma". (Sentencia de 12 de junio de 1959). Como el demandado hizo sus afirmaciones ante funcionario competente y se trajo a los autos un ejemplar del acta de conciliación, no existe duda alguna sobre el hecho de haberse producido la confesión, por lo cual se estimará esta prueba.

Cuanto a la valoración de los hechos confesados, el Tribunal dedujo de ellos la existencia del contrato de trabajo, pues conderó que habiendo el demandado reconocido la prestación de servicios personales por parte de Gilberto Díaz, y habiéndose referido a "cesantía, dominicales, festivos y salarios, está aludiendo explícitamente a una relación de trabajo, conceptos o figuras éstas que no tienen operancia alguna cuando se trata de un contrato de obra en que el trabajador obra independientemente y cuyas obligaciones son de resultado como lo ha afirmado reiteradamente la doctrina y donde especialmente no opera el fenómeno jurídico de la subordinación". A juicio de la Sala, el razonamiento y la conclusión a que llega el ad-quem son acertados, pues demostrada la prestación de servicios personales, se presume la existencia del contrato de trabajo, y si por otra parte, el beneficiario de esos servicios dice que pagó a quien los prestó, los salarios y prestaciones sociales, mayor convicción se adquiere de que esa prestación de servicios se ejecutaba en virtud de un vínculo de naturaleza laboral. Pero no es esta la única prueba que tuvo en cuenta el Tribunal para decidir que no existió contrato de obra entre Díaz y Cárdenas, sino contrato de trabajo, pues dice que esta conclusión "cobra fuerza con varias pruebas que obran en el negocio". Se refiere a los documentos que obran a folios 20, 21, 22, presentados al juicio por el demandado, firmados y reconocidos expresamente por el demandante, en los cuales consta el recibo por parte de éste, de prestaciones sociales (cesantías y vacaciones), correspondientes a los años de 1954, 1955, 1956; a los testimonios de Rafael Cárdenas, Joaquín Arias, Guillermo Ortega Linares, Jorge Patiño Prada, Marco Tulio López, Silvano Castillo y Daniel Oviedo, y a la inspección ocular practicada en los libros de registro de operaciones de El Comercio.

Según el impugnador, el Tribunal estimó fragmentaria y equivocadamente las declaraciones de los testigos Rafael Cárdenas, Joaquín Arias, Guillermo Ortega Linares y Jorge Patiño Prada. Más no habiendo señalado en qué consistió la errónea interpretación del fallador, ni las partes de las declaraciones que dejó de estimar, no puede la Sala oficiosamente buscar en qué consistió la equivocación del Tribunal al hacer el análisis de esas pruebas.

Cuanto al testimonio de Silvano Castillo, éste declaró que Gilberto Díaz se dedicaba a levantar y distribuir las galeras del periódico El Comercio y armarlo; que era autónomo en sus funciones de levantar el galeraje, en el tiempo que él quería, sin estar sometido a determinada jornada; que después de entregar el periódico, se dirigía a otros pueblos, como Ambalema y Armero, a vender libros y novelas, regresando a la imprenta los martes o miércoles; que no estaba sometido a vigilancia de ninguna clase y el trabajo lo hacía cuando a bien tenía. Marco Tulio López declara más o menos en el mismo sentido, y agrega que Díaz hacía el trabajo de día o de noche, pues le interesaba entregar el periódico armado y levantado para la antevíspera de salir el semanario, que regularmente eran los sábados; que no le gustaba que Cárdenas llevara otro obrero extra, porque le mermaba el trabajo y disminuían sus entradas. Los testigos Jorge Patiño Prada y Guillermo Ortega Linares declararon más o menos en el mismo sentido. Todos afirman que a Díaz se le remuneraba de acuerdo con las galeras levantadas. De los testimonios anteriores no puede deducirse que Díaz no estuviera subordinado a Cárdenas. Aun cuando Silvano Castillo manifiesta que el demandante era autónomo en sus funciones, no explica en qué consistía dicha autonomía; más como para levantar galeras se requiere cierta técnica y no es necesario recibir instrucciones constantemente para desarrollar el trabajo, el hecho de que el trabajador actúe con autonomía, no implica que realice un trabajo independiente, pues estaba obligado a levantar las galeras necesarias para armar el periódico y realizar esos trabajos en la imprenta del demandado, en los días anteriores a la salida del semanario. Si una vez cumplidas sus funciones se dedicaba a otra clase de actividades, tampoco es prueba de la falta de subordinación, pues para configurar el contrato de trabajo no se requiere que la dependencia exista durante todos los días hábiles de la semana, sino

únicamente cuando el trabajador está desempeñando sus funciones. Tampoco es indicativo de la inexistencia del contrato de trabajo la forma de remuneración, pues como bien lo dice el Tribunal, el pago por galeras constituye una modalidad del salario, o sea a destajo. No encuentra la Sala, por lo tanto, que el Tribunal haya incurrido en error evidente de hecho al dar por demostrada la existencia del contrato de trabajo.

Pero hay otra razón más para que no prospere la acusación. Como ya se dijo, el Tribunal, para llegar a la demostración del vínculo laboral, no solo tuvo en cuenta las pruebas señaladas por el recurrente como mal apreciadas, sino que se apoyó en otras existentes en el proceso, tales como los documentos presentados por el propio demandado y la inspección ocular practicada en los libros del demandado. Según los primeros, Díaz recibió auxilio de cesantía y vacaciones correspondientes a los años de 1954, 1955 y 1956, y como bien lo dice el Tribunal al referirse a estos documentos. "Es claro que las vacaciones y la cesantía no operan sino cuando se trata de una relación de trabajo". Con la inspección ocular se dio por demostrada la cuantía de los salarios devengados por Díaz. Ahora bien: el recurrente omitió relacionar entre las pruebas mal apreciadas los documentos privados y la inspección ocular. Esta omisión es suficiente para que no pueda prosperar el cargo, pues como lo ha dicho la jurisprudencia: "Cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si las que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquél, ni tampoco que se hayan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas". (Sentencia de 9 de abril de 1951).

Segundo cargo

"Acuso también la sentencia recurrida, de violación por infracción directa de los artículos 251 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en forma independiente y como subsidiaria del cargo anterior, por las siguientes razones: Aún aceptando la existencia del contrato de trabajo conforme al fallo de la Seccional de Ibagué, hubo infracción de las disposiciones en cita, porque aparece claramente demostrado que el demandado señor Miguel A. Cárdenas trabajaba en su propia imprenta, que es un arte, y que no ocupaba sino tres trabajadores".

Según el recurrente, con la declaración de Jorge Patiño Prada y con el informe del demandado a la Inspección del Trabajo, se demuestra que en la imprenta de Cárdenas solo trabajaban tres obreros, y que el mismo dueño trabajaba allí. Por lo tanto, el demandado no está obligado a pagar el auxilio de cesantía, según los términos del ordinal c) del artículo 251 del Código Sustantivo del Trabajo. Agrega que "bien podía argüirse que no se propuso este hecho como exceptivo en la oportunidad, por el personero del demandado. Pero ante el claro precepto del artículo 343 del C. J., aplicable por analogía según el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, "cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse". Cuanto a la infracción directa de artículo 306, ordinal a) del C. S. del T., dice que ella se produjo por no haberse tenido en cuenta que el demandado solamente posee un capital de $ 10.000.00, conforme al documento que obra a folio 51, y a las constancias dejadas en la inspección ocular, en donde se dijo que se presentaron copias de las declaraciones de renta del demandado, correspondientes a los años de 1952, 1954 y 1955, y aun cuando no fueran agregadas a los autos, ello demuestra que el demandado cumplió con presentarlas, para llenar el requisito a que implícitamente se refiere el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo. Pide que en vista de la omisión del Juzgado de no agregar dichas copias, la Sala debe dictar un auto para mejor proveer, a fin de estable-

cer la causa por la cual tales documentos no obran en autos y ordenar se agreguen al expediente.

La Sala observa

La jurisprudencia ha venido sosteniendo en forma constante, que la infracción directa de la ley consiste en que a un hecho no discutido o claramente demostrado y admitido por el fallador, se deja de aplicar la norma pertinente o se aplica ella a un hecho inexistente, en contra de su texto expreso: Según el recurrente, el hecho al cual dejó de aplicarse el ordinal c) del artículo 251 del Código Sustantivo del Trabajo, es el de que Cárdenas trabajaba personalmente en su propia imprenta, y que no ocupaba sino tres trabajadores. El hecho al cual dejó de aplicarse el artículo 306 del C. S. del Trabajo, ordinal a), es el de que el demandado tenía un capital de $ 10.000.00. Sin embargo, ni el a-quo ni el ad-quem admitieron estos hechos, y ni siquiera hicieron referencia a si se encontraban demostrados o no. Por esta razón no puede acusarse la sentencia por infracción directa de dichas normas, pues la Sala, para decidir si la infracción existió o no, se vería obligada a estudiar las pruebas señaladas por el recurrente para determinar si tales hechos se encontraban demostrados. Es decir, estudiaría el cargo relacionándolo con una cuestión de hecho, que es ajena a la acusación por infracción directa de las normas sustantivas. Aún interpretando que la acusación se hizo por infracción indirecta de las normas sustantivas citadas, a través de errores de hecho manifiestos, no sería procedente el cargo, pues el demandado no planteó en la contestación de la demanda, ni alegó en las instancias del juicio, que estuviera exento total o parcialmente del pago de las prestaciones sociales, por ser un artesano con tres trabajadores a su servicio, y poseer un capital de $ 10.000.00. Como ya se dijo, los juzgadores de instancia tampoco se pronunciaron sobre el particular. Así es que el planteamiento que ahora hace en su demanda de casación, es un motivo o medio nuevo, improcedente en este recurso.

En consecuencia, no prospera la acusación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada, dictada por el Tribunal Superior de Ibagué.

Costas a cargo del recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INSPECCION OCULAR. - CONSIGNACION JUDICIAL

No es indispensable la intervención de testigos para la validez de las inspecciones oculares, en materia laboral. — El depósito bancario es apenas, un principio de ejecución de la consignación judicial, que no suspende la sanción moratoria.

1. La formulación del cargo no se ajusta rigurosamente a la técnica del recurso extraordinario, pero sus deficiencias no son tan graves que impidan se le examine, con un poco de amplitud. Así, aunque el recurrente no califica de manera expresa el error que le atribuye a la sentencia, si de hecho o de derecho, como lo observa el opositor, no es difícil deducir que cuando sostiene que el fallo da por probados "hechos básicos del litigio que realmente no lo están", sin afirmar que la demostración de los mismos solo puede hacerse mediante una prueba revestida de determinada solemnidad, está clasificando aquel error entre los de hecho y no entre los de derecho.

2. Como base del pretendido error de hecho, invoca la equivocada apreciación de la diligencia de inspección ocular practicada por un juez comisionado durante la primera instancia, prueba que el impugnante reputa "legalmente inexistente" y con la cual el ad-quem halló acreditados el tiempo de servicios del actor y el salario devengado. El actor alega que se trata de un medio nuevo, por no haberse formulado tal reparo en las instancias. Sin embargo, como en el libelo inicial del juicio se afirmó la prestación personal de servicios del actor, dentro de fechas precisas y con determinado salario, en tanto que la sociedad demandada, al dar la respuesta por medio de curador ad-litem, admitió los servicios personales pero dijo no constarle el tiempo ni el salario aseverados, estos factores quedaron desde entonces controvertidos, en espera de las respectivas probanzas, y fueron objeto de la decisión que se acusa. Discutir la prueba de esos mismos hechos, no aceptados por el demandado en las instancias y deducidos por el sentenciador, es admisible en casación, aunque la discusión se plantee por primera vez en el recurso.

3. Recuérdese que la jurisprudencia tiene admitido que en el proceso laboral, inquisitivo por naturaleza, no es indispensable la intervención de testigos para la validez de las inspecciones oculares, en las que su papel, por no ser el de representantes de las partes, sería el de supérfluos garantes de que el funcionario vio en realidad con sus ojos lo que certifica haber visto. De donde más bien fuera preferible que en los juicios del trabajo se prescindiera de esa inútil y costosa intervención, en guarda de la típica gratitud de los estrados laborales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., junio dos de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

El apoderado judicial de la sociedad "Rafael Paredes & Cía. Ltda.", de Ibagué, acusa en casación la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario laboral instaurado contra dicha sociedad por Víctor Zamora para el cobro de comisiones insolutas, primas de servicios, compensación de vacaciones, cesantía, indemnización por lucro cesante ("presuntivo") e indemnización por mora en el pago ("salarios caídos"), que afirmó se le adeudan.

Tanto esa sentencia, como la de primer grado, condenaron a la sociedad demandada a pagar al actor $ 2.533.10 por cesantía, $ 1.113.00 por vacaciones, $ 2.226.00 por primas de servicio y $ 20.776.00 por indemnización moratoria; la autorizaron a descontar del monto de las condenas el de la respectiva consignación judicial ($ 4.237.28); y la absolvieron de los demás cargos de la demanda y de las costas.

La impugnación de la única parte recurrente pretende que se case el fallo acusado y se revoquen las condenas de la primera instancia para que en su lugar se absuelva a la sociedad. A ese efecto se formulan dos cargos, uno principal y otro subsidiario, que la Sala procede a examinar.

Primer cargo

Violación indirecta de los artículos 65, 186, 245 y 306 del CST., por aplicación indebida, como consecuencia de la equivocada apreciación de una "inspección ocular" producida con desconocimiento de los artículos 724 y siguientes del C. J. (infracción de medio), lo que indujo al sentenciador a fundamentar su fallo "sobre hechos que no se encuentran legalmente demostrados... como son el tiempo servido por el señor Víctor Zamora y la suma devengada por él durante dicho tiempo".

Para sustentar el cargo, dice el impugnante:

"El sentenciador dio como probado el tiempo de servicio prestado por el trabajador y el monto de lo devengado por el mismo durante el tiempo servido, y dio como probados estos hechos, en los cuales fundamentó la totalidad de sus condenas, en la llamada por él "Inspección Ocular".

"El Código Judicial, aplicable en este caso por no traer el Código Procesal del Trabajo normas especiales sobre la forma y presupuestos de la prueba de "Inspección Ocular", trata en el Libro 2º, Tomo XVII, Capítulo IX, de la prueba denominada "Inspección Ocular", y en su artículo 724, dice: 'La inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate".

"Pero da la circunstancia H. Magistrados que lo que el H. Tribunal Superior de Barranquilla consideró y apreció como "inspección ocular" y la prueba única sobre la cual fundamentó las condenas a mi cliente, no puede considerarse como tal y ni siquiera apreciarse, pues no entró con los ritos legales al proceso ya que no se practicó con la totalidad de los presupuestos básicos que la ley determina para que se configure tal clase de prueba.

"La diligencia practicada por el señor Juez del Trabajo de Ibagué por comisión del Juez del conocimiento (Fls. 89 y s.s.), bien pudo ser una visita del Juez a las oficinas de Rafael Paredes & Cía. Ltda., pero esta clase de "visitas" practicadas por los jueces, no están contempladas en la legislación colombiana como "medio probatorio". Y no estando consideradas estas "visitas" como "medio probatorio" en nuestra legislación, mal puede el H. Tribunal apreciarla como prueba, como lo hizo, y fundamentar su fallo sobre dicha apreciación de una "prueba" legalmente inexistente.

"Ciertamente el fallador en materias laborales tiene una libre apreciación de las pruebas que se alleguen al proceso, pero esta amplitud o libre apreciación de pruebas no lo autoriza a considerar como prueba, documentos o actos a los que la ley no les da el carácter o ha erigido en "medios de prueba".

"Al obrar así, el H. Tribunal de Barranquilla desconoció los artículos 724 y siguientes del C. J., teniendo como prueba una diligencia que legalmente no lo es".

El opositor, a su turno, se expresa así:

"El cargo no está suficientemente determinado sino que constituye un alegato alrededor del tema expresado.

"El recurrente da a entender que por no haberse designado previamente un testigo

o perito para la inspección ocular, ésta no tiene validez alguna. Pero a F. 91 y vto. del primer cuaderno se encuentra el acta de continuación de la inspección ocular, documento en el cual se informa de la práctica de la prueba, se hace constar que el señor Luis Eduardo Arenas, auditor de Rafael Paredes & cía. Ltda., puso a disposición del Juzgado la correspondencia referente al señor Víctor Zamora e hizo reparos a las anotaciones del Juez, en tal forma que contribuyó eficazmente a la práctica de la prueba y firmó la diligencia para constancia de todos los hechos en ella observados.

"En la forma anterior quedó establecido que el señor Arenas fue testigo de la inspección ocular y que las formalidades exigidas por el recurrente están cumplidas en la forma propia de los juicios laborales, donde el procedimiento es oral y donde las constancias escritas solamente consisten en un acta de lo ocurrido en la audiencia, extendida por el Secretario, según lo ordena el artículo 46 del Código de Procedimiento del Trabajo.

"También debe observarse que la argumentación presentada para sustentar el primer cargo de la demanda, constituye un medio nuevo en casación, ya que la inspección ocular fue practicada durante la primera instancia y la parte demandada no alegó durante la segunda instancia los reparos que ahora presenta, lo cual hace que no pueda presentar en el recurso de casación este medio de impugnación no aportado en las etapas procesales correspondientes.

"Tampoco indica el recurrente que se haya incurrido en error de hecho o de derecho alguno, pues no determina con el carácter de evidente, alguno de estos medios de la violación. La alegación relativa a deficiencias en la ritualidad respecto a la prueba de inspección ocular, constituiría un error de derecho que el impugnador no ha alegado y que no sería admisible en casación laboral, por no referirse a una prueba ad sustantiam actus como lo exige el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo".

La Sala considera

La formulación del cargo no se ajusta rigurosamente a la técnica del recurso extraordinario, pero sus deficiencias no son tan graves que impidan se le examine, con un poco de amplitud. Así, aunque el recurrente no califica de manera expresa el error que le atribuye a la sentencia, si de hecho o de derecho, como lo observa el opositor, no es difícil deducir que cuando sostiene que el fallo da por probados "hechos básicos del litigio que realmente no lo están", sin afirmar que la demostración de los mismos solo pueda hacerse mediante una prueba revestida de determinada solemnidad, está clasificando aquel error entre los de hecho y no entre los de derecho.

Como base del pretendido error de hecho, invoca la equivocada apreciación de la diligencia de inspección ocular practicada por un juez comisionado durante la primera instancia, prueba que el impugnante reputa "legalmente inexistente" y con la cual el ad-quem halló acreditados el tiempo de servicios del actor y el salario devengado. El opositor alega que se trata de un medio nuevo, por no haberse formulado tal reparo en las instancias. Sin embargo, como en el libelo inicial del juicio se afirmó la prestación personal de servicios del actor, dentro de fechas precisas y con determinado salario, en tanto que la sociedad demandada, al dar la respuesta por medio del curador ad-litem, admitió los servicios personales pero dijo no constarle el tiempo ni el salario aseverados, estos factores quedaron desde entonces controvertidos, en espera de las respectivas probanzas, y fueron objeto de la decisión que se acusa. Discutir la prueba de esos mismos hechos, no aceptados por el demandado en las instancias y deducidos por el sentenciador, es admisible en casación, aunque la discusión se plantee por primera vez en el recurso.

¿Por qué el acusador pretende que la aludida inspección ocular es "legalmente inexistente" y apenas vale como simple visita del juez comisionado a las oficinas de la sociedad demandada? No lo expresa con la debida claridad; pero la transcripción que

hace del artículo 724 del C. J. parece indicar que lo vituperable en la diligencia "de Fls. 89 y s.s." es la ausencia del perito o los testigos a que dicha norma se refiere. Dejando de lado lo del perito, pues no se pidió ni decretó pericia alguna, recuérdese que la jurisprudencia tiene admitido que en el proceso laboral, inquisitivo por naturaleza, no es indispensable la intervención de testigos para la validez de las inspecciones oculares, en las que su papel, por no ser el de representantes de las partes, sería el de superfluos garantes de que el funcionario vio en realidad con sus ojos lo que certifica haber visto. De donde más bien fuera preferible que en los juicios del trabajo se prescindiera de esa inútil y costosa intervención, en guarda de la típica gratuidad de los estrados laborales.

La glosa del impugnador se concreta a ese aspecto de la prueba, o sea, a las formalidades de su producción, sin referirse al contenido mismo de las actas (libros y archivos examinados, asientos de contabilidad encontrados, datos numéricos extractados, etc.), por lo que basta lo expuesto para producir el rechazo del cargo, pues no siendo "legalmente inexistente" la inspección ocular en que apoyó su convicción el sentenciador, queda incólume el fallo.

Segundo cargo

Violación indirecta del artículo 65 del CST, por aplicación indebida, como consecuencia de la falta de apreciación de los documentos de Fls. 35 y 92 que demuestran con "protuberante evidencia" que la consignación de las prestaciones debidas al actor se hizo el 26 de enero de 1961 y no el 11 de abril del mismo año, como lo da por establecido la sentencia para extender hasta esta fecha la indemnización moratoria.

El opositor redarguye al respecto: "...en los folios citados aparece claramente que el título de consignación de prestaciones sociales fue entregado en el Juzgado Tercero del Trabajo el día 11 de abril de 1961, fecha que tuvo en cuenta el sentenciador para poner límite a la indemnización por mora.

"El impugnador pretende que tal indemnización solamente se extiende hasta la fecha en que depositó el dinero en el Banco de la República, pero este entendimiento sí constituiría un error de hecho, porque el patrono solamente cumple sus obligaciones cuando pone a su disposición del trabajador lo que le debe, y ello no ocurre en el caso de la consignación sino cuando se autoriza al Juez mediante la entrega del título, para que haga el pago que corresponde al asalariado".

Examinados los documentos aludidos, consta en ellos que el certificado de depósito en el Banco de la República tiene fecha 26 de enero de 1961 pero solo aparece recibido por el Juzgado del conocimiento en 11 de abril de 1961; y como por otra parte el recurrente no señala ningún otro elemento de prueba que pudiera eventualmente justificar el retardo en completar la operación prevista en la norma cuya violación atribuye a la sentencia (para la cual el depósito bancario constituye apenas un principio de ejecución), el pretendido error de hecho no resulta evidenciado.

Tampoco el cargo subsidiario puede, por tanto, prosperar.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo del recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA PENSION-SANCION EN EL CODIGO LABORAL Y EN LA LEY 171 DE 1961

La decisión patronal de no renovar el contrato de trabajo al vencerse el plazo pactado o presuntivo, es un típico "despido". — Eventos legales de extinción del contrato y "justas causas" de ruptura unilateral.

1. La llamada pensión-sanción fue establecida inicialmente por el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 267) en favor de "todo trabajador... que sea despedido sin justa causa después de quince años de servicio" a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos o superior, cuando llegue a los cincuenta años de edad".

El artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que sustituyó aquella norma, reduciendo el lapso requerido, adoptó el mismo lenguaje: "El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital de ochocientos mil pesos, después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez años y menos de quince años... tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta años de edad, o desde la fecha en que se cumpla esa edad con posterioridad al despido. Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta años de edad, o desde la fecha del despido si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente tendrá derecho a la pensión, pero solo cuando cumpla sesenta años de edad".

El Código contemplaba pues un solo evento: despido sin justa causa, después de quince años de servicios, con cincuenta de edad. La nueva ley dividió el tratamiento pensional según la antigüedad: más de diez años y menos de quince años de servicios, pensión-sanción por despido sin justa causa, a los sesenta años de edad. Más de quince años de servicio, pensión-sanción por despido sin justa causa, a los cincuenta años de edad. Pero agregó otra causal: retiro voluntario después de quince años de servicio a los sesenta años de edad, caso en el cual sería impropio hablar de "sanción".

Para la antigüedad mayor de veinte años, la pensión plena de jubilación sigue regida por el Código (artículos 260 y 274), es decir, a los cincuenta y cinco años de edad para el varón y a los cincuenta para la mujer, así se trate de retiro voluntario o de despido justificado o de cualquier otro motivo de terminación del contrato; con la única salvedad de que en caso de despido sin justa causa, la pensión del varón se pagará desde que cumpla la edad de cincuenta años y no la de cincuenta y cinco, en razón de la nueva ley.

De esta manera se deduce que antes de los quince años de antigüedad, no se debe ninguna pensión por despido justificado, ni por retiro voluntario, ni por otros eventos legales de extinción del contrato, sino exclusivamente por despido sin justa causa. Después de quince años y antes de veinte, no se debe por despido justificado ni por otros eventos legales, sino exclusivamente por despido sin justa causa (a los cincuenta años de edad) o por retiro voluntario (a los sesenta). Y después de los veinte años de antigüedad se debe en todo caso.

El complejo régimen jubilatorio descrito, aunque adolece de los defectos inherentes

a los sistemas prestacionales que eluden su financiación racional a través de cajas aseguradoras, muestra un doble propósito: estimular la perseverancia del trabajador en el servicio de una misma empresa, y frenar los despidos arbitrarios con la amenaza de pensiones vitalicias excesivamente gravosas.

El último, especialmente, es el que informa el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, y en los antecedentes parlamentarios de su expedición quedó reiteradamente expresada esa finalidad esencial.

2. La noción de "despido" entraña siempre un acto de iniciativa patronal, así como en la "renuncia" o el "retiro voluntario" la iniciativa procedente del asalariado. Donde concurren ambas voluntades para ponerle fin a la relación laboral, no podrá hablarse de "despido" ni de "renuncia" sino de "acuerdo"; y cuando el contrato termina por el advenimiento de sucesos extraños a la voluntad de las partes, no se dirá que hubo despido, ni renuncia, ni acuerdo, sino la muerte del trabajador, o la sentencia del juez, o la conclusión de la obra, o la clausura forzada de la empresa o la suspensión prolongada o ineludible del negocio, según el caso.

¿Cómo clasificar entonces la expiración del plazo pactado o presuntivo del contrato de trabajo? Si este evento legal de extinción operara fatalmente, por el solo transcurso del tiempo, es claro que no podría asimilarse ni a despido ni a renuncia, pues no cabe en lo humano acelerar o retardar la marcha de los días; más bien pudiera refutarse una modalidad del mutuo acuerdo, porque ambas voluntades concurrieron a pactar el plazo fijo o, con no estipularlo, se sometieron de antemano al término presuncional.

No es así como ocurren las cosas, sin embargo. Dentro del régimen salarial predominante, en el que la mayoría no dispone de otra fuente de subsistencia que la retribución de su labor subalterna, el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia. Evidentes fundamentos de equidad natural, de conveniencia social y aún de orden público abonan esta tesis, admitida por la doctrina y desarrollada por la legislación contemporáneas. De ahí que el Código de la materia, aunque reconozca la licitud de la estipulación del término fijo y a falta de ella establece la duración presuntiva de seis meses, morigera esa temporaneidad teórica con la providente institución de la prórroga automática (artículo 49), ya antes consagrada en el estatuto de 1945 (D. 2127, Art. 43), y, todavía más atrás, esbozada con timidez en el Código Civil (artículo 2066).

Por virtud de dicha institución, el silencio o inactividad de los contratantes basta para renovar indefinidamente, de seis en seis meses, la relación laboral. En cambio, para que el vínculo se rompa al expirar el plazo, no basta que éste se venza; será además indispensable que, todavía dentro del plazo (y no después, como afirma el recurrente), cualquiera de las partes, ya el empleador ("despido"), ya el empleado ("renuncia"), haya expresado su voluntad de no perseverar en el contrato.

Un antecedente legislativo que ilustra la cuestión se encuentra en la Ley 10 de 1934, que instituyó la cesantía para los empleados particulares (pues la de los empleados oficiales y la de los obreros, tanto oficiales como particulares, apenas vino a consagrarse en el Decreto 2350 de 1944 y la Ley 6ª de 1945), pero solo por despido sin justa causa. Fue la llamada también "cesantía-sanción". (Véase artículo 14 y parágrafo de esta ley).

Entendido así el fenómeno, frente a un contrato con vocación de permanencia, se repite, es fuerza concluir que cuando el empleador no desea que se opere la prórroga automática y para evitarla le notifica tal decisión (desde luego unilateral) a su empleado, lo que ocurre es un típico "despido".

Despido con causa legal, naturalmente, porque la expiración del plazo pactado o presuntivo tiene ese carácter, conforme al artículo 61 del CST. Pero no despido "justo" o con "justa causa", porque el mismo estatuto ha circunscrito este concepto a los

eventos que enumera en los artículos 62 y 63, según lo tiene recibido y explicado la jurisprudencia del trabajo. Ni tampoco despido "injusto", como se lee en la sentencia, precisamente porque es legal.

Y no se diga, con el acusador, que el literal g) del artículo 61 citado enuncia taxativamente los posibles casos de despido.

Reza su texto: "El contrato de trabajo termina... g) Por decisión unilateral en los casos de los artículos 48, 62 y 63...". Ni lógica ni gramaticalmente aparece la norma, limitando a esos casos las decisiones unilaterales. Y ya quedó expresado cómo el aviso que evita la prórroga automática obedece siempre a una decisión unilateral de cualquiera de los contratantes. Pero igualmente unilateral puede ser la determinación de suspender las actividades de la empresa por más de ciento veinte días (literal e) o la de liquidar definitivamente el establecimiento (literal f); causas extintivas cuya unilateralidad las hará equivalentes al despido cuando tengan además el carácter de "decisiones" voluntarias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., junio dos de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

Comparece, acusada en casación por la sociedad "Tía Limitada", la sentencia con que el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral—, puso término a la segunda instancia del juicio promovido contra dicha empresa por Jorge Enrique Burgos.

I. Antecedentes

Dejando de lado lo circunstancial o accesorio, el caso puede resumirse así: Burgos, empleado de "Tía" durante trece años y ya sexagenario, recibió el 24 de julio de 1962 un boletín por medio del cual la empresa le informaba su deseo de no prorrogar el contrato de trabajo, cuyo término presuntivo se extinguía en esa misma fecha. Considerándose destituido sin justa causa, reclamó judicialmente la pensión especial establecida por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961. "Tía" se opuso, arguyendo que no estaba despedido sino que el plazo se había vencido. El Juez del conocimiento decretó la pensión y autorizó que de sus mesadas se vaya descontando una cuota hasta compensar el valor de la cesantía recibida por Burgos de la empresa. Esta apeló de tal decisión, y el Tribunal de Bogotá la ha confirmado, aunque modificando la cuantía de la pensión y la rata de las cuotas deducibles, por medio de la sentencia que ahora se acusa.

II. El recurso

El recurso persigue la quiebra de la resolución del Tribunal para que, en función de instancia, la Corte revoque las condenas y absuelva del todo a la empresa. Hubo escrito de oposición.

Un solo cargo formula el recurrente, con apoyo en la causal primera de casación laboral: "Acuso la sentencia impugnada —dice— de violar por interpretación errónea los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y 61 del CST en relación con los artículos 47, 48, 49, 62, 63 y 66 de este mismo estatuto.

Aunque, para ser realmente completa, la proposición jurídica enunciada debería referirse también al artículo 260 del Código Laboral, pues la cuantía de la pensión que se discute es directamente proporcional a la de la pensión plena de jubilación que esta norma consagra, la importancia jurisprudencial del tema y la seriedad de los argumentos con que los contendientes se enfrentan merecen un estudio detenido del gravamen.

III. La sentencia

La interpretación del sentenciador que glosa el impugnante, está concebida así:

"... La ruptura contractual se basó en una causa legal de las consagradas en el artículo 61 del C.S. del T., pero ello no quiere decir que haya sido justa, ya que lo le-

gal no siempre es justo y este es uno de esos casos. No puede privarse al trabajador del derecho a la pensión de jubilación con la terminación del contrato por el vencimiento del plazo presuntivo, pues aun cuando sea un medio legal para poner fin a la relación laboral no por ello deja de ser injusto. Y es la Ley 171, en el mencionado artículo 8º, la que protege al trabajador después de un determinado y considerable tiempo al servicio de una empresa o patrono, cuando sea despedido por una causa que no se califique como justa. Garantiza esta norma la pensión de jubilación, quizá la prestación social más importante, si se tiene en cuenta su carácter de vitalicia. Y es que el legislador ha estimado que durante ese cierto tiempo de trabajo se ha entregado a un determinado patrono la mejor capacidad y rendimiento en el oficio, que el trabajador despedido mediante tales circunstancias comúnmente es de edad avanzada, lo que lo coloca en serias dificultades para conseguir un nuevo empleo, pues en las relaciones de trabajo, en nuestro medio, también rige la ley de la oferta y la demanda que atiende un sinnúmero de factores. Esta ha sido la jurisprudencia de la Corte y los Tribunales en materia de pensiones de jubilación".

IV. Los argumentos

El casacionista, por su parte, sostiene:

"Descartando la terminación unilateral arbitraria del contrato de trabajo, por parte del patrono, es evidente que no puede haber despido, dentro del ordenamiento consagrado en los diversos literales del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, sino cuando el patrono utiliza (literal g) de la norma) los artículos 48 ó 62 y 63 ibídem. En el primer caso se está utilizando un modo de despedir que no requiere justificación de la causa y en el segundo, causales de despido con causa justificada. De donde resulta evidente que, para los fines de la aplicación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, la terminación unilateral del contrato por parte del patrono, en uso de la Cláusula de Reserva, no es despido con justa causa.

"Empero, dentro de la sabiduría del legislador, no es posible entender que cuando el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 habla expresamente de despido pueda estarse refiriendo a alguna otra de las maneras en que el contrato de trabajo puede terminar y que aparecen consagradas en los restantes literales del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. Porque es indudable que para que el contrato de trabajo termine por expiración del plazo pactado o presuntivo, por la terminación de la obra o labor contratada, por mutuo consentimiento, por muerte del trabajador, por suspensión de actividades de parte del patrono durante más de 120 días, por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento o por sentencia de autoridad competente, no debe mediar decisión unilateral alguna por parte del patrono, que es lo que en esencia constituye despido dentro del rigor del lenguaje técnico que se presume utilizó el legislador.

"Tanto es ello así que la decisión unilateral del patrono es la que puede configurar un despido, con justa causa o sin ella, que el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo solo impone a la parte que termina unilateralmente el contrato la obligación de manifestar la causal o motivo que la mueve a tomar esa determinación, salvo el caso de que haga uso de la Cláusula de Reserva.

"Y no se diga, de otra parte, que la manifestación del patrono de que no desea renovar el contrato al vencimiento de su término constituye decisión unilateral de darlo por terminado. Porque no es posible para nadie dar por terminado un contrato que ya ha finalizado por ministerio de la ley y porque, además, tal manifestación solo tiene por objeto evitar que, por razón del silencio del patrono, opere la tácita reconducción que consagra el artículo 49 ibídem".

Y el opositor, a su turno, replica:

"...En realidad, las causales justas se fundan en una conducta reprochable del trabajador y se ha considerado que están taxativamente enumeradas en los artículos 62 y 63 del C. S. del T.

"La Ley 171 de 1961, el artículo 11 del Decreto Nº 1611 de 1962, que la reglamenta siguiendo el antecedente del artículo 267 del C.S. del T., determinaron, acortando el tiempo, el derecho a una pensión especial de jubilación, cuando el trabajador de acuerdo con su situación en el tiempo fuera despedido sin justa causa y se refiere a las definidas como tales en la ley y no a las causales establecidas en otras disposiciones de la ley. Si el legislador hubiera comprendido las causales legales; tales como presuntivo y cláusula de reserva para eximir al patrono del pago de la pensión especial, reunidos los requisitos en ella determinados, es lógico que tales normas legales no tendrían operancia, bastaría con hacer uso de tales causales en cualquier momento para liberarse de esta prestación y ningún resultado tendría el derecho en ella consagrado. Es cierto que se habla de despido, pero para efectos de la cesación definitiva del contrato, terminación y despido son equivalentes, producen los mismos resultados.

"El H. Tribunal ha interpretado la ley en el sentido de que produzca un resultado práctico, el fin que se propuso el legislador al concretar y crear en su estructura un derecho, es cierto, con un razonamiento diferente en terminología al que le da el distinguido recurrente, pero haciéndole producir a la ley su finalidad objetiva y subjetiva: impedir el abuso del derecho por parte de los empleadores al aplicar con fines anormales un derecho, como es el caso de las causales legales para impedir el disfrute de una prestación creada por la ley; aquí se caracteriza el abuso del derecho por un uso excesivo de una facultad que precisamente corrigió y delimitó en las circunstancias de tiempo la misma ley. El legislador se propuso un fin, amparar al trabajador que ha prestado sus servicios más de diez años, garantizándole estabilidad. Esta finalidad puede verse en las exposiciones de motivos del proyecto de Ley 171 de 1961, anales del Congreso, Leyes autógrafas, Tomo XIX, página 460, literal b), se dice: "La pensión proporcional después de diez años de servicios: a los 60 de edad, o después de 15 años de servicios, a los 50 de edad, en caso de despido sin justa causa, tiende a garantizar la estabilidad de los antiguos trabajadores de una empresa. El proyecto hacía extensivas estas normas a todos los servidores de las entidades de derecho público. La Cámara de Representantes mantiene el precepto en favor de los trabajadores oficiales, ligados con la administración o con los establecimientos públicos descentralizados con contrato de trabajo, pero exceptúa a los empleados públicos cuyo régimen tiene que ser distinto". (Sesión de diciembre 14 de 1961). Aquí puede verse el pensamiento rector del legislador en la materia que nos ocupa, impedir la terminación del contrato de trabajo, sin justa causa, después de diez años de servicios. Este fin lo interpretó el ad-quem inspirado en el espíritu de la Ley 171 de 1961 y por tanto no puede existir la interpretación errónea alegada".

V. Consideraciones de la Sala

A) El régimen jubilatorio

La llamada pensión-sanción fue establecida inicialmente por el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 267) en favor de "todo trabajador... que sea despedido sin justa causa después de quince años de servicio" a una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos o superior", cuando llegue a los cincuenta años de edad".

El artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que sustituyó aquella norma, reduciendo el lapso requerido, adoptó el mismo lenguaje: "El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos, después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez años y menos de quince años... tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta años de edad,

o desde la fecha en que se cumpla esa edad con posterioridad al despido. Si el retiro se produjere **por despido sin justa causa** después de quince años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta años de edad, o desde la fecha del despido si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador **se retira voluntariamente** tendrá derecho a la pensión, pero solo cuando cumpla sesenta años de edad".

El Código contemplaba pues un solo evento: despido sin justa causa, después de quince años de servicios, con cincuenta años de edad. La nueva ley dividió el tratamiento pensional según la antigüedad: Más de diez años y menos de quince años de servicios, pensión-sanción por despido sin justa causa, a los sesenta años de edad. Más de quince años de servicio, pensión-sanción por despido sin justa causa, a los cincuenta años de edad. Pero agregó otra causal: retiro voluntario después de quince años de servicio, a los sesenta años de edad, caso en el cual sería impropio hablar de "sanción".

Para la antigüedad mayor de veinte años, la pensión plena de jubilación sigue regida por el Código (Arts. 260 y 274), es decir, a los cincuenta y cinco años de edad para el varón y a los cincuenta para la mujer, así se trate de retiro voluntario o de despido justificado o de cualquier otro motivo de terminación del contrato; con la única salvedad de que, en caso de despido sin justa causa, la pensión del varón se pagará desde que cumpla la edad de cincuenta años y no la de cincuenta y cinco, en razón de la nueva ley.

De esta manera se deduce que antes de los quince años de antigüedad, no se debe ninguna pensión por despido justificado, ni por retiro voluntario, ni por otros eventos legales de extinción del contrato, sino exclusivamente por despido sin justa causa. Después de quince años y antes de veinte, no se debe por despido justificado ni por otros eventos legales, sino exclusivamente por despido sin justa causa (a los cincuenta años de edad) o por retiro voluntario (a los sesenta). Y después de los veinte años de antigüedad se debe en todo caso.

El complejo régimen jubilatorio descrito, aunque adolece de los defectos inherentes a los sistemas prestacionales que eluden su financiación racional a través de cajas aseguradoras, muestra un doble propósito: estimular la perseverancia del trabajador en el servicio de una misma empresa, y frenar los despidos arbitrarios con la amenaza de pensiones vitalicias excesivamente gravosas.

El último, especialmente, es el que informa el Art. 8º de la Ley 171 de 1961, y en los antecedentes parlamentarios de su expedición quedó reiteradamente expresada esa finalidad esencial.

B. El despido

Ahora bien: La noción de "despido" entraña siempre un acto de iniciativa patronal, así como en la "renuncia" o el "retiro voluntario" la iniciativa procede del asalariado. Donde concurren ambas voluntades para ponerle fin a la relación laboral, no podrá hablarse de "despido" ni de "renuncia" sino de "acuerdo"; y cuando el contrato termina por el advenimiento de sucesos extraños a la voluntad de las partes, no se dirá que hubo despido, ni renuncia, ni acuerdo, sino la muerte del trabajador, o la sentencia del juez, o la conclusión de la obra, o la clausura forzada de la empresa, o la suspensión prolongada e ineludible del negocio, según el caso.

¿Cómo clasificar entonces la expiración del plazo pactado o presuntivo del contrato de trabajo? Si este evento legal de extinción operara fatalmente, por el solo transcurso del tiempo, es claro que no podría asimilarse ni a despido ni a renuncia, pues no cabe en lo humano acelerar o retardar la marcha de los días; más bien pudiera reputarse una modalidad del mutuo acuerdo, porque ambas voluntades concurrieron a pactar el plazo fijo o, con no estipularlo, se sometieron de antemano al término presuncional.

No es así como ocurren las cosas, sin embargo. Dentro del régimen salarial predominante, en el que la mayoría no dispone de otra fuente de subsistencia que la retri-

bución de su labor subalterna, el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia. Evidentes fundamentos de equidad natural, de conveniencia social y aun de orden público abonan esta tesis, admitida por la doctrina y desarrollada por la legislación contemporánea. De ahí que el código de la materia, aunque reconoce la licitud de la estipulación del término fijo y a la falta de ella establece la duración presuntiva de seis meses, morigera esa temporaneidad teórica con la providente institución de la prórroga automática (Art. 49), ya antes consagrada en el estatuto de 1945 (D. 2127, Art. 43) y, todavía más atrás, esbozada con timidez en el Código Civil (Art. 2066).

Por virtud de dicha institución, el silencio o inactividad de los contratantes basta para renovar indefinidamente, de seis en seis meses, la relación laboral. En cambio, para que el vínculo se rompa al expirar el plazo, no basta que éste se venza; será además indispensable que, todavía dentro del plazo (y no después, como afirma el recurrente), cualquiera de las partes, ya el empleador ("despido"), ya el empleado ("renuncia"), haya expresado su voluntad de no perseverar en el contrato.

Un antecedente legislativo que ilustra la cuestión se encuentra en la Ley 10 de 1934, que instituyó la cesantía para los empleados particulares (pues la de los empleados oficiales y la de los obreros, tanto oficiales como particulares, apenas vino a consagrarse en el Decreto 2350 de 1944 y la Ley 6ª de 1945), pero solo por despido sin justa causa. Fue la llamada también "cesantía-sanción". Dijo así la ley:

"Art. 14. En caso de despido que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho (los empleados particulares) a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado, y proporcionalmente por las fracciones de año.

"Parágrafo. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso, cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello".

Entendido así el fenómeno, frente a un contrato con vocación de permanencia, se repite, es fuerza concluir que cuando el empleador no desea que se opere la prórroga automática y para evitarla le notifica tal decisión (desde luego unilateral) a su empleado, lo que ocurre es un típico "despido".

Despido con causa legal, naturalmente, porque la expiración del plazo pactado o presuntivo tiene ese carácter, conforme al Art. 61 del C. S. T. Pero no despido "justo" o con "justa causa", porque el mismo estatuto ha circunscrito este concepto a los eventos que enumera en los Arts. 62 y 63, según lo tiene recibido y explicado la jurisprudencia del trabajo. Ni tampoco despido "injusto", como se lee en la sentencia, precisamente porque es legal.

Y no se diga, con el acusador, que el literal g) del Art. 61 citado enuncia taxativamente los posibles casos de despido. Reza su texto: "El contrato de trabajo termina ... g) Por decisión unilateral en los casos de los Arts. 48, 62 y 63 ...". Ni lógica ni gramaticalmente aparece la norma, limitando a esos casos las decisiones unilaterales. Y ya quedó expresado cómo el aviso que evita la prórroga automática obedece siempre a una decisión unilateral de cualquiera de los contratantes. Pero igualmente unilateral puede ser la determinación de suspender las actividades de la empresa por más de ciento veinte días (literal e) o la de liquidar definitivamente el establecimiento (literal f); causas extintivas cuya unilateralidad las hará equivalentes al despido cuando tengan además el carácter de "decisiones" voluntarias.

C.) Conclusión

El sentenciador no interpretó los Arts. 8º de la Ley 171 de 1961 y 61 del C. S. T., ni

los Arts. 47, 48, 49, 62, 63 y 66 de este último, de manera distinta de la que la Sala acaba de exponer. El cargo no prospera, en consecuencia.

VI. La decisión

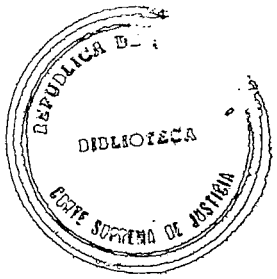
A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas, pues aunque la impugnación no logró la infirmación de la sentencia, dio suficientes bases para aclaraciones doctrinarias de importancia general.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



RELACIONES CONTRACTUALES DE TRABAJO CON LA ADMINISTRACION PUBLICA

Alcance del contrato celebrado en el caso de autos. — Cesantía. — Incompetencia de jurisdicción.

Las relaciones contractuales de trabajo con la Administración Pública no se rigen por el Código Sustantivo Laboral, como lo expresan sus Arts. 4º y 492, sino por las disposiciones pertinentes anteriores al mismo y por las especiales que se hayan dictado, y las que cita el recurrente en ambos cargos pertenecen al citado Código, motivo suficiente para el rechazo de la impugnación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., junio dos de mil novecientos sesenta y cinco.

(Proyectó: Doctor Diógenes Sepúlveda Mejía. Auxiliar de Casación Laboral).

Por medio de apoderado, y ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Manizales, el doctor Néstor Botero de la Calle demandó al Departamento de Caldas, a fin de que se le reconociera y pagara la suma de cuatro mil trescientos cincuenta pesos ($ 4.350) por salarios devengados en un lapso de cuarenta y tres meses y medio, desde el 1º de marzo de 1951 hasta el 15 de junio de 1955, a razón de cien pesos ($ 100.00) mensuales, pues habiendo contratado sus servicios profesionales a novecientos pesos ($ 900.00), por mes, solamente se le pagó a razón de ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales durante el tiempo de que se ha hablado. Igualmente pidió que se le reconociera el auxilio de cesantía por valor de seis mil ochocientos veintiésis pesos, diez y ocho centavos ($ 6.826.18), correspondiente a seis años, nueve meses y diez y seis días, contados desde el 1º de abril de 1948 hasta el 15 de junio de 1955, a razón de novecientos noventa pesos ($ 990.00) mensuales.

Dijo el actor que trabajó al servicio del Departamento durante el tiempo comprendido entre el 1º de abril de 1948 y el 15 de julio de 1955; que el 31 de mayo de 1955 se le notificó que se le había dado por terminado el contrato de trabajo, no obstante lo cual el demandante continuó prestando sus servicios al Departamento pero no se le pagó el sueldo pactado sino que se le rebajó a ochocientos pesos ($ 800.00), desde el 1º de marzo de 1951 hasta el 15 de junio de 1955; que no se le ha reconocido el auxilio de cesantía que le corresponde; computando todo el período de servicios, desde el 1º de abril de 1948 hasta junio de 1955. Por consiguiente solicita el reajuste del sueldo dejado de pagar y la cesantía respectiva.

El Juzgado del conocimiento tramitó el negocio, y habiéndose propuesto por el demandado la excepción de incompetencia de jurisdicción, dictó sentencia declarándola probada. Esta providencia fue apelada para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, entidad que revocó tal fallo, y, en su lugar, condenó al Departamento al pago de la suma de trescientos trenta y tres pesos ($ 333.00), como cesantía, pues ya había recibido tres mil pesos ($ 3.000.00). En cuanto a las demás peticiones de la demanda, se abstuvo de resolverlas por incompetencia de jurisdicción.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal se interpuso el recurso de casación que se va a decidir.

La demanda

Como un alegato corriente de instancia se fundamenta el recurso, con evidente deficiencia de la técnica de casación, pues ni siquiera indica la causal que invoca, y en dos breves cargos se concreta la acusación contra la sentencia del Tribunal.

Primer cargo

"Según se ha visto, dice el recurrente, el Tribunal de Manizales considera que mi mandante convino en la modificación del contrato escrito de trabajo celebrado con la Caja de Seguro Social del Departamento, en el sentido de que la remuneración allí estipulada quedara reducida a **ochocientos pesos ($ 800.00)**. Tal apreciación la sustenta el fallador de segunda instancia en las posiciones absueltas por Botero de la Calle el 6 de febrero de 1957, las cuales no contienen la confesión que se ha creído descubrir en ellas".

Agrega que Botero de la Calle niega enfáticamente que hubiera recibido nota alguna sobre rebaja de su sueldo a **ochocientos pesos ($ 800.00)**, y que al contestar la pregunta cuarta del pliego de posiciones dijo que mal podía aceptar que se violara lo pactado en el contrato sin que se hubiera cumplido éste en lo que respecta al preaviso de quince días que debía dársele. Que el demandado continuó recibiendo solamente la cantidad de **ochocientos pesos ($ 800.00)** mensuales porque se le dijo que por el momento y transitoriamente no se le podía pagar más, pero que eso se le reconocería días más tarde; que por tal razón aceptó recibir los **ochocientos pesos ($ 800.00)**, sin que ello entrañara renuncia a la remuneración convenida.

Para finalizar el cargo, el recurrente dice que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al apreciar como confesión el contenido de las posiciones absueltas por el demandante; lo mismo que por no tomar en cuenta la cláusula segunda del contrato celebrado con la Caja de Seguro Social del Departamento, según la cual el sueldo pactado fue de **novecientos pesos ($ 900.00)**. Que, por tanto, el Tribunal infringió indirectamente, por incorrecta aplicación, el Art. 57 del C. S. del T. que dispone que el patrono debe pagar al trabajador la remuneración pactada, el Art. 249, relativo a la manera de liquidar el auxilio de cesantía, y el Art. 142 del mismo Código, por haberlo dejado de aplicar.

Como se ha dicho, el escrito más parece un alegato de instancia, pues si bien es cierto que hace referencia a las posiciones absueltas por el actor y a una cláusula determinada del contrato celebrado con la Caja de Seguro Social de Caldas, la Sala entiende que son éstas únicamente las pruebas que el recurrente encuentra mal apreciadas.

Para resolver, se considera

El Tribunal hace en la sentencia recurrida un examen completo del pliego de posiciones absuelto por el demandante, y llega a la conclusión de que el doctor Botero de la Calle aceptó la modificación de su sueldo, cuando contestó "Es cierto que colaboré al cumplimiento del contrato, aceptando que **transitoriamente y por días** (subraya el Tribunal) no se me cubriera la totalidad del sueldo estipulado, pero eso no implica que yo haya renunciado al cumplimiento total del contrato, por parte de la Caja de Previsión Social del Departamento. Quise simplemente **esperar unos días** para que se cumpliera el contrato, lo que no ocurrió".

Luego el Tribunal comenta que la aceptación de la rebaja de la remuneración del demandante no fue tan transitoria o por pocos días, porque la realidad es que esos días se convirtieron en la "elocuente cifra de cuarenta y dos meses". El fallo cita sentencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en el sentido de que "el asalariado debe rechazar inmediatamente su desmejoramiento, o hacerlo valer como justa causa de su retiro tan pronto como ocurra".

Como se ve, el Tribunal apreció todo el pliego de posiciones mencionado, lo mismo que la cláusula segunda del contrato celebrado con la Caja de Previsión Social del Departamento, y consideró que el hecho de haber aceptado el demandante la reducción de su retribución, durante un lapso tan extenso como el que aparece de los autos, es circunstancia que invalida las pretensiones del actor, ya que, por otra parte, le da gran mérito al recibo que él mismo firmó al pagársele una cuenta por preaviso, y en la cual, según resulta de la inspección ocular practicada sobre los libros de la Caja de Previsión Social, hizo la siguiente manifestación expresa: "Esta cuenta la formulo en virtud de que el mencionado texto legal me faculta para retirarme de mi cargo que desempeñaba, pero con el derecho de recibir medio sueldo sobre la base de la asignación que devengaba y lo cual acepto así de modo expreso. (Subrayado de la sentencia). Por lo demás, esta última prueba, que sirvió también de soporte a la sentencia, no fue objeto de ningún ataque en casación.

Desechado este cargo, no hay lugar a estudiar el segundo que no hace sino repetir lo que se dice en lo tocante al alcance del contrato celebrado por la Caja de Previsión Social del Departamento con el demandante, que fue ampliamente examinada por el Tribunal.

No sobra agregar que las relaciones contractuales de trabajo con la administración pública no se rigen por el Código Sustantivo Laboral, como lo expresan sus Arts. 4º y 492, sino por las disposiciones pertinentes anteriores al mismo y por las especiales que se hayan dictado, y las que cita el recurrente en ambos cargos pertenecen al citado Código, motivo suficiente para el rechazo de la impugnación.

En mérito de las breves consideraciones que se han hecho, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Caldas que ha sido objeto del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RENUENCIA A LA PRACTICA DE LA INSPECCION OCULAR DECRETADA EN EL JUICIO

La entidad demandada no cumplió con el deber de exhibir los documentos materia de la inspección. — La violación directa de la ley y la aplicación indebida, son dos modalidades, con distinto fundamento que no pueden demostrarse con las mismas razones. — Error de hecho y error de derecho. — Los errores de procedimiento no entrañan violación de lo preceptuado por el Art. 26 de la Carta. — La preclusión en el proceso laboral.

1. El primer cargo —violación directa de la ley— y el segundo —aplicación indebida de la misma— también de modo directo, no son atendibles. Se trata de dos modalidades, con distinto fundamento, que, por consiguiente, no pueden demostrarse con las mismas razones. En efecto: la simple infracción directa de la norma, equivale a su negación, al desconocimiento absoluto de la voluntad del legislador, a la ignorancia de su existencia. La violación directa de la ley, por aplicación indebida, se presenta cuando entendido el precepto correctamente, se aplica a un hecho no previsto en él, o se le hace producir efectos distintos de los que contempla. En este caso, el vicio de la decisión envuelve un error acerca de la relación entre el hecho específico legal y el hecho específico concreto debatido en el pleito. Además, en uno y otro caso, el quebranto de la norma se produce sin consideración a toda cuestión fáctica, y el recurrente vincula el quebranto de las disposiciones cuya violación acusa a irregularidades en la producción de la prueba, esto es, a extremos de hecho.

2. A propósito del mismo punto —práctica irregular de la inspección judicial— la acusación alega que la sentencia incurrió en error de hecho porque no era del caso declarar renuente a la sociedad en la práctica de la inspección ocular, y error de derecho por la misma razón, y aunque separa el de hecho del de derecho, éste en definitiva, lo hace depender del otro. El discernimiento en tal forma es contrario a la técnica del recurso extraordinario, porque respecto de una misma prueba no puede la sentencia cometer las dos clases de errores, si en ambos casos los argumentos para demostrarlos son idénticos. Proviene el error de hecho de la aceptación de una cosa que no ha ocurrido, o de la negación de la que se halla demostrada en el proceso, y el de derecho, en la casación laboral, cuando se da por establecido un hecho con medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta determinada solemnidad para su validez, o cuando deja de apreciarse una prueba **ad sustanciam actus**, siendo procedente.

El defecto anotado impide el examen del reparo. Sin embargo, no sobra observar que la ley no exige determinado medio probatorio para acreditar el contrato de trabajo, el salario y el tiempo de servicio, extremos que dio por establecidos la sentencia con la confesión presunta de la parte demandada por su renuencia a la práctica de la inspección. La estimación de una prueba, sin haberse llenado en su producción el rito legal que le es propio, que en síntesis es la tacha que opone el acusador a su valoración, determinante de error de derecho en la casación civil, no tiene igual significación en la del trabajo, la cual concreta el error de

aquella clase a la pretermisión de la regla que limita el campo de ese error a los supuestos ya indicados, según lo previsto por el Art. 87 del C. P. L.

3. No sobra decir que los errores de procedimiento no entrañan violación de lo preceptuado por el Art. 26 de la Ley Suprema. Lo que la disposición condena es el juzgamiento sin competencia o el que se produce con inobservancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En el asunto litigioso se siguió el procedimiento prescrito por la ley para el juicio ordinario y de acuerdo con él se decidió la litis; si durante su desarrollo y en relación con la prueba de inspección ocular, el juzgado del conocimiento desatendió formas procesales al declarar renuente a la sociedad en la práctica de la prueba, de allí no se deduce que el pleito haya sido fallado con menosprecio de lo dispuesto por el Art. 26 citado. Si el juez incurre en vicios de procedimiento, son denunciables dentro del juicio, donde debe procurarse su corrección.

4. En el proceso laboral rige también la preclusión, efecto del principio de eventualidad, en virtud del cual los actos procesales, si no se impugnan, cierran la etapa en que se cumplen. Las irregularidades que pueda cometer el juez en su actividad in procedendo, por regla general, no son denunciables en casación, como se deduce de la ley orgánica del recurso extraordinario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., ocho de junio de mil novecientos sesenta y cinco

(Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral seguido por José Vicente Villalba contra la sociedad de responsabilidad limitada, denominada "Silva Mújica, Hermanos".

Dicen, en resumen, los hechos pertinentes de la demanda: Villalba le prestó servicios a la sociedad, según contrato verbal de trabajo, en el ramo de albañilería y pavimentación, desde el 12 de marzo de 1950 hasta el 24 de agosto de 1961; el salario convenido fue el de $ 20.00 diarios; el contrato terminó por decisión unilateral de la compañía, sin justa causa; se ha negado ésta a pagar al trabajador las obligaciones derivadas de la relación laboral.

Determina esas obligaciones la parte petitoria de la demanda, así: salarios de los últimos días de labores; cesantía; vacaciones y primas de servicio de los dos últimos años; subsidio familiar y de transporte; dominicales y horas extras; perjuicios por ruptura ilegal del contrato y los provenientes de la mora.

La respuesta a la demanda afirma que el actor fue contratista independiente pero no trabajador subordinado; niega algunos de los hechos y de los demás dice que a la sociedad no le constan o que se prueben. Propuso varias excepciones, entre otras, las de pago y prescripción.

La sentencia que puso término a la relación procesal de primer grado, dictada por el Juzgado 6º del Trabajo de Bogotá, declaró renuente a la compañía en la práctica de la inspección ocular decretada en el juicio (numeral segundo) y con fundamento en esa prueba la condena a pagar el auxilio de cesantía, primas y vacaciones en dos años, perjuicios por lucro cesante y los correspondientes a la indemnización por mora, desde el 25 de agosto de 1961 hasta el pago de las obligaciones antes relacionadas (numeral primero); declara no probadas las excepciones propuestas por la sociedad (numeral tercero); y la absuelve de los demás cargos.

La providencia anterior, apelada por la parte demandada, fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá al decidir el recurso de alzada, a excepción de lo relativo a la condena por lucro cesante, de la cual la absolvió.

La demanda de casación

Invoca la causal primera y con base en ella aspira a que la Corte case la sentencia del ad-quem y, en su lugar, absuelva a la sociedad de todos los cargos de la demanda inicial.

Formula tres cargos, que se examinan a continuación.

I. El alegato, en el epígrafe que lleva por título "Concepto de la infracción", afirma que el sentenciador violó los Arts. 26 de la Constitución, 55, 56, 61 y 145 del C. P. L.; 725, 605 y 617 del C. J.; y 65, 186, 249 y 306 del C. S. T., en la siguiente forma: directamente, por aplicación indebida, por interpretación errónea, y por falta de apreciación de determinada prueba, siendo éste, dice el impugnante, "el concepto de la infracción".

En el capítulo que lleva por título "Concepto de la infracción directamente", hace el recurrente el relato de la actuación surtida en primera instancia a propósito de la prueba de inspección ocular, solicitada por la parte actora en la demanda inicial. Comprende el relato la petición del medio probatorio, su admisión por el Juez del conocimiento y su práctica, hasta la declaración de renuencia de la sociedad al examen de los documentos, libros y papeles que debía presentar en la respectiva diligencia, contenida en la sentencia de primer grado.

Según el impugnante, de la referida actuación se desprenden estos hechos: a) Se dio comienzo a la inspección ocular en la audiencia del 6 de junio de 1962 (Fl. 46); para su práctica el Juzgado se trasladó a las oficinas de la sociedad en Bogotá (calle 13, número 9-13); en ellas se encontró a su Gerente, señor Alvaro Silva Mújica, quien manifestó que se hallaba a disposición del Juzgado y se ponía a sus órdenes para la verificación del acto, haciendo constar que las planillas anteriores a 1957 se encontraban en el archivo de la compañía en Bosa; b) Que el apoderado del actor solicitó se le concediera a la compañía un término prudencial para que pusiera a disposición del Juzgado las planillas a partir del año de 1950); c) Que, en tal virtud, el Juzgado, después de anotar que los elementos necesarios para la diligencia no se encontraban en las oficinas de la compañía, accedió a suspender la audiencia, señalando para su continuación el 27 de junio de 1962; d) Que en esta fecha, se dispuso, en estrados que, por no haberse presentado los elementos necesarios para la práctica de la inspección, se declaraba surtida la audiencia; e) Que a petición del mandatario judicial del actor, el Juzgado declaró consumada la audiencia, expresando que había vencido la hora judicial sin haberse presentado por la sociedad los documentos, planillas y libros que en ella debía exhibir, y cerrado el debate probatorio; f) Que dispuso además señalar fecha para la audiencia de juzgamiento, dentro de la cual debía resolverse sobre la renuencia de la parte demandada por su inasistencia el acto; y g) Que en el fallo de primera instancia se declaró renuente a la empresa por haberse negado a la presentación de los documentos objeto de la inspección.

Sostiene el acusador que el Juzgado no dispuso continuar la diligencia de inspección en sus oficinas, sino en las de la sociedad en que aquélla se había iniciado, por lo cual no procedía la declaratoria de renuencia; que ésta debió haberse hecho en audiencia de trámite; que al haberse formulado tal declaración en el fallo, no se dio oportunidad a las partes para intervenir en la formación de la prueba o para desvirtuarla, habiéndose producido el juzgamiento sin observancia de todas las formas del juicio, porque el fallador no se valió de los apremios legales para la realización de la prueba, violando en consecuencia los Arts. 26 de la Constitución y 55 y 56 del C. P. L.'.

Alega que para la práctica de la diligencia no se señaló el lugar en que debía realizarse, como lo dispone el Art. 725 del C. J., aplicable en el juicio laboral por mandato de Art. 145 de C. P. L., normas que resultan violadas por la sentencia del ad-quem e igualmente las de los Arts. 605 y 617 del C. J., porque el representante de la empre-

sa no confesó los hechos preguntados, contestó las preguntas que se le hicieron y no evadió las respuestas. Del quebranto de tales preceptos deduce el impugnante el de las normas del Código del Trabajo que el cargo relaciona.

Hasta aquí —dice el párrafo final del alegato— "considero probado el primer cargo por violación directa de la ley. Debe por tanto —continúa— casarse la sentencia recurrida porque el Tribunal prohijó todos los errores del juzgador, les dio validez jurídica probatoria y condenó a la demandada por medio de sentencia confirmatoria de la de primera instancia".

II. En el segundo capítulo del alegato, bajo el título "Concepto de la infracción por aplicación indebida de la ley", comienza el recurrente diciendo que incorpora, para sustentar el cargo, el estudio que hizo en el capítulo anterior de varias piezas del juicio en cuanto a la prueba de inspección ocular y que la Corte debe tener en cuenta para el examen del segundo aspecto de la casación.

Repite el acusador los argumentos que expuso para demostrar violación directa de las normas legales ya relacionadas, y, aduce además el siguiente: la sentencia le dio el carácter de confesión a los hechos que el actor se proponía demostrar con la inspección, no siendo susceptibles de aquel medio de prueba por no haber sido aceptados por el Gerente de la compañía en las posiciones que absolvió en el juicio. Por eso, agrega, el Tribunal aplicó indebidamente los preceptos legales ya mencionados, porque con base en ellos condenó a la compañía al pago de determinadas obligaciones, no resultando demostrado el contrato de trabajo, el salario y el tiempo de servicios.

III. Por último, bajo el motel de "Concepto de infracción de la ley por interpretación o apreciación errónea de determinadas pruebas", afirma el acusador que el fallo violó los preceptos legales que vienen citados por el motivo expuesto.

Sustentan la acusación estas razones:

La sentencia interpretó o apreció erróneamente la inspección ocular por la pretendida renuencia de la sociedad a su práctica, por lo cual incurrió en error de hecho y de derecho manifiestos. El de hecho consiste en que sin haber dado aplicación al Art. 55 del C. P. L., haciendo uso de los apremios ni haber requerido a la sociedad, resolvió dar aplicación al Art. 56 ibídem, a pesar de que aquélla no obstaculizó la práctica de la prueba pues estuvo lista a exhibir los libros, documentos y papeles correspondientes. Ese error de hecho condujo al fallador a cometer uno de derecho, consistente en que sin mediar renuencia de la sociedad a la realización del acto, dio aplicación al Art. 56 citado, dando por acreditados hechos no susceptibles de confesión. Ese error de derecho es aun más grave si se considera que la sentencia no declaró renuente a la empresa en audiencia de trámite, sino en el propio fallo, sin permitirle aducir pruebas para desvirtuar la declaración de renuencia. Por eso —anota el impugnante— interpretó erróneamente los Arts. 55 y 56 del C. P. L.; "ese error de hecho condujo al Tribunal a cometer 'un error de derecho' y en él radica la interpretación o apreciación errónea de la declaratoria de renuencia de la demandada", porque dio por establecidos hechos de la demanda con un medio probatorio no autorizado por la ley. Hubo además —dice el recurrente— error de hecho en el sentido de que la inspección no se efectuó en las oficinas de la sociedad, sino en el recinto del Juzgado; y error de derecho, consistente en que la renuencia se declaró en el fallo y no en el juicio.

Consideraciones de la Corte

1. Todos los cargos versan sobre la misma cuestión, o sea la de que los fallos de instancia, en las condenas que hacen contra la sociedad demandada, se fundan en su renuencia a la práctica de la inspección ocular decretada en el juicio, que en concepto del acusador no era procedente. Por tanto, el planteamiento de la demanda de casación permite el estudio conjunto de todos los cargos.

2. Sobre el punto en referencia, la parte motiva de la sentencia acusada hace estas consideraciones:

"En la audiencia pública del 19 de diciembre de 1961 el Juzgado decretó la práctica de una inspección ocular sobre los libros de la demandada con el fin de establecer: a) existencia del contrato de trabajo; b) tiempo de servicio, y c) salarios devengados. El día 6 de junio el Juez se constituyó en audiencia pública (Fl. 45) con el fin de llevar a cabo la diligencia de inspección ocular. Consta allí que el personal del Juzgado, en asocio del apoderado del actor, se trasladó a las oficinas de la demandada; que en ese local se encontró al gerente de la misma, doctor Alvaro Silva Mújica; que dicho representante manifestó que algunos documentos referentes a la materia de la inspección no se encontraban en las oficinas sino en los archivos que la firma tenía en la localidad de Bosa; que, por tal razón, el Juzgado suspendió la diligencia con el fin de continuarla el día 27 de junio del presente año (1962). En esta última fecha, dentro de la audiencia pública respectiva profirió un auto, en el cual, luego de referir la dificultad presentada en ocasión anterior, y de la solicitud entonces formulada para suspender la diligencia, se dice:

" 'Las partes, como el Juzgado, accedieron a ello y con ese asentimiento suspendió la audiencia, otorgando a la demandada el plazo que como se dijo en la anterior hasta hoy (sic) para que dentro de ella trajeran al Juzgado todos los documentos, planillas, libros, etc., y demás elementos necesarios para la verificación de la misma. No sucedió así, y la hora judicial, como ya se dijo, venció. La parte demandada, a pesar de todo lo expuesto, no concurrió a la diligencia, sin que el Juzgado tenga conocimiento del motivo para proceder en esa forma. Siendo esto así, se declara surtida la cuarta audiencia de trámite, cerrado el debate probatorio, y para que tenga lugar la audiencia de juzgamiento se señala la hora judicial de las cinco de la tarde del día jueves veintiséis de julio próximo y como es obvio dentro de la cual se resolverá sobre la renuencia, si fuere el caso, de la parte demandada para asistir a la inspección ocular'.

"Con base en las constancias anteriores, el Juzgado en el fallo que se revisa declara que la sociedad demandada fue renuente a la práctica de la inspección ocular referida y, en virtud de tal renuencia, y considerando que para el caso era admisible la prueba de confesión, tuvo como probados los hechos que con la misma diligencia se pretendían acreditar, esto es, a más de la existencia del vínculo laboral, los extremos del contrato y el salario devengado por el trabajador.

"La Sala encuentra perfectamente ajustado a derecho el proceder del a-quo. La simple lectura de las constancias procesales arriba transcritas, lleva al convencimiento de que la entidad demandada, sin motivo valedero alguno, no cumplió con el deber de exhibir los documentos materia de la inspección, no obstante que el Juzgado le concedió todas las facilidades. Lógicamente, entonces, la conducta de la empresa no puede menos de calificarse como una evidente renuencia a la práctica de la inspección, dándose así aplicación al ordenamiento contenido en el artículo 56 del C. de P. L.".

3. El primer cargo —violación directa de la ley— y el segundo —aplicación indebida de la misma— también de modo directo, no son atendibles. Se trata de dos modalidades, con distinto fundamento, que, por consiguiente, no pueden demostrarse con las mismas razones. En efecto: la simple infracción directa de la norma, equivale a su negación, al desconocimiento absoluto de la voluntad del legislador, a la ignorancia de su existencia. La violación directa de la ley, por aplicación indebida, se presenta cuando entendido el precepto correctamente, se aplica a un hecho no previsto en él, o se le hace producir efectos distintos de los que contempla. En este caso, el vicio de la decisión envuelve un error acerca de la relación entre el hecho específico legal y el hecho específico concreto debatido en el pleito. Además, en uno y otro caso, el quebranto de

la norma se produce sin consideración a toda cuestión fáctica, y el recurrente vincula el quebranto de las disposiciones cuya violación acusa a irregularidades en la producción de la prueba, esto es, a extremos de hecho.

4. En cuanto al último cargo, la Sala observa:

Alega 'error de hecho porque no era del caso declarar renuente a la sociedad en la práctica de la inspección ocular, y error de derecho por la misma razón', agregando respecto de éste, que el vicio de la decisión radica en haber dado por establecido con la indicada prueba, hechos con un medio probatorio no autorizado por la ley.

A propósito del mismo punto —práctica irregular de la inspección judicial— la acusación alega que la sentencia incurrió en los dos errores anotados, y aunque separa el de hecho del de derecho, éste en definitiva, lo hace depender del otro. El discernimiento en tal forma es contrario a la técnica del recurso extraordinario, porque respecto de una misma prueba no puede la sentencia cometer las dos clases de errores, si en ambos casos los argumentos para demostrarlos son idénticos. Proviene el error de hecho de la aceptación de una cosa que no ha ocurrido, o de la negación de la que se halla demostrada en el proceso, y el de derecho, en la casación laboral, cuando se da por establecido un hecho con medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta determinada solemnidad para su validez, o cuando deja de apreciarse una prueba ad sustanciam actus, siendo procedente.

El defecto anotado impide el examen del reparo. Sin embargo, no sobra observar que la ley no exige determinado medio probatorio para acreditar el contrato de trabajo, el salario y el tiempo de servicio, extremos que dio por establecidos la sentencia con la confesión presunta de la parte demandada por su renuencia a la práctica de la inspección. La estimación de una prueba, sin haberse llenado en su producción el rito legal que le es propio, que en síntesis es la tacha que opone el acusador a su valoración, determinante de error de derecho en la casación civil, no tiene igual significación en la del trabajo, la cual concreta el error de aquella clase a la pretermisión de la regla que limita el campo de ese error a los supuestos ya indicados, según lo previsto por el artículo 87 del CPL.

No sobra decir, por último, que los errores de procedimiento no entrañan violación de lo preceptuado por el artículo 26 de la Ley Suprema. Lo que la disposición condena es el juzgamiento sin competencia o el que se produce con inobservancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En el asunto litigioso se siguió el procedimiento prescrito por la ley para el juicio ordinario y de acuerdo con él se decidió la litis; si durante su desarrollo y en relación con la prueba de inspección ocular, el Juzgado del conocimiento desatendió formas procesales al declarar renuente a la sociedad en la práctica de la prueba, de allí no se deduce que el pleito haya sido fallado con menosprecio de lo dispuesto por el Art. 26 citado. Si el Juez incurre en vicios de procedimiento, son denunciables dentro del juicio, donde debe procurarse su corrección. No estuvo presente el apoderado de la empresa en la continuación de la cuarta audiencia de trámite del 26 de junio de 1962 (Fs. 49 y 51), en donde el Juzgado dispuso clausurar el debate probatorio y reservar para el acto de juzgamien to la resolución sobre renuencia de la empresa a la práctica de la inspección, de manera que si el proveído era ilegal, lo adecuado habría sido ejercitar los recursos legales pertinentes en la debida oportunidad, debiendo soportar, si guarda silencio, las consecuencias del acto. En el proceso laboral rige también la preclusión, efecto del principio de eventualidad, en virtud del cual los actos procesales, si no se impugnan, cierran la etapa en que se cumplen. Las irregularidades que pueda cometer el Juez en su actividad in procedendo, por regla general, no son denunciables en casación, como se deduce de la ley orgánica del recurso extraordinario.

Basta lo dicho para el rechazo de la acusación.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSION JUBILATORIA

El derecho a la jubilación o estado de jubilado y el derecho a la pensión mensual vitalicia, son dos situaciones jurídicas distintas. — Presupuestos que configuran el derecho a la jubilación. — Pago de la pensión. — Prescripción extintiva. — La naturaleza misma del derecho a la jubilación impide su aniquilamiento por prescripción. — Opción entre jubilación y cesantía. — La Corte fija el sentido de previsión de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 1600 del mismo año.

1. Confunde el recurrente dos situaciones jurídicas distintas: el derecho a la jubilación o estado de jubilado y el derecho a la pensión mensual vitalicia, efecto jurídico de ese estado. El primero se adquiere desde que el trabajador haya prestado servicios por veinte años y cumplido una edad de cincuenta; el segundo surge a la vida legal a partir de la fecha del reconocimiento de la pensión, sin perjuicio de que comience a operar desde el momento en que se reunan los dos presupuestos que configuran el derecho a la jubilación. Se mantiene éste mientras subsista la condición resolutoria de que depende (la vida del beneficiario) o, en otros términos, se extingue con su muerte. Cada mensualidad origina una obligación y, por consiguiente, un título independiente para exigir su pago. El derecho a la jubilación es la causa; el de la pensión su efecto; sin el primero no se da el segundo, pero es éste y no aquél el que produce obligaciones personales o derechos de crédito. Solo del derecho a las cuotas o mesadas puede hablarse de prescripción; el que se tiene para pedir la jubilación no es susceptible de extinguirse por ese medio. Si reunidos los dos presupuestos en que se funda, el trabajador no lo reclama, nada le impide exigirlo en cualquier tiempo; en esa hipótesis, la única consecuencia sería, reconocida la jubilación, la pérdida de las mesadas vencidas, si el deudor alega la prescripción.

Huelga decir que si el derecho a percibir la pensión, muerto el beneficiario, se transmite a determinados herederos del mismo, por cierto tiempo, como lo disponen las leyes hoy vigentes, no por ello deja de ser cierto el hecho de que con el fallecimiento del pensionado expira el derecho a la jubilación; si su efecto jurídico —pago de la pensión— se prolonga después de su muerte, el fenómeno obedece a consideraciones de interés público y de previsión social.

2. Presupuesto de toda prescripción extintiva es el de que el derecho respecto del cual se hace valer sea exigible, conforme a lo previsto por el artículo 2535 del C.C. La prescripción trienal que establece el artículo 151 del C.P.L. en relación con las acciones que nacen de las leyes sociales, toma también como punto de partida para el cómputo del plazo, la exigibilidad de la obligación. No se puede aplicar esta regla al derecho a la jubilación o estado de jubilado, porque considerado aisladamente, con independencia de sus efectos, no surgen de él obligaciones exigibles. Aún aceptando el criterio del acusador, esto es, equiparando ese derecho con el que se tiene para exigir las cuotas mensuales, una vez reconocida la pensión, para que aquél pudiera terminar por prescripción sería necesario que también fueran exigibles las cuotas mensuales futuras o por devengar, conclusión a todas luces opuesta a lo prescrito por el citado artículo 151, para cuya aplicación se requiere que la respectiva obligación se haya hecho exigible, condición que no llenan las mesadas que no se hayan causado.

No regula la ley, de manera expresa, la prescripción de créditos fraccionados, como lo hacen otras legislaciones, v.gr. la francesa, respecto de los cuales cada una de las porciones en que se divide la obligación única da lugar a un nuevo plazo, independiente, que corre desde el momento en que pueda establecerse el reclamo judicial, como lo anotan los expositores Planiol y Ripert en su "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" (T. VII, Pág. 694). Sin embargo, la ausencia de normas al respecto llevaría a la misma conclusión que apuntan los nombrados tratadistas, ya que las citadas antes requieren para que opere la prescripción la exigibilidad de la obligación, y si la pensión se causa mes por mes, esta unidad de tiempo marca el período inicial para la producción del fenómeno extintivo.

En conclusión, la naturaleza misma del derecho a la jubilación impide su aniquilamiento por prescripción, como lo tiene decidido la casación del trabajo. En efecto, al estudiar la institución dijo el Tribunal Supremo: "Ese estado (el de jubilado) no puede prescribir; de él no puede afirmarse que se pierde por el transcurso del tiempo. La única eventualidad que lo hace desaparecer de la vida jurídica es la muerte del trabajador... Del estado de jubilado se puede predicar su extinción, mas no su prescripción. Este último fenómeno solo se presenta en cuanto a las mensualidades que debe percibir el trabajador una vez hecha la solicitud de reconocimiento con los requisitos de rigor, y que no recibe por su negligencia. La prescripción, en tal caso, determina la pérdida de aquellas mensualidades que se dejen de cobrar dentro del lapso a que se refiere el artículo 151 del C.P.T. y su operancia es similar a la conocida para los salarios, con la diferencia de que para aquella prestación, como se trata de reconocimientos mensuales, irá corriendo mes por mes..." (Sentencia de diciembre 18 de 1954, juicio de R. Reyes contra Fábrica de Tejidos Obregón, S. A.).

3. En vista de que el artículo 11 del Decreto 1600 de 1945 se aplica también a los empleados departamentales, y la sentencia se ocupa del tema de la opción entre jubilación y cesantía, examina la Sala el reparo de la acusación.

Dos regulaciones contiene el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945: la primera establece el derecho a la pensión, y la segunda consagra el principio de que la jubilación excluye la cesantía, con la salvedad de que la parcial no tiene otro efecto que el de deducir su monto del valor de la pensión en cuotas que no excedan del veinte por ciento.

La regla segunda, artículo 11 del Decreto 1600, dispone que el empleado u obrero puede optar entre la pensión jubilatoria y el auxilio de cesantía, y dice que si ésta es parcial, no se presumirá que ha escogido dicha prestación.

Es notoria la diferencia entre la exclusión de la jubilación por la cesantía, establecida en la norma de la Ley 6ª y la opción entre uno y otro derecho, de que trata la disposición del Decreto 1600. El primer sistema preserva el derecho a la jubilación, aún en el supuesto de liquidación y pago de la cesantía definitiva, según doctrina de la jurisprudencia. El segundo lleva a la conclusión de que recibida la cesantía definitiva, el trabajador ha perdido el derecho a la jubilación. Tal conclusión ha sido rechazada por la casación del trabajo; sostiene ella que el principio aceptado es el de la exclusión.

El precepto de la Ley 6ª y el del Decreto son de naturaleza sustancial: el de la Ley consagra el derecho de exclusión y el del Decreto el de la opción, cuyas consecuencias se han puesto de relieve. En tal virtud precisa examinar las dos reglas legales, con el objeto de saber si ambas tienen fuerza obligatoria y, de consiguiente, cuál de ellas debe prevalecer.

El Decreto 1600 de 1945, como lo reza su título, fue dictado por el Gobierno en uso de sus facultades legales y, en especial, de las que le otorgó el Congreso por el artículo 18 de la Ley 6ª del mismo año. De acuerdo con esta disposición, el Ejecutivo fue autorizado para organizar la Caja de Previ-

sión Social de los empleados y obreros nacionales, a cuyo cargo estaría el reconocimiento y pago de las prestaciones consagradas en el artículo 17 de la ley citada, organización que debía hacer antes del 1º de julio del año mencionado. La autorización es precisa en cuanto a su objeto y ámbito temporal, ajustada a lo preceptuado por el artículo 76, numeral 12 de la Constitución. La Caja debía pagar las prestaciones establecidas por la nombrada ley (artículo 17) en la forma y términos en ella consignados; para este fin, concreto y determinado, facultó la ley al Organo Ejecutivo, no para variar el contenido de los derechos reconocidos a los trabajadores nacionales en la prementada norma de la Ley 6ª y no puede remitirse a duda que la institución de la opción implica un cambio sustancial del derecho de exclusión que instituye la disposición de aquella ley, en perjuicio de los servidores oficiales. No encaja la disposición del Decreto-Ley dentro de los límites de la facultad extraordinaria, sino que la rebasa, motivo suficiente para concluir que debe aplicarse de preferencia la de la Ley 6ª. El anterior concepto encuentra apoyo suficiente en la jurisprudencia constitucional de la Corte.

A conclusión distinta no podría llegarse por el hecho de haberse fundado también el Decreto en otras facultades legales, pues si con ello quiso referirse a las que tiene el Ejecutivo para el desarrollo de todas las leyes, conforme a lo previsto por el artículo 120, numeral 3º de la Ley Fundamental, esa potestad no lo autoriza para sustituir al Organo Legislativo. A este respecto, la Corte, en sede constitucional, ha sentado esta doctrina: "El Gobierno (al ejercer la potestad reglamentaria de la ley, no se convierte en legislador; no puede él variar en lo más mínimo lo que pudiera llamarse la sustancia de la voluntad del legislador consignada en la ley; lo que le está encomendado es la reglamentación, dejando intacta la esencia y el espíritu de la disposición que reglamenta". (G.J. t. LXXXII, Nos. 648 y 1906).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., ocho de junio de mil novecientos sesenta y cinco. (Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, interpuesto por la parte demandada en el juicio ordinario laboral seguido por José A. Puello Martínez contra el Departamento de Bolívar y su Industria Licorera, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena.

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda que Puello Martínez trabajó en la Industria Licorera del Departamento, antiguo Monopolio de Licores, sin interrupción, desde el 4 de noviembre de 1932 hasta el 10 de febrero de 1954; que en esta última fecha cumplió setenta y dos años y medio de edad; que en octubre de 1959 le solicitó a la Industria Licorera el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, a lo cual se negó, quedando así agotada la vía gubernativa.

Con base en tales hechos pidió el demandante que el Departamento y la Industria Licorera fueran condenados a pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación y la cesantía excedente.

La respuesta a la demanda se atiene a los hechos que se prueben en el juicio. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de derecho para pedir, prescripción y pago; funda la última en el hecho de que el actor, habiendo adquirido el derecho a la jubilación, optó por la cesantía definitiva, que recibió del patrono.

La sentencia de primer grado, dictada por el Juzgado 2º del Trabajo de Cartagena, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y, en consecuencia, condenó a la Industria Licorera a pagar a Puello Martínez una pensión jubilatoria de $ 155.00 mensuales a partir del 1º de noviembre de 1952, facultándola para descontar de su valor la suma de $ 31,10, recibida por aquél a título de cesantía.

La parte demandada apeló de la anterior providencia; la sentencia que resolvió el recurso de alzada, proferida por el Tri-

bunal Superior de Cartagena, condenó al Departamento de Bolívar a pagar al demandante, por conducto de la Industria Licorera, una pensión de $ 146,66 a partir del 10 de febrero de 1954, y de $ 195,66 desde el 1º de enero de 1960; ordena que el actor reintegre al Departamento la suma de $ 588,75, lo que podrá hacer compensando la deuda con las mesadas hasta la concurrencia de sus valores; autoriza al Departamento para retener hasta el 20% de lo correspondiente a cada pensión hasta reintegrarse la suma de $ 1.793.03, recibida por el demandante a título de cesantía parcial; y, por último, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

La sentencia impugnada

La motivan estas consideraciones:

En el juicio se acreditó plenamente que Puello Martínez trabajó al servicio de la Industria Licorera de Bolívar, sin interrupción, de 1932 a 1954; que en octubre de 1959 tenía de 70 a 75 años de edad, aproximadamente, de manera que en febrero de 1954 en que terminó el contrato de trabajo, excedía de los 50. Cita y analiza las pruebas que demuestran los hechos mencionados.

Con base en tales presupuestos, expone: los empleados y obreros al servicio de los departamentos tienen derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, conforme a lo prescrito por el Decreto 2767 del mismo año, cuando lleguen o hayan llegado a 50 años de edad, después de 20 años de servicios continuos o discontinuos. En vista de que el actor reune los requisitos anotados, concluye que tiene derecho a la pensión de jubilación que reclama, que liquida conforme a lo prescrito por la Ley 65 de 1946, artículo 3º y la 77 de 1959.

Establecido el derecho, estudia las excepciones propuestas por la parte demandada denominadas inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, que declara no probadas; en relación con las otras dos, dice lo siguiente:

Prescripción

Como lo anota el fallo del a-quo se interrumpió por obra de la solicitud presentada al patrono por Puello Martínez en octubre de 1959 sobre reconocimiento de la pensión, decidida negativamente en agosto de 1960; se constató en la inspección ocular practicada en las oficinas de la Industria Licorera que el actor había solicitado antes, en 1957, el pago de la pensión, sin que se tomaran datos sobre la forma en que fue resuelta, que debió ser adversa al peticionario puesto que ahora la reclama judicialmente.

Pago

El demandante hace consistir esta excepción en que al actor le fue cubierto el auxilio de cesantía cuando había adquirido el derecho a la jubilación, y que éste es incompatible con aquél, a lo cual observa el Tribunal: cuando coexisten los dos derechos, el trabajador puede escoger el más conveniente, pero para que la opción sea válida, la elección debe hacerla con entera libertad, porque como lo ha dicho la jurisprudencia (sentencia de casación de fecha 31 de octubre de 1952), la opción no se presume, "ya que se refiere a un acto del trabajador acerca de derechos que la ley le reconoce y que, por ello, debe ser expreso y claro".

A continuación estudia el Tribunal si en el juicio aparece acreditado el hecho de haber optado el demandante por el auxilio de cesantía, y dice al respecto: A folio 28 del expediente obra una carta suscrita por Héctor Herazo Pinedo como autorizado por el demandante, que no sabe firmar, en la que se afirma que una vez recibida la cesantía renuncia expresamente a cualquier reclamo por jubilación; pero el actor, al absolver posiciones, manifiesta que solo pidió a Herazo Pinedo que firmara la cuenta que recibió por cesantía. No demuestra, pues, el documento, anota el fallador, que el trabajador hubiera optado expresamente por el auxilio de cesantía; además, hay indicios en el expediente relacionados con su deseo de escoger la jubilación, como lo son el de que la hubiera pedido anteriormente en 1957, se-

gún aparece de la inspección ocular, y su tenacidad en insistir en ella al instaurar el presente juicio.

Desecha, en consecuencia, las excepciones de pago y prescripción.

La demanda de casación

Se acoge a la causal primera, y con base en ella solicita que la Corte case la sentencia del ad-quem y, en su lugar, absuelva a la Industria Licorera de Bolívar de todos los cargos que le hace la demanda promotora del juicio.

Formula tres cargos, así:

Primer cargo

Violación directa del artículo 151 del CPL, por falta de aplicación, y de los artículos 3º de la Ley 65 de 1946 y 17, ordinal b), de la Ley 6ª de 1945, y a Ley 77 de 1959, por aplicación indebida.

Sostiene el recurrente que el artículo 151 del CPL., fija en tres años el término de la prescripción de las acciones que emanan de las leyes sociales, norma que se aplica a los trabajadores oficiales vinculados a la administración con contrato de trabajo o sin él, como lo ha sostenido la Corte en las dos sentencias que cita; que las peticiones de Puello Martínez a la Industria Licorera, de 27 de mayo de 1957 y octubre de 1959, que el Tribunal estimó suficientes para interrumpir la prescripción del derecho reclamado, ocurrieron cuando ya la prescripción había producido sus efectos, pues entre el 10 de febrero de 1954, fecha en que expiró el contrato, y el 27 de mayo de 1957, corrieron más de tres años.

Segundo cargo

Violación de los artículos 17, ordinal b) de la Ley 6ª de 1945, 3º de la Ley 65 de 1946 y 11, regla 2ª, del Decreto-Ley 1600 de 1945, por errónea interpretación.

En apoyo del cargo, la acusación razona de este modo:

Dice la regla segunda del Decreto 1600 de 1945: "El empleado u obrero podrá optar entre la pensión de jubilación y el auxilio de cesantía; las liquidaciones parciales, préstamos y anticipos de cesantía anteriores al nacimiento del derecho a la jubilación, no harán presumir que ha optado por la cesantía sino que darán lugar a las deducciones autorizadas por la ley", luego la opción sí se presume cuando se solicita la liquidación definitiva de la cesantía con posterioridad al nacimiento del derecho a la jubilación. Y fue esto lo que ocurrió en el caso de autos, porque en 1954, como lo admite la sentencia, el actor debía tener una edad entre 70 y 75 años, y para ese entonces ya había cumplido, como lo afirma la demanda de instancia, veinte años de servicios.

Anota el cargo que no cabe la exégesis de la Corte, según la cual el artículo 266 del CST, cambió el sistema de la opción por el de la exclusión, es decir, que el trabajador particular no puede escoger entre la cesantía y la pensión jubilatoria, llegado el caso, sino que le corresponde la pensión, debiendo devolver, para gozar de ésta, lo que haya recibido por cesantía, porque esa doctrina no es aplicable al trabajador vinculado a la administración por contrato de trabajo, sino la legislación anterior al nombrado Código; y que tampoco es de recibo el concepto del Tribunal de que para que la opción sea válida se supone que deba operarse entre prestaciones equivalentes y que el empleado escoja con entera libertad, porque la norma del Decreto 1600, regla 2ª, no subordina su aplicación al factor equivalencia.

Tercer cargo

Violación indirecta de las mismas normas que señala el cargo anterior, por mala apreciación del haz probatorio.

En sustentación del cargo transcribe el impugnante los pasos de la sentencia destinados al análisis de la renuncia del actor al derecho a la jubilación, contenida en la carta corriente al folio 28, suscrita en nombre de aquél por Héctor Herazo Pinedo, renuncia que no acepta por haber negado el

demandante en posiciones autorización en tal sentido, y luego expone: A folios 28 y 29 obran dos documentos, el primero de fecha 1º de marzo de 1954, y el segundo del 1º de abril siguiente, suscritos por Héctor Herazo Pinedo, autorizado por Puello Martínez por no saber éste firmar; el de marzo solicita la liquidación de la cesantía, y el de abril contiene la liquidación. Puello acepta el segundo pero no el primero, lo cual es contrario a la cinemática de los hechos, ya que las liquidaciones de cesantía de las entidades oficiales son siempre provocadas, es decir, las hacen previa la correspondiente petición. Concluye la acusación: "En derecho laboral rige el principio del convencimiento racional, lo que me da margen para solicitar a ustedes que le den valor probatorio a los ameritados documentos, en su integridad armónica".

En cuanto al primer cargo, la Sala considera:

1. Confunde el recurrente dos situaciones jurídicas distintas: el derecho a la jubilación o estado de jubilado y el derecho a la pensión mensual vitalicia, efecto jurídico de ese estado. El primero se adquiere desde que el trabajador haya prestado servicios por 20 años y cumplido una edad de cincuenta; el segundo surge a la vida legal a partir de la fecha del reconocimiento de la pensión, sin perjuicio de que comience a operar desde el momento en que se reunan los dos presupuestos que configuran el derecho a la jubilación. Se mantiene éste mientras subsista la condición resolutoria de que depende (la vida del beneficiario) o, en otros términos, se extingue con su muerte. Cada mensualidad origina una obligación y, por consiguiente, un título independiente para exigir su pago. El derecho a la jubilación es la causa; el de la pensión su efecto; sin el primero no se da el segundo, pero es éste y no aquél el que produce obligaciones personales o derechos de crédito. Solo del derecho a las cuotas o mesadas puede hablarse de prescripción; el que se tiene para pedir la jubilación no es susceptible de extinguirse por ese medio. Si reunidos los dos presupuestos en que se funda, el trabajador no lo reclama, nada le impide exigirlo en cualquier tiempo; en esa hipótesis, la única consecuencia sería, reconocida la jubilación, la pérdida de las mesadas vencidas, si el deudor alega la prescripción.

Huelga decir que si el derecho a percibir la pensión, muerto el beneficiario, se transmite a determinados herederos del mismo, por cierto tiempo, como lo disponen las leyes hoy vigentes, no por ello deja de ser cierto el hecho de que con el fallecimiento del pensionado expira el derecho a la jubilación; si su efecto jurídico —pago de la pensión— se prolonga después de su muerte, el fenómeno obedece a consideraciones de interés público y de previsión social.

2. Presupuesto de toda prescripción extintiva es el de que el derecho respecto del cual se hace valer sea exigible, conforme a lo previsto por el artículo 2535 del CC. La prescripción trienal que establece el artículo 151 del CPL., en relación con las acciones que nacen de las leyes sociales, toma también como punto de partida para el cómputo del plazo, la exigibilidad de la obligación. No se puede aplicar esta regla a derecho a la jubilación o estado de jubilado, porque considerado aisladamente, con independencia de sus efectos, no surgen de él obligaciones exigibles. Aun aceptando el criterio del acusador, esto es, equiparando ese derecho con el que se tiene para exigir las cuotas mensuales, una vez reconocida la pensión, para que aquél pudiera terminar por prescripción sería necesario que también fueran exigibles las cuotas mensuales futuras por devengar, conclusión a todas luces opuesta a lo prescrito por el citado artículo 151, para cuya aplicación se requiere que la respectiva obligación se haya hecho exigible, condición que no llenan las mesadas que no se hayan causado.

3. No regula la ley, de manera expresa, la prescripción de créditos fraccionados, como lo hacen otras legislaciones, v.gr. la francesa, respecto de los cuales cada una de las porciones en que se divide la obligación única da lugar a un nuevo plazo, independiente, que corre desde el momento en que pueda establecerse el reclamo judicial, como lo anotan los expositores Planiol y Ripert

en su "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". (T. VII, p. 694). Sin embargo, la ausencia de normas al respecto llevaría a la misma conclusión que apuntan los nombrados tratadistas, ya que las citadas antes requieren para que opere la prescripción la exigibilidad de la obligación, y si la pensión se causa mes por mes, esta unidad de tiempo marca el período inicial para la producción del fenómeno extintivo.

En conclusión, la naturaleza misma del derecho a la jubilación impide su aniquilamiento por prescripción, como lo tiene decidido la casación del trabajo. En efecto, al estudiar la Institución dijo el Tribunal Supremo: "Ese estado (el de jubilado) no puede prescribir; de él no puede afirmarse que se pierde por el transcurso del tiempo. La única eventualidad que lo hace desaparecer de la vida jurídica es la muerte del trabajador... Del estado de jubilado se puede predicar su extinción más no su prescripción. Este último fenómeno solo se presenta en cuanto a las mensualidades que debe percibir el trabajador una vez hecha la solicitud de reconocimiento con los requisitos de rigor, y que no recibe por su negligencia. La prescripción, en tal caso, determina la pérdida de aquellas mensualidades que se dejen de cobrar dentro del lapso a que se refiere el artículo 151 del CPL., y su operancia es similar a la conocida para los salarios, con la diferencia de que para aquella prestación, como se trata de reconocimientos mensuales, irá corriendo mes por mes...". (Sentencia de diciembre 18 de 1954, juicio de R. Reyes contra Fábrica de Tejidos Obregón, S. A.).

4. Si entre la fecha de expiración del contrato de trabajo (10 de febrero de 1954) y la de interrupción de la prescripción por el reclamo del empleado (27 de mayo de 1957) transcurrieron más de tres años, ello habría podido servir para sostener que las cuotas pensionales vencidas tres años antes de la fecha del reclamo, se hallaban prescritas, conforme a lo previsto por el artículo 151 de CPL., pero no para concluir que el derecho a la jubilación se había extinguido también por prescripción, como lo afirma el acusador.

5. Entendido el precepto citado en el sentido que se deja expuesto, dijo la Corte, en las sentencias que cita el recurrente, que era aplicable a los trabajadores vinculados a la administración pública por contrato de trabajo respecto de los derechos que las leyes les otorgan; no es, pues, pertinente darles a esos fallos un alcance que no tienen.

No prospera el cargo.

El segundo cargo acusa violación, por interpretación errónea, de estas normas:

De la Ley 6ª de 1945, el ordinal b) del artículo 17. El precepto establece una pensión de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, que llenen los requisitos allí especificados y en la cuantía que determina ($ 30.00 a $ 200.00 mensuales); dispone además: "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 veinte por ciento de cada pensión".

De la Ley 65 de 1946 el artículo 3º. De acuerdo con el texto la pensión de jubilación será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

Del Decreto-Ley 1600 de 1945, la regla 2ª de su artículo 11. Dice el aparte citado por el recurrente: "El empleado u obrero podrá optar entre la pensión de jubilación y el auxilio de cesantía; las liquidaciones parciales, préstamos y anticipos de cesantía, anteriores al vencimiento del derecho a la jubilación, no harán presumir que ha optado por la cesantía sino que darán lugar a las deducciones autorizadas por la ley...".

De la anterior disposición deduce el acusador que como el demandante pidió la liquidación definitiva de la cesantía y obtuvo su pago cuando ya había adquirido el derecho a la jubilación, se presume que optó

por aquélla, no teniendo por consiguiente derecho a la otra prestación. Aduce el argumento para sostener que el Tribunal interpretó erróneamente la disposición del decreto al afirmar que la opción no se presume sino que exige declaración expresa y clara del trabajador, en oposición a lo que reza el texto de la norma, que, por lo mismo viola, como las demás ya citadas.

La Sala observa: dedujo la sentencia el derecho a la pensión del Decreto 2767 de 1945, en relación con los artículos 17 de la Ley 6ª del mismo año y del 3º de la Ley 65 de 1946. El decreto, en su artículo 1º dice que, con las solas excepciones en él previstas, los empleados y obreros al servicio de un departamento, intendencia, comisaría o municipio, tienen derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª citada y el artículo 11 de Decreto 1600 de 1945 para los empleados y obreros de la Nación.

Ahora bien: el demandante le prestó servicios al Departamento de Bolívar en su industria de licores y de él reclama el pago de la pensión; por tanto, integran la proposición jurídica no solo los mandatos citados de las Leyes 6ª y 65 y del Decreto 1600, sino también el contenido en el artículo 1º del Decreto 2767, y como el cargo no acusa violación de este último, aquélla resulta incompleta, y, en consecuencia, inestimable.

Con todo, en vista de que el artículo 11 del Decreto 1600 se aplica también a los empleados departamentales, y la sentencia se ocupa del tema de la opción entre jubilación y cesantía, examina la Sala el reparo de la acusación.

Dos regulaciones contiene el artículo 17 de la Ley 6ª; la primera establece el derecho a la pensión, y la segunda consagra el principio de que la jubilación excluye la cesantía, con la salvedad de que la parcial no tiene otro efecto que el de deducir su monto del valor de la pensión en cuotas que no excedan del 20 por ciento.

La regla 2ª, artículo 11 del Decreto 1600, dispone que el empleado u obrero puede optar entre la pensión jubilatoria y el auxilio de cesantía, y dice que si ésta es parcial, no se presumirá que ha escogido dicha prestación.

Es notoria la diferencia entre la exclusión de la jubilación por la cesantía, establecida en la norma de la Ley 6ª y la opción entre uno y otro derecho, de que trata la disposición del Decreto 1600. El primer sistema preserva el derecho a la jubilación, aún en el supuesto de liquidación y pago de la cesantía definitiva, según doctrina de la jurisprudencia; el segundo lleva a la conclusión de que recibida la cesantía definitiva, el trabajador ha perdido el derecho a la jubilación. Tal conclusión ha sido rechazada por la casación del trabajo; sostiene ella que el principio acertado es el de la exclusión.

En efecto, el Tribunal Supremo, en pro de la tesis enunciada y con referencia al artículo 14 de la Ley 6ª de 1945, en esencia igual al 17 de la misma, presenta estas consideraciones, que la Sala acoge:

"Así las cosas, resulta a ojos vistas que la opción explícita en el artículo 28 del Decreto 652 de 1935, fue abandonada por el legislador a partir de la Ley 6ª de 1945, cuyo artículo 14 es el natural antecedente del artículo 266 del Código actual.

"Es incuestionable sin embargo que la pensión de jubilación y el auxilio de cesantía son, en su disfrute, de coexistencia incompatible. Y es en gracia de esta incompatibilidad que la jurisprudencia ha venido sosteniendo que el artículo 266 consagró no solamente la exclusión de la cesantía por la jubilación, sino la de ésta por aquélla, cuyo resultado no podía ser otro que la opción a manos del trabajador entre dos prestaciones legalmente equivalentes.

"Otro es el alcance del artículo 266 del C.S.T., pues optar significa elegir una entre varias prestaciones, y excluir traduce rechazar, desalojar, hacer imposible el advenimiento de una cosa. Optar requiere la existencia de obligación alternativa. Estas se caracterizan porque los objetos de la misma obligación son varios, uno de los cua-

les, a elección del optante, redime la totalidad de la obligación.

"En la opción, facultad de elegir, hay vocación del trabajador a los varios objetos de la obligación patronal y sobre uno de ellos se concreta su elección, para que una de las prestaciones —debidas alternativamente— satisfaga el cumplimiento de la obligación patronal. Es en este momento de la concentración cuando el contenido de la acreencia, que hasta entonces no era determinado, se transforme en contenido determinado. El derecho de elección es, pues, un derecho de formación. Y la prestación elegida se considera como la única que el patrono debía desde el comienzo. Por implicar la opción una determinación unilateral recepticia, cuando se consuma eficazmente, es irrevocable.

"Lo mismo que la exclusión, la opción puede fundarse en la convención o en la ley, pero el fenómeno de la exclusión anula toda posibilidad de elegir.

"En la exclusión de un derecho por otro es el legislador quien predetermina cuál entre varios derechos del trabajador ha de ser satisfecho por el patrono, sin que intervenga para nada su voluntad o la del beneficiario.

"Debe concluirse ya que la prevalencia de la jubilación sobre la cesantía es de carácter privativo, y que no cabe optar entre dos derechos que se excluyen, cuyo origen y naturaleza son diversos, que obedecen en su formación a presupuestos jurídicos no coincidentes y cuya finalidad es distinta. Que la cesantía es una prestación de carácter ordinario para atender al trabajador en su estado de cesante, y que la jubilación es de carácter especial, referida a una edad en la que se presume que la decadencia física del trabajador le impone descanso. La cesantía es prestación transitoria y la jubilación cubre los días que restan de la vida al trabajador. Solo a través de este entendimiento adquiere la jubilación la especial entidad y jerarquía que quiso concederle el legislador y atiende a sus fines primordiales"

En cuanto a la devolución de la cesantía definitiva por el trabajador que tiene derecho a la jubilación, observa la misma sentencia del Tribunal Supremo, que de la incompatibilidad entre las dos prestaciones, su jurisprudencia había sentado la doctrina de que debía restituir en un solo contado lo recibido por cesantía como condición previa para el disfrute de la jubilación: "Mas —anota la referida sentencia— una meditación detenida y serena sobre el particular conduce a la seguridad de que si bien ello es lógico dentro de la teoría optativa que hasta ahora ha propiciado la jurisprudencia de esta Superioridad, no lo sería igualmente a partir de la fecha en que aceptara, como en realidad lo acepta, que el derecho de jubilación excluye el auxilio de cesantía. Pues en muchas ocasiones ocurriría que la imposibilidad del trabajador para conseguir lo adeudado por cesantía, haría inoperante el fenómeno de la exclusión legalmente imperativo, desquiciando por su base la finalidad y ordenamiento del sistema'. Se deduce de las anteriores consideraciones que el recibo de la cesantía definitiva, cuando se tenía el derecho a la jubilación, no conduce a la pérdida de ésta. (Sentencia de 18 de diciembre de 1954) Juicio de Carlos Cuervo Olaya contra Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.).

El precepto de la Ley 6ª y el del decreto son de naturaleza sustancial: el de la ley consagra el derecho de exclusión y el del decreto el de la opción, cuyas consecuencias se han puesto de relieve. En tal virtud precisa examinar las dos reglas legales con el fin de saber si ambas tienen fuerza obligatoria y, de consiguiente, cual de ellas debe prevalecer.

El Decreto 1600 de 1945, como lo reza su título, fue dictado por el Gobierno en uso de sus facultades legales, y, en especial, de las que le otorgó el Congreso por el Art. 18 de la Ley 6ª del mismo año. De acuerdo con esta disposición, el Ejecutivo fue autorizado para organizar la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, a cuyo cargo estaría el reconocimiento y pago de las prestaciones consagradas en el Art. 17 de la ley citada, organización que

debía hacer antes del 1º de julio del año mencionado. La autorización es precisa en cuanto a su objeto y ámbito temporal, ajustada a lo preceptuado por el Art. 76, numeral 12 de la Constitución. La Caja debía pagar las prestaciones establecidas por la nombrada ley (Art. 17) en la forma y términos en ella, consignados", para este fin, concreto y determinado, facultó la ley al órgano ejecutivo, no para variar el contenido de los derechos reconocidos a los trabajadores nacionales en la prementada norma de la Ley 6ª y no puede remitirse a duda que la institución de la opción implica un cambio sustancial del derecho de exclusión que instituye la disposición de aquela ley, en perjuicio de los servidores oficiales. No encaja la disposición del decreto-ley dentro de los límites de la facultad extraordinaria, sino que la rebasa, motivo suficiente para concluir que debe aplicarse de preferencia la de la Ley 6ª. El anterior concepto encuentra apoyo suficiente en la jurisprudencia constitucional de la Corte.

A conclusión distinta no podría llegarse por el hecho de haberse fundado también el decreto en otras facultades legales, pues si con ello quiso referirse a las que tiene el Ejecutivo para el desarrollo de todas las leyes, conforme a lo previsto por el Art. 120, numeral 3º de la Ley Fundamental, esa potestad no lo autoriza para sustituir al órgano legislativo. A este respecto, la Corte, en sede constitucional, ha sentado esta doctrina: "El gobierno, al ejercer la potestad reglamentaria de la ley, no se convierte en legislador; no puede él variar en lo más mínimo lo que pudiera llamarse la sustancia de la voluntad del legislador consignada en la ley; lo que le está encomendado es la reglamentación, dejando intacta la esencia y el espíritu de la disposición que reglamenta". (G. J. T. 82 números 648 y 1906).

No prospera el cargo.

En relación con el tercer cargo, la Sala observa:

Afirma que el Tribunal hizo una mala interpretación de todo el haz probatorio, pero como de éste señala únicamente dos documentos y la confesión provocada del actor, a esas pruebas limitará la Sala su examen, con sujeción a lo previsto por el Art. 90 del C. P. L., literal b) de su numeral 5º.

Aunque no lo exprese la acusación, lo que pretende demostrar es error de hecho por equivocada estimación de las tres pruebas y, como consecuencia, violación de los preceptos legales que cita, y en tal sentido lo tomará la Sala.

Las pruebas mal apreciadas, son las siguientes:

a) Documento del folio 28.

Es una nota del 1º de marzo de 1954, dirigida al Gerente de la Industria Licorera, suscrito por Héctor Herazo Pinedo en nombre de José A. Puello Martínez, quien reza su texto, "no sabe firmar". Previa la afirmación de que Puello le prestó servicios a la Industria Licorera de 1931 a 1954, se solicita en la nota la liquidación de la cesantía y a la vez se hace la declaración de que efectuada la liquidación, el empleado renuncia a cualquier reclamo por concepto de jubilación.

b) El documento del folio 29.

Aparece fechado el 1º de abril de 1954; contiene la liquidación de la cesantía por el tiempo servido de enero de 1942 a 10 de febrero de 1954; lo firma por el demandante, en la misma forma que el anterior, Héctor Herazo Pinedo.

c) Confesión del demandante en posiciones (Fl. 36).

En la respuesta a la pregunta primera acepta que recibió el valor de la cesantía a que se refiere el documento del folio 29, y que para tal fin autorizó a Herazo Pinedo; y en la contestación a la pregunta segunda, en donde se afirma si es o no cierto que Herazo firmó a ruego del absolvente la nota del folio 28, expuso: Herazo firmó la cuenta por cesantía con su autorización, pero

no lo facultó para renunciar a la jubilación, porque, son sus palabras textuales: "no puedo renunciar al pan de cada día".

El concepto del Tribunal es el de que del documento del folio 28 no se deduce que el actor hubiera optado expresamente por la cesantía, concepto que refuerza con la negativa dada por aquél de que hubiera autorizado a Herazo Pinedo para renunciar a la jubilación.

En el supuesto de que el ad-quem hubiera incurrido en error de hecho al sostener que el demandante no escogió la cesantía, conservando por consiguiente el derecho a la jubilación, no por ello habría lugar a la quiebra del fallo, porque como lo expuso la Sala al estudiar el segundo cargo, en vista de la incompatibilidad entre el sistema de la opción a que se refiere el Art. 11 del Decreto 1600 de 1945 y el de la exclusión de que trata el Art. 17, literal b) de la Ley 6ª del año citado, es inaplicable el instituido en la disposición del decreto. No eran, pues, pertinentes las consideraciones que hace la sentencia sobre el tema de la opción; apenas darían lugar a su rectificación, cometido que la Corte ha dejado satisfecho al fijar el sentido de la previsión de la ley y la del decreto. Por lo demás, es sabido que la ley niega validez a la renuncia que haga el trabajador de sus derechos, de manera que esta sola consideración excluye el error de hecho de que se acusa la sentencia al negarle mérito probatorio al documento que contiene la renuncia a la jubilación.

El cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Sin costas en el recurso.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE CASACION. — RESPONSABILIDAD DE LA NACION POR PRESTACIONES DE SUS EMPLEADOS. — LA APLICACION DE UNA LEY DEROGADA IMPLICARIA VIOLACIONES POR VIA DIRECTA Y NO POR ERRORES DE HECHO.

El ejercicio del derecho de petición y el procedimiento gubernativo. — En materia laboral no quedó consagrado como motivo de casación el Ord. 6º del Art. 520 del C. J. — Error de hecho que no incide en la parte resolutiva de la sentencia. — Proposición jurídica incompleta, ineficaz para invalidar el fallo acusado. — La Nación, y no la Caja de Previsión, es quien debe las prestaciones a sus empleados.

1. Si, como se afirma en la acusación, la Ley 24 de 1947 quedó tácitamente derogada por el Decreto número 2733 de 1959, que reglamenta íntegramente el ejercicio del derecho de petición y el procedimiento gubernativo, el error sería de juicio, y no de hecho; la infracción de las normas pertinentes sería directa y no indirecta, y la formulación del gravamen a través de una errada apreciación probatoria carecería por eso solo de eficacia.

2. Como el acusador invoca el Art. 448 del C. J., recuérdese que en la casación laboral no se reprodujo, entre las causales del recurso extraordinario, la consagrada en el ordinal 6º del Art. 520 ibídem para la casación civil, cuya extensión al rito del trabajo apenas se contempla en un futuro próximo a virtud de uno de los decretos de la reforma judicial. Y de haber sido procedente esa causal, tampoco habría servido de respaldo a la impugnación porque la respectiva nulidad fue objeto de reclamo y de rechazo ejecutoriado en las instancias (Art. 449, Ord. 2º, del C. J.).

3. De lo acreditado en el expediente por el Director y el Pagador de la Caja Nacional de Previsión, Seccional del Norte de Santander, no se desprende que el actor no haya sido afiliado a la Caja en la época en que prestó sus servicios a la zona de carreteras nacionales de Pamplona, como lo estimó el sentenciador. Ni podía deducirse esa circunstancia, porque la afiliación de los trabajadores oficiales de la Nación a la Caja era forzosa, conforme a los Arts. 1º y 2º del Decreto número 1600 de 1945, y no voluntaria ni subordinada al examen médico de admisión ni al pago de los respectivos aportes

El error de hecho que el recurrente le imputa a la sentencia es, pues, evidente.

Pero ese error no incide en la parte resolutiva del fallo impugnado porque, afiliado o no a la Caja, el empleado es acreedor a la cesantía por sus servicios a la Nación, y esta última, que no la Caja, es quien adeuda la prestación, conforme al Art. 17 de la Ley 6ª de 1945.

Pese a su autonomía administrativa, a su personalidad jurídica y a su patrimonio propio, "independiente de los bienes y fondos del Estado", la Caja Nacional de Previsión (como las instituciones similares de los Departamentos y Municipios) es un

simple organismo encargado del reconocimiento y pago de las prestaciones que la Nación llegue a deber a sus servidores, tanto los vinculados por un nexo legal y reglamentario como los ligados por un contrato ficto de trabajo. Así lo tiene recibido la jurisprudencia de esta Sala (véase, entre otras, la sentencia de 30 de julio de 1964, caso de Manuel A. Rojas contra el Distrito de Bogotá y Empresa de Acueducto).

Bien encaminada estuvo, en consecuencia, la acción y procede la aplicación que hizo el ad-quem de la norma de derecho sustancial, sin que ello obste para el reembolso que la Nación pueda reclamar de la Caja de Previsión a la que había cometido el pago de esta prestación.

4. Basta observar que la disposición sustantiva cuya violación se atribuye a la sentencia, el Decreto número 797 de 1949, sustitutivo del Art. 52 del Decreto número 2127 de 1945, es apenas reglamentario de la Ley 6ª de 1945, de donde su invocación en el recurso extraordinario, sin referirla a la correspondiente norma legal reglamentada, no constituye una proposición jurídica completa, susceptible de examen que pueda conducir a la invalidación de lo fallado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., junio nueve de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

Jaime Villamizar Lamus prestó sus servicios profesionales como odontólogo al personal de trabajadores de la Zona de Carreteras Nacionales de Pamplona, mediante contrato escrito, desde el 1º de junio de 1959 hasta el 15 de marzo de 1961.

El 18 de noviembre de este último año reclamó por escrito, del Ingeniero Jefe de la zona, la liquidación y pago de las prestaciones que le correspondían, sin que, al menos hasta septiembre de 1962, obtuviera respuesta alguna.

Demandó entonces, ante el Juzgado Civil del Circuito de Pamplona, a la Nación, y al contestar el libelo, a nombre de ésta, el Jefe de la zona propuso las excepciones dilatorias de inepta demanda y declinatoria de jurisdicción, fundándose en que no se había agotado la vía gubernativa.

El Juzgado declaró no probadas tales excepciones por cuanto el silencio de la Administracion al reclamo de Villamizar excedió del mes previsto en el parágrafo 1º del Art. 7º de la Ley 24 de 1947, que estima vigente, decisión que, apelada por el agente del Ministerio Público, fue confirmada por el Tribunal Superior de Pamplona.

Adelantada la litis, el mismo Juzgado la desató condenando a la Nación a pagarle al actor $ 1.124.64 por cesantía, $ 400.00 por vacaciones, a $ 766.65 por prima de Navidad y $ 14.380.00 por "salarios caídos".

Por apelación del Jefe de la Zona de Carreteras, subieron los autos nuevamente al Tribunal mencionado, cuya Sala Laboral, con salvamento de voto de uno de sus integrantes, confirmó el fallo del a-quo en providencia que, impugnada por la Nación, entra a examinar la Corte.

El recurso persigue que se infirme la aludida sentencia, con apoyo en la primera causal de casación laboral y mediante el enunciado de tres cargos, todos por vía indirecta a causa de errores de hecho. No hubo escrito de oposición.

El primer cargo, bajo el rubro de "incompetencia de jurisdicción", se contrae al aspecto debatido y resuelto en el incidente de excepciones dilatorias, replanteado ahora como causal de nulidad "conforme al Art. 448 del C. J.".

Según la acusación, el sentenciador "estimó agotado el procedimiento gubernativo con base en el documento que obra a folio 5 del cuaderno principal", o sea la copia del reclamo de prestaciones dirigido por el actor al Jefe de la Zona de Carreteras Nacionales de Pamplona, en noviembre de 1961, con violación del Art. 18 del Decreto 2733 de 1959, error de hecho que lo indujo a la aplicación indebida de las normas de

derecho sustancial en que se fundan las condenas.

Agrega el impugnante: "De acuerdo con el texto transcrito, la vía gubernativa se entiende agotada únicamente en los siguientes eventos: a) Cuando las providencias o actos de la administración son creadoras de una situación jurídica general, impersonal u objetiva, caso en el cual no proceden los recursos de reposición y apelación; b) Cuando se han decidido los recursos de reposición y apelación; y c) Cuando interpuestos estos recursos, haya transcurrido un mes sin que sobre ellos recaiga decisión resolutoria. Es, pues, presupuesto necesario de la disposición el que se hayan utilizado los recursos de reposición y apelación contra las providencias administrativas para que se pueda hablar con propiedad del agotamiento de la vía gubernativa por ocurrencia de alguno de los dos últimos eventos indicados. No basta, como lo han entendido erróneamente tanto el Juez a-quo como el Tribunal, la simple solicitud de quien se crea con derecho a exigir algo de la administración. Este acto de mera vocación apenas es demostrativo de la iniciación del proceso gubernativo, mas no de su agotamiento, pues este fenómeno jurídico presupone la existencia de una providencia o acto contra el cual se hayan interpuesto los recursos de reposición y apelación, se hayan decidido éstos o se entiendan negados por el transcurso de un mes sin que recaiga decisión alguna.

"Siendo esto así, la norma aplicable lo es la contenida en el artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 y no la del inciso 2º del artículo 7º de la Ley 24 de 1947, por cuanto la primera a más de ser posterior y especial regula íntegramente todo lo referente a derecho de petición y procedimiento gubernativo, caso en el cual la segunda debe estimarse insubsistente al tenor de lo consagrado en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887. De no ser ello así, lo dispuesto en el artículo 18 tantas veces citado carecería de sentido por su inoperancia.

"No habiéndose establecido en autos en modo alguno que el Juzgado hubiera adquirido competencia para conocer de la demanda instaurada contra la Nación (Ministerio de Obras Públicas) por haberse agotado el procedimiento gubernativo en los términos previstos en el artículo 18 del Decreto-ley 2733 de 1959, es forzoso concluir que al admitir, tramitar y fallar el negocio lo hizo sin haber adquirido jurisdicción para ello, lo cual conforme al artículo 448 del C. J. es causal de nulidad".

La motivación de fallo recurrido está concebida así: "Conforme al Decreto número 2733/59, Arts. 18 y 13, la vía administrativa en materia de prestaciones sociales comprende su reclamación ante el funcionario o empleado encargado de la obra oficial donde se trabaje, con derecho al recurso de apelación ante el respectivo superior.

"Se afirmó en la primera instancia, como única defensa de la parte demandada, que no se observó lo establecido en ese decreto y en el artículo 6 del C. P. L., concluyendo de esto las excepciones de inepta demanda y falta de jurisdicción. Empero, el actor sí reclamó oportunamente ante el Ingeniero Jefe del Dpto. de OO. PP. del N. de S. como aparece en el Fl. 5 del cuaderno 1º. Pasaron diez meses antes de que el actor acudiera a la justicia por cuanto nada se le había resuelto. No estaba obligado a esperar indefinidamente. Conforme al artículo 7º de la Ley 24 de 1947, pasado un mes desde la iniciación del reclamo administrativo de las prestaciones sociales, hay lugar para acudir a la justicia ordinaria si nada se ha resuelto, considerándose así, agotado el procedimiento administrativo, lo cual es enteramente humano dada la premura del cesante para subvenir a necesidades primordiales de subsistencia.

"La demanda judicial fue presentada en septiembre 21 de 1962 y el reclamo administrativo se hizo desde noviembre 18 de 1961 (C. 1º Fls. 1 y 6). De manera que la espera llegó al límite de la desesperación".

Se considera

El sentenciador no estimó equivocadamente el documento del folio 5 pues en

ninguna parte afirma que por medio de él se hubiera interpuesto uno de los recursos previstos en el Decreto 2733 de 1959, la demora de cuya decisión mayor de un mes permite entenderlos negados. Lo apreció rectamente, como simple solicitud del pago de prestaciones oficiales. Al sostener que la falta de cualquier respuesta a esa solicitud por más de un mes agotó la vía gubernativa, por preceptuarlo así la Ley 24 de 1947, no incurrió en el error de hecho que se le atribuye.

Si, como se afirma en la acusación, dicha Ley 24 quedó tácitamente derogada por el Decreto número 2733 de 1959, que reglamenta íntegramente el ejercicio del derecho de petición y el procedimiento gubernativo, el error sería de juicio, y no de hecho; la infracción de las normas pertinentes sería directa y no indirecta, y la formulación del gravamen a través de una errada apreciación probatoria carecería por eso solo de eficacia.

De otro lado, como el acusador invoca el Art. 448 del C. J., recuérdese que en la casación laboral no se reprodujo, entre las causales del recurso extraordinario, la consagrada en el ordinal 6º del Art. 520 ibídem para la casación civil, cuya extensión al rito del trabajo apenas se contempla en un futuro próximo a virtud de uno de los decretos de la reforma judicial. Y de haber sido procedente esa causal, tampoco habría servido de respaldo a la impugnación porque la respectiva nulidad fue objeto de reclamo y de rechazo ejecutoriado en las instancias (Art. 449, ordinal 2º, del C. J.).

No prospera el cargo.

.....

También el segundo cargo escoge la vía indirecta para impugnar la sentencia en lo tocante a la condena por cesantía.

Sobre el particular, en la motivación del fallo de primer grado se lee:

"La parte demandada, reiteradamente se ha opuesto a esta petición, alegando que la Entidad que debe hacer el pago es la Caja Nacional de Previsión y no el Ministerio de OO. PP., por ser el Dr. Villamizar Lamus afiliado forzoso de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 2º del Decreto 1600 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año.

"En el expediente obra la constancia expedida por la Dirección de la Caja Nacional de Previsión Social —Seccional Norte de Santander— en la que se dice que el Odontolólogo Jaime Villamizar Lamus no aparece como afiliado a dicha Entidad. No siendo afiliado a esa Caja, mal podía tratar de cobrar el valor de su auxilio de cesantía a ella, y consecuencialmente la Entidad que debe cubrir ese auxilio es la empleadora, en este caso el Ministerio de OO. PP.".

El ad-quem no aduce ningún argumento distinto, pues se limita a hacer los cómputos aritméticos relacionados con el monto de la cesantía debida por la Nación al actor; pero como confirma lo resuelto por el a-quo, debe entenderse que prohija igualmente la motivación transcrita.

Al sustentar el cargo, se expresa así el Procurador Delegado en lo Civil:

"... antes de crearse la Caja Nacional de Previsión Social todas las prestaciones consagradas en las leyes en favor de los empleados públicos se reconocían administrativamente por el gobierno nacional. Creada ésta en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 6ª de 1945 y lo consagrado en los artículos 1º y 2º del Decreto 1600 del mismo año, las funciones atribuidas en principio al gobierno, en relación con las prestaciones sociales de sus servidores, pasaron a ser de cargo de la nueva entidad pública. Es a ella, a la Caja Nacional de Previsión Social, a la que por expreso mandato de la ley se le ha conferido el encargo de reconocer y pagar las prestaciones sociales a que se refiere el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 con cargo a su patrimonio, el cual es independiente de los bienes y fondos del Estado, bastando para ello que quien las solicite tenga el carácter de afiliado forzoso de dicho organismo.

"Por tanto, si de acuerdo con los documentos que obran en autos, el odontólogo Jaime Villamizar Lamus prestó en forma permanente sus servicios a la Nación, percibió sus emolumentos exclusivamente con cargo al Tesoro Nacional y no estuvo, mientras subsistió su vinculación al Gobierno, afiliado a ninguna otra institución oficial de Previsión Social, condiciones requeridas por la ley para otorgarle el carácter de "afiliado forzoso" de la Caja Nacional de Previsión Social, es a ésta y no a ninguna entidad pública a la que corresponde el reconocimiento y pago de las prestaciones emanadas de su vinculación laboral al Estado. La constancia expedida por la Caja Nacional de Previsión Social —Seccional Norte de Santander— no tiene la virtualidad jurídica que se le atribuye: la de probar que el odontólogo Villamizar Lamus no tenía el carácter de afiliado forzoso de la Caja Nacional de Previsión Social. La constancia dicha (folio 60 vto. del cuaderno principal) solo prueba que el odontólogo Villamizar Lamus no se sometió al examen médico de admisión, ni cotizó los aportes de afiliación y periódicos, con lo cual exoneró, en el primer caso, a la Caja Nacional de Previsión Social de la obligación de prestarle toda clase de atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, y en el segundo caso, determinó a favor de la misma entidad el derecho a deducirle de sus prestaciones el valor de los aportes no cubiertos".

Se considera

Al folio 60 vto. del cuaderno principal, el Director y el Pagador de la Caja Nacional de Previsión, Seccional del Norte de Santander, hicieron constar:

"1º Revisados los Kárdex de la Institución no se halla que al doctor Jaime Villamizar Lamus se le haya practicado examen médico de admisión para afiliarse a la Caja Nacional de Previsión.

"2º Dicho doctor Jaime Villamizar Lamus tampoco ha cotizado aportes por concepto de afiliación y periódicas provenientes de sueldos o emolumentos devengados al servicio de la Nación".

De tal constancia no se desprende que el actor no haya sido afiliado a la Caja en la época en que prestó sus servicios a la Zona de Carreteras Nacionales de Pamplona, como lo estimó el sentenciador. Ni podía deducirse esa circunstancia, porque la afiliación de los trabajadores oficiales de la Nación a la Caja era forzosa, conforme a los Arts. 1º y 2º del Decreto número 1600 de 1945, y no voluntaria ni subordinada al examen médico de admisión ni al pago de los respectivos aportes.

El error de hecho que el recurrente le imputa a la sentencia es, pues, evidente.

Pero ese error no incide en la parte resolutiva del fallo impugnado, porque, afiliado o no a la Caja, el odontólogo Villamizar es acreedor a la cesantía por sus servicios a la Nación, y esta última, que no la Caja, es quien adeuda la prestación, conforme al Art. 17 de la Ley 6ª de 1945.

Pese a su autonomía administrativa, a su personería jurídica y a su patrimonio propio, "independiente de los bienes y fondos del Estado", la Caja Nacional de Previsión (como las instituciones similares de los departamentos y municipios) es un simple organismo encargado del reconocimiento y pago de las prestaciones que la Nación llegue a deber a sus servidores tanto los vinculados por un nexo legal y reglamentario como los ligados por un contrato ficto de trabajo. Así lo tiene recibido la jurisprudencia de esta Sala (véase, entre otras, la sentencia de 30 de julio de 1964, caso de Manuel A. Rojas contra Distrito de Bogotá y Empresa de Acueducto).

Bien encaminada estuvo, en consecuencia, la acción y procede la aplicación que hizo el ad-quem de la norma de derecho sustancial, sin que ello obste para el reembolso que la Nación pueda reclamar de la Caja de Previsión a la que había cometido el pago de esta prestación.

El cargo es ineficaz.

.....

El tercer cargo glosa la condena por indemnización moratoria ("aplicación indebida del Decreto 797 de 1949"), a causa de evidente error de hecho, "en cuanto da como probado un hecho alegado como básico (falta de pago de los salarios y prestaciones) que realmente no ha ocurrido".

"En efecto —arguye el recurrente— está probado en autos (folios 3 y 52 del cuaderno principal) que la Nación —Ministerio de Obras Públicas— no adeuda al odontólogo Jaime Villamizar Lamus suma alguna por concepto de salarios, primas y vacaciones, únicas prestaciones a que estaba obligada, pues la cesantía como se ha dicho y repetido insistentemente es una prestación a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social.

"Por otra parte, ha sido criterio constante de los expertos en la materia que la indemnización moratoria implica solo una cuestión para el patrono renuente, de mala fe, y que por tanto su aplicación no puede operar automáticamente, es decir, con la sola circunstancia de que el contrato hubiera terminado sin el pago de las prestaciones, sino que es necesario examinar si el no pago se debe o no a mala fe. Y si como en el caso presente, el Estado afronta el debate con verdaderas razones jurídicas, sin ánimo preconcebido de ocasionar perjuicios, sin dilaciones, ni desconocimiento del derecho ajeno, no cabe hablar de indemnización moratoria si, por el contrario, los hechos evidencian una conducta exenta de malicia".

Se considera

Las únicas pruebas singularizadas en la acusación (el certificado sobre salarios devengados hasta el 15 de marzo de 1961 —Fl. 3— y la copia de la Resolución ministerial número 439, de fecha 6 de marzo de 1963, por la cual se le reconocieron al actor las primas de Navidad y la compensación de vacaciones insolutas —Fl. 52—), más bien confirman la mora imputada a la Nación durante casi dos años para el simple reconocimiento, antes que suministrar alguna razón exculpativa de tan prolongado retardo. Además, por sí solas no acreditan ningún pago.

Pero si así no fuera, bastaría observar que la disposición sustantiva cuya violación se atribuye a la sentencia, el Decreto número 797 de 1949, sustitutivo del Art. 52 del Decreto número 2127 de 1945, es apenas reglamentario de la Ley 6ª de 1945, de donde su invocación en el recurso extraordinario, sin referirla a la correspondiente norma legal reglamentada, no constituye una proposición jurídica completa, susceptible de examen que pueda conducir a la invalidación de lo fallado.

Se desecha el cargo.

.....

A mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ALTA CORTE DE JUSTICIA

COMPENSACION. — SU REGIMEN Y ALCANCE EN LA LEY CIVIL Y SU ESTRUCTURA EN EL CODIGO DEL TRABAJO. — JURISPRUDENCIA

La Corte define su pensamiento sobre el tema de la compensación a propósito del juicio ordinario laboral instaurado contra la Cooperativa del Personal de Telecom Ltda. — Cargos contra la sentencia por violación directa e indirecta de la ley. — Orden escrita del trabajador. — Mandato Judicial. — La Compensación en la casación laboral. — Fundamentos legales para reconocer créditos en favor de cooperativas. — Viabilidad de la compensación. — Grupos en que pueden dividirse las doctrinas recibidas por la jurisprudencia relativas a la compensación civil. — La Corte reafirma su doctrina en cuanto a los fallos que admiten la compensación civil. — La retención y la compensación como instituciones afines. — Retención por el patrono de créditos laborales y su obligación cuando la deuda no cubre el valor de los mismos, en tratándose de compensación legal o judicial.

1. Fundamento de la decisión recurrida es el de que el actor, en su doble condición de socio de la Cooperativa y de empleado de la misma en calidad de Gerente, estaba obligado, conforme a la ley 128 de 1936 y los reglamentos y estatutos de la entidad, a ordenar que de su salario se hicieran los descuentos del caso para el pago de las mercancías y víveres que de ella retiró, hecho demostrado en el juicio con su confesión y mediante facturas bajo su firma, y que por no haber observado lo que la ley y tales actos prescriben, la justicia debía suplir la autorización. Como se ve, no niega la sentencia la falta de orden escrita del trabajador, sino que la suple, de manera que si su razonamiento es desacertado, lo procedente habría sido acusar violación, por aplicación indebida, de las normas pertinentes del estatuto citado, ya que el cargo no discute los hechos admitidos por el Tribunal (existencia de la obligación patronal, su exigibilidad y cuantía); dio aplicación el fallador a la mencionada ley y como lo que sostiene con base en ella no ha sido materia de impugnación, lo que el acusador alega sobre falta de autorización del trabajador, es inatendible.

2. Cuando la compensación se reconoce en proceso contencioso, obra por vía excepti va, sea que el medio de defensa lo proponga o alegue el demandado, o lo deduzca el juez de manera oficiosa, o éste la declare con base en demanda de reconvención. Puede expedirse judicialmente el mandato compensatorio, vigente el contrato, en ejecuciones contra el trabajador para el pago de obligaciones con cualquier causa jurídica, promovidas por el patrono o por otros acreedores, pero la compensación que se decrete en juicio entre los sujetos de la relación laboral necesariamente es acto posterior a la expiración del vínculo.

3. La casación del trabajo, en sus comienzos rechazó la compensación como medio de extinción de las obligaciones, a menos de mediar orden previa escrita del trabajador o mandato judicial, y con la condición además de que la deuda patronal tuviera su origen en el contrato de traba-

jo; la ha admitido posteriormente, si la deuda del empresario es líquida, exigible y en dinero, con el mismo requisito apuntado de que se haya contraído por razón del contrato laboral. Son numerosas las decisiones en tal sentido, entre las cuales pueden verse la de 4 de octubre de 1952 (G. del T., T. IX, P. 185) y 19 de junio de 1958 (G. J. T. LXXXVIII Págs. 330 y 331), sin que su admisión requiera orden previa del trabajador ni mandato judicial distinto del fallo que la reconozca.

Efecto inmediato de la compensación civil es la extinción de las dos deudas recíprocas, aun sin conocimiento de los deudores, en el instante mismo en que ambas reunan los requisitos de ley (Art. 1715 del C. C.), para el caso de que las dos sean en dinero, líquidas y exigibles.

4. Para reconocer el crédito en favor de la Cooperativa, la sentencia tuvo en cuenta no solo el Art. 150 sino también la ley 128 de 1936, y el Art. 6º de ésta que permite que de las acreencias laborales de cualquier naturaleza se deduzca el importe de las contraídas por el socio de dicha sociedad, sin consideración a su causa jurídica. Por tanto, si en derecho no podía apoyarse la decisión en el Art. 150, la previsión de la citada ley, cuya violación no acusa el impugnante, le sirve de sustento.

5. Para la viabilidad de la compensación no se requiere que las dos deudas tengan la misma fuente, sino que tanto la laboral como la patronal sean en dinero, líquidas y exigibles, y contraídas ambas durante la vigencia del contrato de trabajo, y por razón de éste.

6. Las doctrinas recibidas por la jurisprudencia pueden dividirse en dos grupos: las que rechazan la compensación civil, y las que la admiten.

Síntesis de las sentencias que rechazan la compensación civil, es la siguiente: es procedente la compensación, terminado el contrato de trabajo, si media orden escrita del trabajador o mandato judicial; sin tales requisitos, las retenciones de salarios y prestaciones por parte del patrono dan lugar a la indemnización por mora; la compensación está regulada por el Código del Trabajo lo mismo que la retención, (Art. 49, 149 y 65) por lo cual no es el caso de recurrir a las normas del Código Civil sobre la materia; la deuda patronal debe provenir del contrato de trabajo, por lo cual si se deriva de una obligación civil o mercantil, la justicia laboral no es competente para decretar la compensación.

Resumen de las doctrinas contenidas en los fallos del Tribunal Supremo y de esta Sala que admiten la compensación civil, es el siguiente: es válida la compensación en el derecho del trabajo, con fundamento en las normas pertinentes del Código Civil, terminado el contrato laboral, si la deuda patronal tuvo su origen en la relación contractual con su trabajador; sería injusto no admitirla, ya que se obligaría al patrono a perder una suma que en realidad no es de propiedad del trabajador; además, se le obligaría a seguir una acción civil para obtener el pago, de dudosos resultados frente a la insolvencia casi general de los trabajadores; no sería equitativo que mientras se da al trabajador la posibilidad de beneficiarse con préstamos, avances o mercaderías del patrón, se negara a éste el derecho de reembolso o se le enviara a acción distinta, civil o laboral, de resultados inciertos; el rechazo de la compensación implica un enriquecimiento sin causa, porque el trabajador se beneficia de los salarios que en forma de anticipos o préstamos se le facilitan y después obtiene una condena a su favor por los mismos salarios, de suerte que en realidad lograría un doble pago por el mismo concepto; cuando la compensación se deduce en juicio, no se requiere orden escrita del trabajador.

7. No merecen reparos los fallos que admiten la compensación civil, si la deuda patronal es de dinero, líquida y exigible y a la vez tiene su origen en el contrato de trabajo, sin necesidad de orden previa escrita del trabajador ni mandato judicial distinto de la resolución judicial que declara probado en juicio este medio extintivo de las obligaciones. Por tanto, la Sala reitera la anterior doctrina.

Una observación tiene que hacer al concepto emitido en tales decisiones, en el sentido de que si la deuda patronal es de origen civil o mercantil, no es competente la justicia del trabajo para decidir sobre compensación, porque en tal caso la obligación no proviene del contrato laboral. No comparte la Sala ese concepto; el préstamo que el patrono le hace al empleado, es una figura jurídica de la ley civil, y, en su caso, puede tener su causa en la mercantil. Se admite por la jurisprudencia en examen su compensación con deudas laborales si fueron contraídas durante la vida del contrato y por razón del mismo, luego no podría aceptarse, con base en dicha jurisprudencia, que la justicia laboral carece de competencia para decretar la compensación. Al tenor del Art. 2º del C. P. L., fue instituída la jurisdicción especial del trabajo para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo, y no puede remitirse a duda que las obligaciones compensables en favor del patrono, si no emanan directamente de la relación laboral, surgen con ocasión de ésta, esto es, de modo indirecto.

8. Consideración especial merecen las tesis que sostienen las sentencias de 20 de junio de 1955 (juicio de García contra Bordados Naptco); la de 19 de junio de 1958 (G. J. T. LXXXVIII, Págs. 330 y 331); la de 8 de abril de 1960 (G. J. T. XCII, Pág. 729). Admiten la compensación civil, pero desde la sentencia que la reconoce, de manera que si no aparece justificada la buena fe del patrono, estiman pertinente la condena al pago de la indemnización moratoria desde que termina el contrato hasta la fecha del pronunciamiento judicial; del anterior concepto se deduce que le dan a la decisión del Juez efecto atributivo y no declarativo. Al respecto la Sala observa: El Art. 65 del C. S. T. expirado el contrato, no tiene aplicación, trátese de compensación ipso jure o simplemente judicial. Si lo primero, el patrono que opone la compensación en juicio no está reteniendo deuda alguna del empleado, porque los dos créditos recíprocos se extinguen desde que ambos reunen los requisitos exigidos por el derecho común (Art. 1715 del C. C.) y que, para el caso, se dan desde que el contrato de trabajo expira; en efecto, en ese momento, ya existía la deuda patronal y en el mismo momento adviene a la vida del derecho la del trabajador, por lo menos, la de determinados créditos por prestaciones, como el relativo a la cesantía. Si lo segundo, si es verdad que en la compensación judicial, la falta de cualquiera de las condiciones de la legal (inexistencia de la deuda, su liquidez o exigibilidad, por ejemplo) determina que el crédito opuesto en compensación dependa del pronunciamiento del Juez y que solo en ese momento opere dicho fenómeno, no por ello podría sostenerse que hasta la decisión judicial el patrono estuvo reteniendo créditos laborales, y, por tanto, que procede contra él la sanción por mora del citado artículo 65 desde la expiración del vínculo laboral hasta la fecha de la sentencia.

9. El efecto declarativo que se asigna a la decisión judicial en el caso de la compensación ope legis y el atributivo que se predica de la compensación judicial, no modifica la consecuencia de que en ambos las dos deudas recíprocas queden canceladas sin que haya lugar a sanción por mora. Puede admitirse sin embargo la retención de créditos laborales hasta la resolución judicial; no sería desacierto aceptarla, porque la retención y la compensación, en opinión de los autores, son instituciones afines; es un hecho cierto que se retiene para deducir y se deduce para compensar. Pero si la materia se enjuicia a la luz del precepto laboral mencionado y no se le separa de los pertinentes de la ley civil, se corre el riesgo de entrar en confusiones. Analizada con vista en la segunda, se tiene: resultado de toda compensación es la extinción de las dos deudas recíprocas; en la legal ese hecho era cierto antes de la promoción del juicio en que se alega; en la judicial la certeza del hecho proviene de la sentencia. Si ésta lo reconoce era porque al patrono, al alegar la compensación, le asistía derecho al contracrédito a cargo del trabajador, negado o discutido por éste. Para su reconocimiento solo hacía falta la comprobación del Juez. En todo caso, si de retención por el patrono de créditos laborales puede hablar-

se, habría que decir que la autorización para tal caso emana de la propia ley civil que permite la compensación, y es obvio que quien procede en uso de facultad legal, no se hace acreedor a sanción alguna.

10. Es oportuno decir que no es especie de compensación judicial la que el Juez reconoce con base en la confesión del deudor, como tampoco la que proviene de documentos bajo su firma, reconocidos en el juicio o cuya autenticidad se acredita en éste. No se trata en tal caso de inexistencia de la deuda o de inexigibilidad o iliquidez de la misma, sino de simple formalidad probatoria, insuficiente para desvirtuar el hecho de que la obligación surgió a la vida legal con anterioridad a la sentencia, limitándose ésta a reconocerlo.

11. Conviene advertir que si la deuda del patrono no cubre el valor del crédito laboral, es obligación de aquél pagar o consignar la diferencia en su oportunidad, trátese de compensación legal o judicial. El empresario debe saber cuál es el monto de la obligación a su cargo, de manera que si no la cancela totalmente en la forma indicada, debe soportar la condena a que lo sujeta el artículo 65 del CST. Con todo, las circunstancias de este hecho pueden variar la anterior conclusión, porque si la falta de pago o consignación de la diferencia se basa en la creencia fundada, justificada en el proceso, de que al patrono le asistían razones atendibles para estimar que el valor de su crédito cubría el del empleado, el Juez está facultado, con aplicación de doctrina muy conocida, para eximirlo de la sanción moratoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., diez de junio de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez).

Néstor Trujillo Correa citó a juicio ordinario a la Cooperativa del Personal de Telecom Limitada, representada por su Gerente, para que por sentencia fuera condenada a pagarle: auxilio de cesantía, salarios insolutos e indemnización moratoria.

Afirma el actor en la demanda que Trujillo Correa trabajó en Bogotá, al servicio de la Cooperativa, en la función de Gerente, desde el 23 de marzo de 1960 hasta el 21 de agosto del mismo año, habiendo devengado y percibido un salario de $ 1.000.00 mensuales, que el contrato de trabajo entre las partes expiró el 15 de septiembre del año citado por renuncia del empleado, aceptada por el patrono; que a su terminación no le pagó éste las deudas que reclama, ni las ha cancelado con posterioridad.

La respuesta a la demanda niega los hechos en que se apoya. Propuso estas excepciones: inexistencia de la acción, petición de lo no debido, pérdida del derecho e inepta demanda.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 2º del Trabajo de Bogotá, declaró probada, de oficio, la excepción de compensación, y, en consecuencia, absolvió a la Cooperativa de todas las peticiones de la demanda, sin costas.

Apeló la parte vencida. La sentencia decisoria del recurso de alzada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó la de primer grado, reformando el pronunciamiento sobre costas, que le impuso al demandante, a quien también condenó por las causadas en el segundo grado.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso la parte actora el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

El recurso

Persigue la quiebra del fallo del ad-quem, la revocatoria del de primer grado y, en su lugar, que la Corte condene a la Cooperativa al tenor de las súplicas de la demanda inicial.

Con base en la causal primera formula cuatro cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo

Violación directa, por falta de aplicación de los artículos 59-1 y 149 del CST., en relación con los artículos 27, 65, 127, 249 y 253 ibídem, 2º del Decreto 243 de 1951 y 2º de la Ley 153 de 1887; y artículos 1714 a 1716 del C.C., por indebida aplicación.

Sostiene el recurrente que, según los artículos 59 y 149 del CST., no puede el patrono, sin previa orden escrita del trabajador para cada caso, o sin mandamiento judicial, deducir, retener o compensar suma alguna del salario en dinero y prestaciones que a aquél corresponda, salvo las excepciones previstas en el artículo 59, quedando comprendidos en la prohibición, los descuentos o compensaciones por entrega de mercancía y provisión de alimentos; que por tales conceptos la Cooperativa, sin el lleno de los requisitos anotados, compensó créditos en favor del empleado por salarios y prestaciones; que a lo sumo habría podido compensar la nombrada entidad el cincuenta por ciento por cuenta de los créditos pero no la totalidad; que en tal virtud, la sentencia violó las normas contenidas en los citados preceptos, rebelándose contra su existencia y, de consiguiente, las demás que cita del Código del ramo, e igualmente, por indebida aplicación, los artículos 1714 a 1716 del C.C. y 2º de la Ley 153 de 1887. Al respecto, arguye el acusador: dispone la norma del estatuto de 1887, que la ley posterior prevalece sobre la anterior, de lo cual deduce que las previsiones laborales son de preferente aplicación, por ser posteriores, a las del Código Civil, de carácter general.

De su lado alega el opositor que, según el cargo, la violación de los artículos 1714 a 1716 de C.C. y 59 y 149 del CST., se produjo a causa de una infracción de índole interpretativa, y si ello es así no puede caer la sentencia por obra de una violación directa de la clase que alega el impugnante. Agrega que si bien niega éste la existencia de orden escrita del actor para retener deudas a su cargo, lo cierto es que los fallos de instancia, con base en los nombrados preceptos de la ley laboral, decretaron la compensación, excepción que acogieron en vista de que el demandante era deudor de la Cooperativa de obligación exigible, superior a los créditos en favor de aquél, originada en el contrato de trabajo y alegada por el patrono. Concluye diciendo que debe mantenerse el fallo acusado, no solo en cuanto niega las súplicas sobre pago de salarios y cesantía, sino también respecto a la condena por salarios indemnizatorios, pues no cabe hacerla según doctrinas de la Corte de que hace mérito.

Segundo cargo

Violación directa del artículo 136 del CST., en relación con los artículos 27, 65 y 127 ibídem y 2º del Decreto 243 de 1951, por falta de aplicación, y 1714 a 1716 del C.C., por aplicación indebida.

Para demostrar el cargo, dice el recurrente: es hecho confesado por el Gerente de la Cooperativa en posiciones, que le pagó al trabajador el auxilio de cesantía y el salario por la última quincena de servicios con mercancías, sin que se tratara de remuneración parcialmente reconocida en especie, violando la prohibición contenida en el artículo 136 del CST.; la sentencia quebrantó este precepto por haber desconocido su existencia. Si no hubiera incurrido en este error de juicio, habría accedido a las peticiones de la demanda inicial, con aplicación de las normas citadas de la ley laboral, y se habría abstenido de aplicar los artículos 1714 a 1716 del C.C.

Para refutar el cargo dice el opositor que la sentencia declaró probada la excepción de compensación pero no la de pago; que lo importante de la confesión provocada del Gerente de la Cooperativa son los hechos que opone a las pretensiones del actor, pero no la calificación que de ellos haya presentado.

Tercer cargo

Violación directa, por errónea interpretación, del artículo 150 del CST., en concor-

dancia con los artículos 27, 59-1, 65, 127, 149, 249 y 253 ibídem, y 2º del Decreto 243 de 1951, por falta de aplicación, y 1714 a 1716 del C.C., por aplicación indebida.

Apoyan el cargo estas razones: de acuerdo con el artículo 150 del Código del Trabajo, no son permitidos los descuentos y retenciones sino por concepto de cuotas sindicales, cooperativas y cajas de ahorros, y no exigen ninguna otra formalidad; pero es erróneo entender que sin orden escrita del trabajador o mandato judicial, se puedan retener y compensar salarios por créditos distintos a los provenientes de cuotas sindicales, cooperativas o cajas de ahorros, como los que tienen su origen en el suministro de mercancías. En vista de que la sentencia aceptó la compensación fuera de los casos que contempla la previsión legal, la violó, por errónea interpretación, y por el mismo concepto quebrantó los demás textos legales que cita la acusación.

Para el opositor el cargo no es viable, porque la sentencia no ha interpretado el artículo 150 del CST., en el sentido que aquél le atribuye; se limitó a producir un mandato de compensación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 59 y 149 de la misma obra, fundándose en hechos comprobados en el proceso.

Cuarto cargo

Violación indirecta de los artículos 27, 5º, numeral 1º, 65, 127, 149, 150, 249 y 253 del CST., y 2º del Decreto 243 de 1951, en relación con los artículos 1714 a 1716 del C.C. Se produjo la violación a causa de error de hecho evidente por mala apreciación de unas pruebas y falta de estimación de otras.

Consistió el error en dar por demostrado, sin estarlo, que el actor había contraído deudas con la Cooperativa susceptibles de compensación, sin previa orden escrita del trabajador ni mandato judicial.

En sustentación del cargo y con referencia a las pruebas mal apreciadas, dice el recurrente: la sentencia le da plena validez a los estatutos y reglamentos de la sociedad (F. 76), obrantes en autos en copia simple, sin autenticación, y que, por tanto, carecen de todo mérito probatorio. Apreció erróneamente las facturas de folios 17 a 47, la inspección ocular y la confesión provocada del Gerente de la sociedad (Fs. 61 y 62, 74 y 75) al dar por demostrado que las deudas del actor en favor de la Cooperativa por víveres y mercancías, podían compensarse con créditos por salarios y prestaciones debidos al trabajador sin autorización escrita de éste ni mandato judicial, equiparando estas dos clases de obligaciones .

Como prueba inestimada cita el recurrente la confesión rendida en el juicio por el representante de la Cooperativa (Fs. 50-54). Admite éste en la confesión que las sumas debidas al actor no provienen de cuotas en favor de la entidad, sino de suministro de víveres y mercancías, de manera que sin el error de considerar iguales créditos de distinta fuente, la sentencia habría llegado a la conclusión de que no era pertinente la compensación.

El simple enunciado al cargo —dice el opositor— hace imposible su prosperidad. No es lógico suponer que la sentencia hubiera podido errar acerca de los hechos al subsumirlos en las normas positivas, consumada su estimación. Con relación a las pruebas que cita el recurrente, la sentencia aceptó lo que de ellas se desprende, o sea, que el actor era deudor de la parte demandada proveniente de una obligación exigible, superior a las acreencias sociales, originada en el vínculo laboral y alegada por la sociedad para que fuera deducida por vía de compensación.

Sobre los extremos de la litis la sentencia acusada anota, en primer término, que en el juicio están demostrados los hechos articulados en la demanda inicial (contrato de trabajo, su duración, salario y terminación) e igualmente que al actor, al operarse la desvinculación laboral, no le fue cubierto el auxilio de cesantía y el salario de la última quincena de servicios, con la aclaración de que tales deudas las considera canceladas el patrono con mercancías retira-

das de la Cooperativa por el demandante. Encuentra probados esos hechos con la confesión provocada del Gerente de la nombrada entidad. Con base en ellos concluye con la afirmación de que al terminar el contrato la Cooperativa adeudaba a su extrabajador $ 472.00 por cesantía y $ 500.00 por salarios insolutos, y luego agrega:

"No obstante lo anterior, es necesario tener en cuenta el planteamiento sobre compensación que, como defensa, hace la entidad demandada al absolver las posiciones referidas, por el retiro de las mercancías de su ex-gerente y socio de la Cooperativa y la falta de descuento de sus valores autorizado por la Ley 128 de 1936 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 150 del CST, y los reglamentos de la misma Cooperativa que obran en autos, así como el no pago de tales mercancías por parte del demandante.

"Con las facturas suscritas por el demandante que obran en autos y debidamente reconocidas en la diligencia de absolución de posiciones a que fue sometido (pregunta 10ª y su respuesta, Fs. 61 y 62), las cuales fueron constatadas por el Juzgado mediante diligencia de inspección ocular (Fs. 74 y 75), se demuestra plenamente la existencia de unos créditos a cargo de la parte actora y a favor de la sociedad demandada, correspondientes a retiros de víveres y mercancías de la Cooperativa por cuenta del Gerente y socio de la misma señor Néstor Trujillo Correa, por una cuantía total de $ 1.346,81. Como en autos no aparece prueba alguna de que el citado señor Trujillo hubiera pagado el anterior valor de las facturas, y menos aún que como Gerente hubiera ordenado su descuento legal de los salarios, como era su obligación hacerlo como si se tratara de cualquier otro socio, es evidente que se trata de un valor adeudado por el demandante a la Cooperativa demandada, o sea, de una deuda contraída con ocasión de sus relaciones de trabajo, con la demandada, pues no debe olvidarse que al adquirir tales deudas y ordenar el retiro de las mercancías, obraba en su doble carácter de gerente y socio.

"Ahora bien, como la sociedad demandada, a la terminación del contrato de trabajo con su ex-gerente, por renuncia de éste que le fue aceptada, quedó debiéndole evidentemente el salario correspondiente a la última quincena de sus servicios y el auxilio de cesantía, y el demandante, a su vez, le quedó debiendo, por no haber ordenado según su obligación, el descuento ordenado en el artículo 150 del CST., —en concordancia con las disposiciones estatutarias reglamentarias de la Cooperativa que fueron agregadas al expediente, según consta en la diligencia de inspección ocular—, se está en presencia de deudas recíprocas del demandante y la sociedad demandada, las cuales son compensables por ministerio de la ley, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1714, 1715 y 1716 del Código Civil.

"Por las razones anteriores, es evidente que la entidad demandada no ha incurrido en mora en relación con los salarios y el auxilio de cesantía adeudados a su extrabajador, ya que ellos y la prestación dicha quedaron compensados por ministerio de la ley a la terminación del contrato de trabajo, como claramente lo expone el a-quo en el fallo recurrido".

Consideraciones de la Corte:

A) Cargos por violación directa de la ley.

Es el tipo de infracción que alega el primero, segundo y tercero.

1. Lo que en todos ellos sostiene el recurrente es que el Tribunal, sin orden previa escrita del trabajador, ni mandato judicial, admitió la compensación de créditos por salarios y prestaciones con créditos por mercancías y víveres en favor de la Cooperativa, y que por ello violó directamente —afirma el primer cargo—, los preceptos legales que cita.

2. Observa la Sala que para admitir la compensación no se funda la sentencia en normas de la ley del trabajo sino en los artículos 1714 a 1716 del C.C. Con todo, como la indebida aplicación de estos preceptos la deduce el recurrente de la falta de

aplicación de los artículos 59 y 149 del CST., debe examinarse el cargo tomando en cuenta las previsiones de los dos estatutos.

a) Orden escrita del trabajador

Es evidente, como lo afirma el impugnante, que no autorizó el actor la retención y los descuentos, y, de consiguiente, la compensación. A lo cual observa la Sala: fundamento de la decisión recurrida es el de que el actor, en su doble condición de socio de la Cooperativa y de empleado de la misma en calidad de Gerente, estaba obligado, conforme a la Ley 128 de 1936 y los reglamentos y estatutos de la entidad, a ordenar que de su salario se hicieran los descuentos del caso para el pago de las mercancías y víveres que de ella retiró (por un valor de $ 1.346,81) hecho demostrado en el juicio con su confesión y mediante facturas bajo su firma, y que por no haber observado lo que la ley y tales actos prescriben, la justicia debía suplir la autorización. Como se ve, no niega la sentencia la falta de la orden escrita del trabajador, sino que la suple, de manera que si su razonamiento es desacertado, lo procedente habría sido acusar violación, por aplicación indebida, de las normas pertinentes del estatuto citado, ya que el cargo no discute los hechos admitidos por el Tribunal (existencia de la obligación patronal, su exigibilidad y cuantía); dio aplicación el fallador a la mencionada ley y como lo que sostiene con base en ella no ha sido materia de impugnación, lo que el acusador alega sobre falta de autorización del trabajador, es inatendible.

b) Mandato judicial

Ese mandato lo contiene la sentencia decisoria del pleito; da a entender el recurrente que el mandamiento judicial debe ser previo, expedido durante la vigencia del contrato, sin cuyo requisito, a falta de orden escrita del trabajador, no es legalmente posible la retención, deducción y compensación de sus acreencias. En sentir de la Sala es erróneo el concepto del acusador, porque cuando la compensación se reconoce en proceso contencioso, obra por vía exceptiva, sea que el medio de defensa lo proponga o alegue el demandado, o lo deduzca el Juez de manera oficiosa, o éste la declare con base en demanda de reconvención. Puede expedirse judicialmente el mandato compensatorio, vigente el contrato, en ejecuciones contra el trabajador para el pago de obligaciones con cualquier causa jurídica, promovidas por el patrono o por otros acreedores; pero la compensación que se decrete en juicio entre los sujetos de la relación laboral necesariamente es acto posterior a la expiración del vínculo.

Se concluye de lo expuesto que no ha violado el Tribunal, por falta de aplicación, los artículos 59 y 149 del CST.

En cuanto a la infracción de los artículos 1714 y 1716 del C.C., la Sala observa:

Debe examinarse si en el derecho del trabajo es pertinente la compensación reglada en el Código Civil y, en caso afirmativo, si tuvo el mérito de extinguir las deudas recíprocas entre los litigantes, e igualmente, si procede o no la condena a la sanción por mora con base en el artículo 65 del CST., cuya infracción acusa también el recurrente. En opinión de éste, no procede la compensación del derecho común, sin previa orden escrita del trabajador o mandato judicial.

La casación del trabajo, en sus comienzos rechazó la compensación como medio de extinción de las obligaciones, a menos de mediar orden previa escrita del trabajador, o mandato judicial, y con la condición además de que la deuda patronal tuviera su origen en el contrato de trabajo; la ha admitido posteriormente, si la deuda del empresario es líquida, exigible y en dinero, con el mismo requisito apuntado de que se haya contraído por razón del contrato laboral. Son numerosas las decisiones en tal sentido, entre las cuales pueden verse la de 4 de octubre de 1952 (G. del T., t. IX, p. 185) y 19 de junio de 1958 (G. J. t. LXXXVIII, ps. 330 y 331), sin que su admisión requiera orden previa del trabajador ni mandato judicial distinto del fallo que la reconoce.

Efecto inmediato de la compensación civil es la extinción de las dos deudas recíprocas, aún sin conocimiento de los deudores, en el instante mismo en que ambas reunan los requisitos de ley (Art. 1715 del C. C.), para el caso de que las dos sean en en dinero, líquidas y exigibles. En el asunto litigado se llevaron todas esas condiciones; en efecto, la deuda patronal por víveres y mercancías fue contraída por el demandante en su calidad de socio de la Cooperativa demandada, de la que también era empleado, durante la vida del contrato de trabajo y en atención al mismo; además era exigible al expirar el vínculo y por cuantía determinada, superior al importe de la acreencia laboral por salario y cesantía. De otro lado, obligaciones de la índole indicada son de las previstas por el artículo 149-1 del CST., que el trabajador puede solucionar mediante orden previa escrita para su compensación, y, en su defecto, tiene el Juez facultad para expedir un mandato en tal sentido.

Si al expirar el vínculo concurrían todos los requisitos de la compensación legal, en este momento se produjo ésta ipso iure, lo cual quiere decir que en esa oportunidad nada le estaba debiendo el patrono a su empleado, ni, por consiguiente, hubo de parte de aquél retención de deuda alguna por salarios y prestaciones, ni por tanto, era del caso dar aplicación al artículo 65 del CST., como lo sostiene el fallador. No se descarta la posibilidad de que pueda haber retención, pero de presentarse el fenómeno, debe considerarse como resultado natural de la institución, porque si el patrono, teniendo derecho a compensar paga la deuda del trabajador para librarse de la sanción por mora, la extinción de las dos deudas recíprocas, efecto propio de la compensación, desaparece, por sustracción de materia.

El cargo no prospera.

En cuanto al segundo cargo, la Sala observa:

Es verdad que el Gerente de la Cooperativa dijo en posiciones (respuesta a la pregunta décima, f. 53) que la sociedad le había pagado al demandante sus prestaciones con las mercancías que de ella recibió; prohibe ese acto —alega el recurrente— el artículo 136 del CST., y como fue admitido por el Tribunal, resultó violado por éste.

Al respecto debe anotarse que, no obstante la calificación que a la entrega de mercancías al trabajador le da el representante de la sociedad, la excepción que declara probada el Tribunal, como lo apunta el opositor, no fue la de pago, o la de dación en pago para hablar con más precisión, sino la de compensación. Por lo demás, entra en la órbita del juzgador valorar las pruebas y deducir de los hechos que demuestren, su calificación y consecuencias jurídicas, con independencia del criterio de las partes, según principios recibidos por la jurisprudencia; si en esa operación obra con desacierto, no cabría atacar el error de juicio por vía directa sino a través de la mala estimación del medio probatorio.

No prospera el cargo.

En relación con el tercer cargo, por errónea interpretación del artículo 150 del CST, y demás disposiciones que cita, se observa:

El ordenamiento autoriza los descuentos y retenciones del salario para el pago de cuotas a las cooperativas y para el de los demás créditos que relaciona; respecto de créditos con otra causa jurídica, como los que provengan de mercancías, la ley permite la retención y descuento del salario y prestaciones hasta un 50 por ciento (artículo 59-1, literal b, del mismo Código). Ahora bien: si la deuda por mercancías que la sentencia compensó con créditos laborales por salarios y prestaciones no es de las que contempla el artículo 150, quiere ello decir que su aplicación fue indebida por no comprender el supuesto de hecho regido por la norma, fenómeno de violación distinto del que alega el recurrente.

Conviene observar que para reconocer el crédito en favor de la Cooperativa, la sentencia tuvo en cuenta no solo el artículo 150 sino también la Ley 128 de 1936, y el artículo 6º de ésta permite que de las acre-

encias laborales de cualquier naturaleza se deduzca el importe de las contraídas por el socio de dicha sociedad, sin consideración a su causa jurídica. Por tanto, si en derecho no podía apoyarse la decisión en el artículo 150, la previsión de la citada ley, cuya violación no acusa el impugnante, le sirve de sustento. Del quebranto de aquella norma deduce el cargo el de las demás que enumera, de manera que lo dicho para considerar ineficaz el reparo por violación de la prementada disposición, sirve para llegar a la misma conclusión respecto de las demás.

El cargo no prospera.

B) Cargos por violación indirecta de la ley.

De esta clase son las que alega el recurrente en el último cargo. La infracción de las normas legales que cita se produjo a causa de error de hecho en la actividad probatoria del sentenciador.

Para su rechazo la Sala halla aceptable el reparo del opositor. En efecto: el error de hecho consiste en aceptar la existencia de una cosa que la prueba no demuestra, o no aceptar lo que la prueba acredita. La comparación entre el caso específico y concreto debatido en el pleito y la correspondiente hipótesis legal, es un juicio sobre aplicación de la ley. Afirma el acusador que la sentencia estimó que las deudas del actor en favor de la sociedad eran susceptibles de compensación sin previa orden escrita del trabajador ni mandato judicial, extremo, dice el recurrente, que el Tribunal dio por demostrado, sin estarlo, es decir, lo que alega como error de hecho es un concepto jurídico acerca de la operancia del modo extintivo de las obligaciones de que se ha hecho mérito.

Con todo, la Sala examina el cargo y, al efecto, considera:

Cita como pruebas mal apreciadas:

a) Estatutos y reglamentos de la sociedad.

En concepto del impugnante no ofrecen mérito probatorio porque obran en autos en copia simple, sin autenticación.

La Sala observa: consta en la diligencia de inspección ocular (Fs. 74 y 75), que en ella fue presentado por la parte demandada un reglamento de la sección de consumo de la Cooperativa, firmado por su Secretario, y un folleto que contiene los estatutos de la sociedad, documentos que el Juez ordenó agregar al expediente.

Ahora bien: al tenor del artículo 597 del C. J., aplicable al proceso laboral, para estimar el mérito de las pruebas, éstas deben formar parte de proceso por haberse presentado en inspecciones oculares u otras diligencias en que intervienen el Juez y los litigantes (numeral 2º).

En el acto de la inspección no fueron impugnados los reglamentos y estatutos por carencia de autenticidad. Estaban enteradas las partes de la celebración de la audiencia en que se recibió la prueba, afectándoles, de consiguiente, lo que en ella se ordenara, aún sin su asistencia; tampoco objetó el demandante la legitimidad de los documentos durante el curso del juicio, por lo cual su estimación por el fallador fue correcta.

b) Las facturas, la inspección ocular y la confesión provocada del Gerente de la Cooperativa.

Las tres pruebas demuestran, según la sentencia, las deudas recíprocas de las partes, objeto de la compensación. Lo que la acusación rechaza no es la existencia de las deudas de la sociedad, su exigibilidad y liquidez, sino el hecho de haber conceptuado el Tribunal que podían compensarse con créditos laborales por salarios y prestaciones, sin previa orden escrita del trabajador ni mandato judicial, considerando iguales las dos clases de obligaciones. A lo cual la Sala observa: se ha visto ya que la actividad intelectual del sentenciador en el sentido expuesto no configura error de hecho; en el supuesto de que resulte equivocada, otro sería el vicio de la decisión y distinta la modalidad de infracción de la ley. Por último, para la viabilidad de la compensación no se requiere que las dos deudas tengan la misma fuente, sino que tanto la la-

boral como la patronal sean en dinero, líquidas y exigibles, y contraídas ambas durante la vigencia del contrato de trabajo, y por razón de éste.

Como prueba inestimada señala el cargo la confesión provocada del Gerente de la sociedad demandada.

El argumento que aduce el acusador para sostener el error de hecho que alega, es el mismo que presenta para afirmar que el fallo incurrió en vicio de igual clase por haber apreciado la confesión. El reparo no es atendible, porque si valoró el medio probatorio, no ha podido cometer error de hecho por haberlo inestimado, si en ambos supuestos se trata del mismo extremo. No son iguales la acción y la omisión: en el primer caso hay un acto positivo; en el segundo uno de negación.

No es viable el cargo, y por tanto se desecha.

La cuestión jurídica que plantea el recurso es de especial interés doctrinario, y como acerca de ella no ha sido uniforme el criterio de la Corte, es la oportunidad de que defina su pensamiento sobre el tema de la compensación, a lo cual está obligada en cumplimiento de su misión unificadora de la jurisprudencia. Para la debida comprensión del punto, precisa dar a conocer cuál es su régimen en la ley civil y el alcance que ofrece, cuál es su estructura en el Código del Trabajo, de acuerdo con sus disposiciones, y las diversas tesis de la jurisprudencia.

I

Compensación civil

De ella tratan los artículos 1714 a 1723 del Código Civil. Para los fines que se propone la Sala, bastará parar la atención en sus tres primeras normas, orgánicas de la institución.

No define la compensación el estatuto. Del tenor de las citadas disposiciones se infiere que es un modo de extinción de las obligaciones, equivalente al pago. Por lo demás, así lo considera la obra citada en su artículo 1625, numeral 5º.

Dice el artículo 1714 que "cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse". Dispone el artículo 1715 que la compensación se opera "por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reunan las calidades siguientes:

"1ª Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; 2ª Que ambas deudas sean líquidas; y 3ª Que ambas sean actualmente exigibles.

"Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor".

Preceptúa el artículo 1716, en su inciso 1º: "Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras". Los restantes miembros de la norma aclaran el sentido de la transcrita con ejemplos de obligaciones en que no se presenta el fenómeno de deudas recíprocas.

2ª. Da una clara idea de lo que es la compensación el siguiente pasaje de la exposición de motivos al cuerpo legislativo de Bigot-Preameneu, coautor del Código Civil Francés, citado por Luis Claro Solar: "Las obligaciones se extinguen también por la compensación. Es la liberación respectiva de dos personas que llegan a ser deudoras la una respecto de la otra. Esta liberación es de pleno derecho. Ella se opera por la sola fuerza de la ley sin que haya necesidad de sentencia y aun sin conocimiento de los deudores. No tiene otro interés que el de quedar respectivamente libres y ser dispensados de un circuito de procedimientos largo, inútil y costoso. Para alcanzar este fin se ha establecido que las dos deudas se extinguen recíprocamente en el instante mis-

mo en que ellas llegan a existir a la vez. Cada una de las deudas sirve, por lo tanto, para pagar la otra, sin que haya necesidad de entrega de las cosas; el pago no se hace materialmente; es la ley la que lo efectúa".

Y comenta Claro Solar:

"Prácticamente, si una de las dos personas que se encuentran en esta situación pudiera exigir el pago de su crédito sin pagar inmediatamente lo que ella debe, su condición sería desigual y perjudicial para la que hubiera pagado primero sin recibir lo que a ella se le debe, porque la otra podría caer en insolvencia y no obtener aquélla en definitiva el pago de su crédito en la totalidad o en parte. La compensación evita este peligro, desde que asegura la igualdad entre las dos partes extinguiendo sus créditos en el instante mismo en que coexisten.

"La compensación hace, además, inútil la acción judicial que a falta de pago cada uno de los recíprocos acreedores tendría que intentar ante los jueces respectivamente competentes, con los crecidos gastos de dos litigios...". (Explicaciones de Derecho Civil Chileno. De las obligaciones, t. XII, ps. 490 y 491).

Se presenta, pues, la compensación como medio útil y de equidad: evita los desplazamientos de fondos y los gastos consiguientes, previene litigios e impide que uno de los deudores no obtenga el pago de su crédito por insolvencia del otro.

3. De acuerdo con las disposiciones legales mencionadas, requisitos de la compensación son los siguientes: a) los créditos deben ser recíprocos, o entre las mismas personas; b) homogéneos, es decir, debe tratarse de cosas que pueden sustituirse la una con la otra; c) los dos créditos deben ser exigibles; y d) ambos tienen que ser líquidos.

Reciprocidad

Se presenta si el acreedor es por cuenta propia deudor de su deudor, esto es, debe tratarse de deudas personales y principales. De ahí que el artículo 1716, en sus incisos segundo, tercero y cuarto, excluyan la compensación cuando uno de los acreedores no sea a su vez deudor personal y principal del otro.

Homogeneidad

A este requisito se refiere el artículo 1715, en su primera regla. Exige para la compensación que ambas deudas sean de dinero o de cosas idénticas. La identidad de prestaciones permite la sustitución de una por otra; se explica esta condición, porque si al acredor de una suma de dinero se pudiera oponer la entrega de un cuerpo cierto (un inmueble por ejemplo), se le obligaría a recibir cosa distinta a la prestación debida, contra lo preceptando por el artículo 1627 del C.C.

Según los autores no son contrarias a la homogeneidad las diferencias de causas debendi o de forma, o de garantías o accesorios de los dos créditos, o por razón de su importe. Por tanto, puede darse la compensación entre un crédito contractual y uno ex lege; tampoco se opone a la homogeneidad la diferencia de título o documento, por lo cual, una deuda contraída en instrumento público puede compensarse contra otra que conste en documento privado, o un crédito provisto de fuerza ejecutiva con otro que carezca de ella.

Exigibilidad

Si una de las obligaciones es pura y simple y la otra condicional o a plazo, no es posible la compensación. La situación de las partes sería desigual, porque el acreedor de obligación exigible tendría que esperar el cumplimiento de la condición o la expiración del plazo para obtener el pago de la suya. Quedan por eso, según los civilistas, excluidos de la compensación, los créditos desposeídos de acción, como los que provienen de obligaciones naturales.

Liquidez

Una deuda es líquida cuando está representada en una cifra numérica precisa, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas.

Si la deuda existe pero no se conoce su cuantía, no podría funcionar la compensación por ministerio de la ley. El titular de crédito líquido tendría que esperar a la liquidación del otro para obtener la solución del suyo. Es un fenómeno parecido al que presenta la inexigibilidad.

4. Efecto inmediato de la compensación legal es la extinción de las dos deudas. Así lo dice claramente el artículo 1714; de su lado el 1715 fija ese resultado con precisión al expresar que ello ocurre por ministerio de la ley aún sin conocimiento de los deudores; se extinguen las dos deudas hasta concurrencia de sus valores, esto es, ambas deudas se solucionan si son iguales, o hasta el límite de la menor si son desiguales.

Desde el momento en que las dos deudas contrapuestas reunen los requisitos del artículo 1715, se produce la compensación, aunque lo ignoren los deudores. No se requiere la cooperación de éstos o de la justicia, porque la compensación es obra de la ley.

"Si vemos a las partes —anota Georgi—, provocar casi siempre el pronunciamiento del Juez, es por la ignorancia en que se encuentra el acreedor de que se haya verificado la compensación, o por las discusiones que se producen acerca del concurso de las condiciones necesarias para la compensación. Ciertamente que ante el Juez es menester que el deudor interesado en aprovecharse de la compensación manifieste la voluntad de compensar. La autoridad del Juez interviene, no para atribuir un derecho de compensación que de otro modo no se sabría, sino solo para dirimir la cuestión y declarar a quien no lo quería creer, que la compensación ya se había hecho por la ley". (Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, Tomo VIII, Pág. 77).

El Juez puede, en efecto, conociendo los elementos del hecho, pronunciar de oficio la compensación legal, observa el mismo expositor. Algunos autores combaten esta opinión con el argumento de que el deudor puede, en interés propio, renunciar a la compensación y hacerse condenar. El tratadista la contesta así: "Es cierto que puede renunciar. Pero no se deduce de ello que si el Juez llega a conocer los hechos que dan lugar a la compesanción legal y no encuentra indicios de renuncia, no deba hacer caso de ella solo porque el deudor deje de proferir expresamente las palabras: **opongo la compensación**; o deduzca el medio defensivo bajo la forma de excepción en el estilo y fórmula forense. No creemos que así sea. Hoy día la compensación legal es un **quid iuris**; no hay necesidad de llevarla al conocimiento del Magistrado sino para que conozca los hechos que no puede adivinar...".

5. Consecuencia de la compensación legal es la de que impide que el deudor incurra en la cláusula penal por mora o retardo en el pago, cuando se haya pactado, y de consiguiente, que cesen los intereses, legales o convencionales, e igualmente que finalicen las garantías de ambos créditos o del que las tenga, en su totalidad o en parte, si fuere el caso.

6. Otras especies de compensación registra la doctrina, a saber: la convencional, la facultativa y la judicial.

Interesa detenerse en el examen de esta última. "Cuando no concurren —dice el citado autor—, las condiciones de la compensación legal, ni las de la voluntaria, y el demandado opone a las pretensiones del actor un contracrédito, se da el caso de la compensación judicial".

Anota que conviene no confundir la sentencia declarativa con la atributiva de la compensación, porque en la diferencia entre ésta y aquélla se encuentra el criterio para distinguir la judicial con cada una de las otras clases de compensación, y agrega:

"Cuando el Juez ve que concurren los extremos de la compensación legal o de la voluntaria, no puede hacer sino una cosa: declarar la compensación (que ya se ha verificado) con efecto retroactivo. Cuando la convención de que se trata es la facultativa, el Juez se atiene a ver si concurrieron las condiciones del pacto. Pero tanto en uno como en otro caso, no puede sino declarar lo

concerniente a esto, sin que pueda ejercitar ningún arbitrio, y no tiene otra facultad sino la de declarar que surgió o nació, sin obra suya. Sin que la sentencia, si bien casi siempre necesaria aún en la compensación legal o en la facultativa, y tal vez también en la convencional, para dirimir la controversia nacida entre las partes, modifique en nada ningún extremo de la compensación (non inducit, sed declarat compensationem).

"Mucho más importante es el oficio del Juez en la compensación judicial. Supóngase que falta cualquiera de las condiciones indispensables para la compensación legal o para la voluntaria. Pero el Juez llamado a decidir entre las pretensiones contrarias encuentra que las dos deudas contrapuestas pueden, no obstante, destruirse mutuamente; o bien pronunciando sobre una y otras las compensaciones con su autoridad (non tantum declarat, sed inducit compensationem).

"¿Cómo se justifica el arbitrio del Juez? Con la equidad, y si así queremos decirlo, con los principios generales del derecho, según los cuales no puede negarse al Juez el poder discrecional de resolver los litigios del modo más apto para conciliar los intereses discordantes, evitando tramitaciones inútiles y vanas de pago y restituciones.

"La compensación judicial tiene estrecha afinidad con la excepción de incumplimiento de contrato y con el derecho de retención. Son tres remedios que se dan la mano y que se completan entre sí. Es antiguo el origen de la compensación; en una época todas eran judiciales. Es cierto que la oscuridad reinante por mucho tiempo dejó incierta y poco sensible la distinción entre la compensación ipso iure, la ope excepcionis y la officio iudicis, pero la compensación judicial o como se decía la ex aequitatis plenitudine, no fue desconocida por los prácticos antiguos".

Predomina entre los autores modernos la tendencia a considerar la compensación por su aspecto procesal y a confundirla con la demanda reconvencional. Apunta el autor que como demanda de mutua petición la contempla el código francés y en parte el italiano. "Pero esta terminología, anota, no debe tomarse demasiado a la letra, pues se controvierte si la compensación en general es una excepción o una demanda reconvencional. Los prácticos han visto en ella una institución mixta de lo uno y de lo otro".

En concepto del expositor los efectos de la compensación judicial no pueden ser distintos de los de la legal en cuanto atañen a la extinción de las deudas y de sus accesorios. Anota que surge la disputa al determinar si la extinción puede ser pronunciada por el Juez con efecto retroactivo (ex tunc) o no puede remontarse a tiempo anterior a la sentencia (ex nunc). En su opinión la compensación judicial es atributiva y no declarativa como la legal.

7. En cuanto a la deducción de la compensación en juicio, no existen en el procedimiento colombiano normas que prescriban una forma determinada. Puede aceptarse que la recibe como excepción perentoria al definir lo que debe entenderse por tal en el artículo 329 del C.J. No habría tampoco prohibición para hacerla valer por vía de reconvención si el hecho de que proviene se deriva de la misma causa alegada en la demanda principal. Lo único que se muestra inaceptable es deducir la compensación mediante acción autónoma con el solo objeto de obtener la declaración de que el actor es titular de un crédito contra el demandado y tiene derecho a compensarlo con otro a su cargo y a favor de aquél. Al menos no se vería el fin práctico de un litigio en tal sentido, ya que el mismo resultado puede obtenerlo el demandante ejercitando la acción de pago, o esperar a que el deudor la deduzca para hacer valer su crédito mediante excepción o apelando a la demanda de mutua petición.

Lo que se deja expuesto basta para penetrar, en líneas generales, el instituto de la compensación civil.

—II—

Compensación laboral

8. No existe en la ley del trabajo compensación distinta de la civil. La particularidad

de aquélla es la de impedir que el fenómeno se produzca ope legis; se presenta la compensación en la legislación laboral con sujeción a determinados requisitos, como se verá a continuación.

La normación del Código del Trabajo

El artículo 59-1 prohibe a los patronos deducir, retener o compensar suma alguna de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores sin su autorización previa escrita para cada caso, o sin mandamiento judicial. La disposición establece estas excepciones:

a) Permite las deducciones, retenciones o compensaciones respecto de salarios, en los casos autorizados por los artículos 133, 150, 151, 152 y 400.

b) Las cooperativas pueden ordenar retenciones hasta un 50% de salarios y prestaciones para cubrir sus créditos, en la forma y en los casos en que la ley las autorice.

c) En cuanto a pensiones de jubilación, los patronos pueden retener el valor respectivo en los casos del artículo 274.

Prohibiciones idénticas a las de la anterior disposición, en relación con salarios, establece el artículo 149-1, esto es, no procede su deducción, retención o compensación sin previa autorización escrita del trabajador, o sin mandato judicial.

Aunque medie orden escrita del trabajador, no cabe la retención o deducción del salario si con ello se afecta el mínimo legal o convencional, o la parte que la ley declara inembargable, o en cuanto el total de la deuda supere el monto de la asignación en tres meses, límites que solo puede rebasar el mandamiento judicial, (etc. 149-2).

Con todo, para la atención de préstamos o anticipos del salario, pueden hacerse deducciones de éste con miras a la compensación, sin tener en cuenta las restricciones a que se refiere el artículo 149-2, si tales actos los autoriza por escrito el Inspector del Trabajo, previa solicitud de patrono y trabajador, evento en que tal funcionario debe proceder en la forma prevista por el artículo 151.

Por último, para la financiación de vivienda de los trabajadores, basta el convenio entre éstos y el patrono para los descuentos del salario, con destino a la amortización de la deuda por capital e intereses, sin que se requiera ninguna otra formalidad (Art. 152).

9. Reglas especiales establece el legislador en relación con créditos en favor de sociedades cooperativas; interesa su examen en vista de que el demandado en el presente juicio es una sociedad de ese tipo.

Los ordenamientos legales distinguen, para efectos de la retención, deducción o compensación, entre los créditos por cuotas, esto es, los que tengan su origen en deudas por aportes a la sociedad, y los provenientes de una causa jurídica distinta. En cuanto a los primeros, la cooperativa acreedora tiene facultad para ordenar que del salario se deduzca el valor total de las cuotas, aunque el deudor no sea trabajador suyo; del mismo beneficio gozan las Cajas de Ahorros, el Seguro Social y el patrono respecto de su trabajador en el caso del artículo 113.

En relación con créditos con una causa jurídica distinta, las cooperativas están facultadas para ordenar la retención y deducción hasta un 50% de salarios y prestaciones del deudor, en los casos y en la forma en que la ley las autorice (artículo 59-1, literal b).

Para la época en que se sucedieron los hechos de la presente litis, las retenciones y deducciones de salarios y prestaciones se regían por la Ley 128 de 1936, sobre sociedades cooperativas. Su artículo 6º dispone que todos los tesoreros, cajeros o pagadores oficiales o particulares, y toda persona, empresa o entidad, deberán deducir y retener de cualquier cantidad que deban pagar a los socios de las cooperativas las sumas que les adeuden por cualquier concepto, mediante la presentación del documento en que conste la obligación (orden de pago, libran-

za, radicación, pignoración, cesión, vale o cualquier otro documento), y entregar las sumas deducidas a la cooperativa acreedora. La norma autoriza el embargo del salario en su totalidad, y deja a juicio del Consejo de Administración reducirlo a una cuota del mismo para que el deudor atienda a su subsistencia y a la del grupo familiar a su cargo. El artículo 8º del estatuto hace responsable del pago del crédito a las personas obligadas a la retención y deducción en el caso de que se abstengan de efectuarlas, sin perjuicio de la multa a que las somete.

El artículo 6º autoriza las retenciones y deducciones tanto del salario como de prestaciones para el pago de deudas a cargo de los socios de la cooperativa, cualquiera que sea su causa jurídica. En vista de que el Código del Trabajo es posterior al estatuto de 1936, el artículo 6º de éste debe considerarse modificado por las previsiones de aquél en cuanto resulten en pugna con las de dicho estatuto.

Con fundamento en las normas legales citadas, puede llegarse a la conclusión de que son tres los sistemas para la retención, deducción o compensación de deudas entre los sujetos de la relación de trabajo, a saber: La ley, la orden previa escrita del trabajador, y el mandato judicial.

Se han visto cuáles son las disposiciones legales en que se basa el primer sistema y el segundo. Respecto del mandato judicial, el que expide el Juez durante la vigencia del contrato de trabajo, se produce en los términos que él indique. Conviene anotar de una vez que ese mandato es distinto del que la justicia dicta en proceso contencioso entre trabajador y patrono cuando declara probada la excepción de compensación, proferido después de expirado el vínculo y con fundamento en la ley civil.

III

10. La jurisprudencia

Las doctrinas recibidas por ella pueden dividirse en dos grupos: las que rechazan la compensación civil; y las que la admiten. Se relacionan en seguida algunas de las más importantes.

Primer grupo

Rechazan la compensación civil las sentencias del Tribunal Supremo que a continuación se enumeran:

La del 1º de noviembre de 1950 (G. del T. t. V pg. 931); La del 31 de mayo de 1950 (G. del T. t. V páginas 469 y ss.); La del 29 de septiembre de 1952 (G. del T. t. IX página 163); La del 11 de mayo de 1954 (juicio de Sttubbs contra Laboratorios Cajiao); La del 24 de mayo de 1955 (juicio de Contreras contra Fábrica de Muebles Exposición); La de 20 de octubre de 1954 (juicio de López contra Aristizábal); La de 13 de enero de 1955 (juicio de Alvarez contra Urbanización Santa Fé).

Síntesis de las tesis sostenidas en las citadas sentencias, es la siguiente: es procedente la compensación, terminado el contrato de trabajo, si media orden escrita del trabajador o mandato judicial; sin tales requisitos, las retenciones de salarios y prestaciones por parte del patrono dan lugar a la indemnización por mora; la compensación está regulada por el Código del Trabajo lo mismo que la retención, (artículos 49, 149 y 65) por lo cual no es el caso de recurrir a las normas del Código Civil sobre la materia; la deuda patronal debe provenir del contrato de trabajo, por lo cual si se deriva de una obligación civil o mercantil, la justicia laboral no es competente para decretar la compensación.

Segundo grupo

Admiten la compensación civil los fallos del Tribunal Supremo y de esta Sala que en seguida se relacionan: el de octubre de 1952 (G. del T. t. IX P. 195); el de 16 de febrero de 1954 (juicio de Miranda contra Chardon); el de 9 de abril de 1954 (juicio de Matiz contra Fábrica de Grasas); el de 20 de noviembre de 1954 (juicio de Cooperativa de Consumo de Bogotá contra Estévez); el de junio de 1955 (juicio de Torres contra Compañía de Luz y Molino Moderno); el de

20 de junio de 1955 (juicio de García contra Bordados Naptco); el de 19 de junio de 1958 (G.J. t. LXXXVIII. Ps. 330 y 331); el de 8 de abril de 1960 (G.J. t. XCII P. 729).

Resumen de las doctrinas contenidas en dichos fallos es el siguiente: es válida la compensación en el derecho del trabajo, con fundamento en las normas pertinentes del Código Civil, terminado el contrato laboral, si la deuda patronal tuvo su origen en la relación contractual con su trabajador; sería injusto no admitirla, ya que se obligaría al patrono a perder una suma que en realidad no es de propiedad del trabajador; además, se le obligaría a seguir una acción civil para obtener el pago, de dudosos resultados frente a la insolvencia casi general de los trabajadores; no sería equitativo que mientras se da al trabajador la posibilidad de beneficiarse con préstamos, avances o mercaderías del patrón, se negara a éste el derecho de reembolso o se le enviara a acción distinta, civil o laboral, de resultados inciertos; el rechazo de la compensación implica un enriquecimiento sin causa, porque el trabajador se beneficia de los salarios que en forma de anticipos o préstamos se le facilitan y después obtiene una condena a su favor por los mismos salarios, de suerte que en realidad lograría un doble pago por el mismo concepto; cuando la compensación se deduce en juicio, no se requiere orden escrita del trabajador.

—IV—

Reflexiones sobre la ley laboral y la jurisprudencia

11. **La Ley.** Las normas prohibitivas de la compensación rigen durante la vigencia del contrato laboral; concluido éste, aquélla queda bajo el imperio de las normas pertinentes del Código Civil. Se trata de dos situaciones distintas que, por lo mismo, no pueden ser resueltas con el mismo criterio. Se apoyan los anteriores conceptos en estas razones:

Vigente el contrato, el empleado se halla bajo la inmediata dependencia y subordinación del patrono, quien prevalido de esa posición, no vacilaría en obtener el pago de sus acreencias directamente, deduciéndolas de los salarios y prestaciones; para evitarlo, la ley del trabajo exige autorización previa escrita del trabajador, y, en su defecto, el mandamiento judicial. Sin esas restricciones, el fenómeno compensatorio se produciría **ipso iure**, conforme a las reglas del Código Civil.

Terminado el contrato, desaparecen los peligros que el legislador quiso conjurar; patrono y asalariado vuelven al plano de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual. En la situación que se examina, es pleno el derecho de disposición del empleado sobre las sumas que reciba del patrono por cualquier concepto; nada le impediría, si así lo quiere, dedicarlas a la satisfacción de cualquiera necesidad, v.gr., la de pagar deudas con cualquier causa jurídica en favor del patrono o de terceros.

No son, pues, perpetuas o permanentes, las prohibiciones de la ley del trabajo, sino temporales, y, por consiguiente, no puede prolongarse su observancia más allá de la situación específica y concreta que quisieron contemplar; extender el privilegio de las prohibiciones con posterioridad a la expiración del contrato, se prestaría para cohonestar el incumplimiento de las obligaciones, finalidad que no puede atribuirse al legislador.

En consideración al salario y prestaciones, el patrono le hace al empleado préstamos y anticipos del salario; le entrega a crédito mercancías y víveres de los que produce o distribuye, etc. Son operaciones de interés para el trabajador en todos los casos de dificultades o urgencias económicas, autorizadas por la ley; se trata de negociaciones inspiradas en la buena fe y en la confianza que al patrono le merece el empleado, para cuya celebración aquél tuvo en cuenta sin duda los derechos del deudor derivados del contrato. Sirven esos motivos para explicar que el patrono no se preocupe por obtener autorización previa escrita del deudor para las deducciones; si expirado el contrato ha de continuar vigente la tutela in-

tervencionista, la consecuencia sería la de cerrale al trabajador las puertas del crédito; no se arriesgaría el patrono a ejecutar con él operación alguna por el temor de que la obligación insoluta no le sea satisfecha. Es cierto que podría obtener el pago ejerciendo la correspondiente acción, pero su efectividad, en la mayoría de los casos, no sería posible por falta o insuficiencia de bienes del trabajador; en el medio colombiano es hecho notorio el de que sus facultades económicas son reducidas.

No se oponen a las tesis expuestas la retención, que después de terminado el contrato de trabajo, autorizan los artículos 250 y 274 del CST., porque el acto se funda en hechos que tuvieron ocurrencia durante la vida de aquél, de manera que la retención es un efecto de esos hechos, no su causa eficiente.

A igual consideración se presta la retención de que trata el artículo 65 del CST. La deuda por salarios y prestaciones que terminado el contrato el patrono no puede retener si para ello no está autorizado por la ley o el convenio de las partes, so pena de soportar la sanción de que habla el precepto, es la que resulta a su cargo, derivada del vínculo, lo cual significa que es éste su causa jurídica.

La jurisprudencia

1. No merecen reparos los fallos que admiten la compensación civil, si la deuda patronal es de dinero, líquida y exigible y a la vez tiene su origen en el contrato de trabajo, sin necesidad de orden previa escrita del trabajador ni mandato judicial distinto de la resolución judicial que declara probado en juicio este medio extintivo de las obligaciones. Por tanto, la Sala reitera la anterior doctrina.

Una observación tiene que hacer al concepto emitido en tales decisiones, en el sentido de que si la deuda patronal es de origen civil o mercantil, no es competente la justicia del trabajo para decidir sobre compensación, porque en tal caso la obligación no proviene del contrato laboral. No comparte la Sala ese concepto; el préstamo que el patrono le hace al empleado, es una figura jurídica de la ley civil, y, en su caso, puede tener su causa en la mercantil. Se admite por la jurisprudencia en examen su compensación con deudas laborales si fueron contraídas durante la vida del contrato y por razón del mismo, luego no podría aceptarse, con base en dicha jurisprudencia, que la justicia laboral carece de competencia para decretar la compensación. Al tenor del artículo 2º del CPL., fue instituida la jurisdicción especial del trabajo para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo, y no puede remitirse a duda que las obligaciones compensables en favor del patrono, si no emanan directamente de la relación laboral, surgen con ocasión de ésta, esto es, de modo indirecto.

13. Consideración especial merecen las tesis que sostienen las sentencias de junio de 1955, junio de 1958 y abril de 1960, antes citadas. Admiten la compensación civil, pero desde la sentencia que la reconoce, de manera que si no aparece justificada la buena fe del patrono, estiman pertinente la condena al pago de la indemnización moratoria desde que termina el contrato hasta la fecha del pronunciamiento judicial; del anterior concepto se deduce que le dan a la decisión del Juez efecto atributivo y no declarativo.

Al respecto la Sala observa:

14. El artículo 65 del CST., expirado el contrato, no tiene aplicación, trátese de compensación ipso iure o simplemente judicial. Si lo primero, el patrono que opone la compensación en juicio no está reteniendo deuda alguna del empleado, porque los dos créditos recíprocos se extinguen desde que ambos reunen los requisitos exigidos por el derecho común (Art. 1715 del C.C.) y que, para el caso, se dan desde que el contrato de trabajo expira; en efecto, en ese momento ya existía la deuda patronal y en el mismo momento adviene a la vida del derecho la del trabajador, por lo menos, la de determinados créditos por prestaciones, como el relativo a la cesantía. Si lo segundo, si es verdad

que en la compensación judicial, la falta de cualquiera de las condiciones de la legal (inexistencia de la deuda, su liquidez o exigibilidad, por ejemplo) determina que el crédito opuesto en compensación dependa del pronunciamiento del Juez y que solo en ese momento se opere dicho fenómeno, no por ello podría sostenerse que hasta la decisión judicial el patrono estuvo reteniendo créditos laborales, y, por tanto, que procede contra él la sanción por mora del citado artículo 65 desde la expiración del vínculo laboral hasta la fecha de la sentencia.

15. El efecto declarativo que se asigna a la decisión judicial en el caso de la compensación **ope legis** y el atributivo que se predica de la compensación judicial, no modifica la consecuencia de que en ambos las dos deudas recíprocas queden canceladas sin que haya lugar a sanción por mora. Puede admitirse sin embargo la retención de créditos laborales hasta la resolución judicial; no sería un desacierto aceptarla, porque la retención y la compensación, en opinión de los autores, son instituciones afines; es un hecho cierto que se retiene para deducir y se deduce para compensar. Pero si la materia se enjuicia a la luz del precepto laboral mencionado y no se la separa de los pertinentes de la ley civil, se corre el riesgo de entrar en confusiones. Analizada con vista en la segunda, se tiene: resultado de toda compensación es la extinción de las dos deudas recíprocas; en la legal ese hecho era cierto antes de la promoción del juicio en que se alega; en la judicial la certeza del hecho proviene de la sentencia. Si ésta lo reconoce era porque al patrono, al alegar la compensación, lo asistía derecho al contracrédito a cargo del trabajador, negado o discutido por éste. Para su reconocimiento solo hacía falta la comprobación del Juez. En todo caso, si de retención por el patrono de créditos laborales puede hablarse, habría que decir que la autorización para tal caso emana de la propia ley civil que permite la compensación, y es obvio que quien procede en uso de facultad legal, no se hace acreedor a sanción alguna.

16. Es oportuno decir aquí que no es especie de compensación judicial la que el Juez reconoce con base en la confesión del deudor, como tampoco la que proviene de documentos bajo su firma, reconocidos en el juicio o cuya autenticidad se acredita en éste. No se trata en tal caso de inexistencia de la deuda o de inexigibilidad o iliquidez de la misma, sino de simple formalidad probatoria, insuficiente para desvirtuar el hecho de que la obligación surgió a la vida legal con anterioridad a la sentencia, limitándose ésta a reconocerlo.

17. También conviene advertir que si la deuda del patrono no cubre el valor del crédito laboral, es obligación de aquél pagar o consignar la diferencia en su oportunidad, trátese de compensación legal o judicial. El empresario debe saber cuál es el monto de la obligación a su cargo, de manera que si no la cancela totalmente en la forma indicada, debe soportar la condena a que lo sujeta el artículo 65 del CST. Con todo, las circunstancias de este hecho pueden variar la anterior conclusión, porque si la falta de pago o de consignación de la diferencia se basa en la creencia fundada, justificada en el proceso, de que al patrono le asistían razones atendibles para estimar que el valor de su crédito cubría el del empleado, el Juez está facultado, con aplicación de doctrina muy conocida, para eximirlo de la sanción moratoria.

En los términos anteriores deja definido la Sala su criterio sobre el tema de la compensación y aclaradas y rectificadas las doctrinas recibidas por la casación laboral en las sentencias de que se ha hecho mérito.

Resolución

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, adminisetrando 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.

Firman los Magistrados:

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ACCIDENTE DE TRABAJO. — PENSION OFICIAL DE INVALIDEZ. — RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION EN LAS OBRAS PUBLICAS EJECUTADAS POR SUS CONTRATISTAS.

El "carácter permanente" de un empleo público o de una labor oficial no puede referirse sino a la naturaleza del cargo o de la plaza que se ocupe. — Alcance del parágrafo 1º del artículo 3º del Decreto Nº 1600 de 1945. — Error en la parte motiva de la sentencia que no incide en la resolutiva. — Concurrencia, para los trabajadores oficiales, de la pensión de invalidez con la indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

1. El "carácter permanente" de un empleado público o de una labor oficial cualquiera no puede referirse a la duración del vínculo entre la administración y un empleado u obrero determinado, sino a la naturaleza del cargo o plaza que éste ocupe. Pues de no ser así, ningún servidor oficial tendría carácter permanente, ya porque la Constitución o la ley señalen período, ya porque su nombramiento y remoción dependan del arbitrio del superior, ya, en fin, porque puede renunciar en cualquier tiempo o porque, tratándose de obreros, se agoten las apropiaciones para la obra pública o se extingan sus contratos por cualquier causa legal. De ahí que el Ministro, el Gobernador, el Alcalde, los oficinistas, los agentes de policía, etc., aunque sean removidos al día siguiente de la posesión hayan tenido, mientras ocuparon el empleo, "carácter permanente" para efecto de sus prestaciones sociales.

Por excepción, hay empleados u obreros oficiales de carácter transitorio; pero el artículo 41 del Decreto Nº 2127 de 1945, citado por el recurrente, define como "trabajo ocasional, accidental o transitorio... el de corta duración, no mayor de un mes, que se refiera a labores distintas de las actividades normales de la empresa o negocio". Y es obvio que la construcción, ampliación y sostenimiento de las carreteras y caminos públicos no son labores extrañas a las actividades normales de la administración, en todos sus niveles, sino por el contrario función muy típica suya.

No sobra agregar que el parágrafo 1º del artículo 3º del Decreto Nº 1600 de 1945 (aplicable en el ámbito departamental y municipal conforme al artículo 1º del Decreto Nº 2767, citado también en el recurso), dispuso: "Los empleados y obreros nacionales se presumen como de carácter permanente, mientras no se demuestre que sus cargos o plazas han sido suprimidos o van a suprimirse dentro de los tres meses subsiguientes a su creación". Y ya se vio cómo, en el caso de autos, las obras contratadas por Barrera con el Departamento demandado, y en las cuales sufrió el accidente Rodríguez, duraron por lo menos ocho meses, aunque Rodríguez trabajara en ellas menos tiempo.

El mencionado error incidió en la parte resolutiva de la sentencia impugnada, porque solamente en consideración a que el actor (cuya calidad oficial se admite en ella, sin que el Departamento la recurriera en casación) no tuvo carácter permanente como obrero en la carretera a Girardot, el sentenciador denegó la pensión de invalidez reclamada, dejando así de aplicar, siendo per-

tinentes, los artículos 17, literal c) de la Ley 6ª de 1945; 11 del Decreto 1600 de 1945 y 1º y 4º del Decreto 2767 del mismo año, que instituyen esa prestación para los obreros departamentales y que el acusador invoca.

2. En la motivación de la sentencia se incurrió en un error: Al tratar de las prestaciones por accidentes de trabajo se habla del artículo 204 del CST., en vez de los artículos 4º y 10º de la Ley 64 de 1946 en relación con el 22 de la Ley 6ª de 1945 y con los artículos 1º y 4º del Decreto 2767 de 1945, que son los pertinentes a trabajadores oficiales. Pero ese error no incide en la parte resolutiva porque ésta, en relación con el accidente sufrido por el demandante se limita a confirmar la declaración de cosa juzgada, cuyo fundamento legal no es objeto del ataque.

3. A diferencia de lo que ocurre con la pensión de invalidez consagrada por el artículo 278 del CST., para los trabajadores de empresas particulares con capital de $ 800.000.00 ó más, la de los trabajadores oficiales no toma en consideración la causa de la invalidez sino el estado de inválido. Esta última, por tanto, es concurrente con cualquier indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional, y solamente excluye la cesantía y la pensión jubilatoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., junio catorce de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade).

Segundo Rodríguez Castro afirma haber sufrido un accidente de trabajo que lo dejó total y definitivamente incapacitado para cualquier labor remunerativa cuando prestaba sus servicios al Departamento de Cundinamarca en la ampliación de la carretera Bogotá-Mesitas-Girardot, bajo las órdenes inmediatas del contratista de la obra, **José Alcides Barrera.** Agrega que con éste llegó a un acuerdo conciliatorio ante el Inspector del Trabajo, pero solo en cuanto a la indemnización del accidente. Con tales bases demandó al Departamento por la vía laboral para que se declare su solidaridad con el mencionado contratista y se le condene a pagarle seis meses de salario, o sea por el tiempo que duró su incapacidad; una pensión vitalicia de invalidez, y la indemnización moratoria desde la fecha del accidente hasta la de la conciliación con Barrera.

El juzgado del conocimiento, que lo fue el 1º del Trabajo de Bogotá, desató la litis declarando probada la excepción perentoria de cosa juzgada, por considerar que la pensión reclamada no se causa cuando la invalidez proviene de accidente, conforme al artículo 278 del CST., y que las demás prestaciones fueron materia de conciliación.

Por apelación del actor subieron los autos al Tribunal Superior de Bogotá cuya Sala Laboral encontró inaplicable el artículo 278 citado por tratarse de un trabajador oficial, pero igualmente inaplicable el literal c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 por no haber tenido Rodríguez el carácter de trabajador "permanente" del Departamento; y con ese fundamento y el de la aludida conciliación, decidió la alzada confirmando el fallo del **a-quo** respecto de la cosa juzgada y absolviendo a la entidad demandada en cuanto a la pensión de invalidez y la indemnización moratoria.

La sentencia de Tribunal llega ahora acusada en casación por el actor. De las improcedentes declaraciones que éste impetra de la Corte se alcanza a deducir que el recurso persigue la infirmación de dicha sentencia para que, en función de instancia, se revoque el fallo de primer grado y en su lugar se acceda a las súplicas del libelo inicial.

Con apoyo en la causal primera de casación laboral, formula el recurrente cuatro cargos, a cuyo examen se procede. No hubo escrito de oposición.

Primer cargo

"Violación directa de las siguientes disposiciones: Ordinal c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 11, 13, 14, 20 y 41 del Decreto 2.127 de 1945, artículos 1º y 4º del Decreto 2.767 y

artículo 11 del Decreto 1600, ambos de 1945, Decreto 841 de 1946 y artículos 19 y 492 del CST., y, además, indebida aplicación del artículo 12 de la Ley 153 de 1887".

Para sustentarlo, arguye el casacionista que esas normas, desconocidas por el sentenciador, admiten la existencia del contrato de trabajo entre las entidades oficiales y sus obreros, y establecen la solidaridad entre aquéllas y sus contratistas de obras públicas. Agrega que la pensión de invalidez para obreros oficiales no ha sido derogada por el CST. Y concluye:

"El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, desconoció la vigencia de todas las disposiciones sustantivas citadas en el presente cargo. Su texto es muy claro y completamente aplicable al caso que nos ocupa, e igualmente olvidó el Tribunal que los decretos reglamentarios dictados por el ejecutivo tienen la categoría de leyes y por ende de obligatoria aplicación".

La sentencia acusada dice textualmente: "Se establece que existió solidaridad entre esta última entidad (el Departamento), como dueña de las obras, y el contratista José Alcides Barrera, por lo cual el demandante bien podía iniciar la presente acción contra aquélla". Lo cual basta para que resulte impertinente la invocación de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 13, 14, 20 y 41 del Decreto 2127 de 1945, que regulan el contrato de trabajo en general y la solidaridad con ciertos contratistas.

Más adelante se lee en la providencia acusada: "Y no se diga que debe aplicarse el artículo 17, ordinal c), de la Ley 6ª de 1945, porque lo cierto es que tal norma solo le era aplicable a los empleados y obreros de carácter permanente. Por tanto, no procede esta súplica". No se desconoce, pues, tampoco "la vigencia" del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, ni del artículo 11 del Decreto 1600 de 1945, ni de los artículos 1º y 4º del Decreto 2767 de 1945, que inciden sobre las pensiones de invalidez de los asalariados departamentales, ni las de los artículos 19 y 492 del CST., que mantienen la aplicabilidad de dichas normas cuando se llenen los respectivos presupuestos.

De la larga lista de disposiciones cuya ignorancia se atribuye al sentenciador quedan, si mucho, el artículo 11 del Decreto 2127 de 1945, sobre renuncia de prestaciones, el 12 de la Ley 153 de 1887, sobre fuerza obligatoria de los decretos reglamentarios, y el Decreto 841 de 1946, sobre tabla de valuación de incapacidades por accidente de trabajo. Pero no explica el impugnante qué tienen que ver con el caso.

Se desecha el cargo.

Segundo cargo

"Violación indirecta por error de hecho en que incurrió el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de las siguientes disposiciones: artículo 492, ordinal c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945; artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 11, 13, 14, 20 y 41 del Decreto reglamentario de ésta número 2127 del mismo año; artículos 1 y 4 del Decreto 2767 y artículo 11 del Decreto Nº 1600, ambos de 1945 y Decreto Nº 841 de 1946, al haber dejado de apreciar las siguientes pruebas: las que obran a los folios siguientes del cuaderno principal: 3, 4, 5, 22, 29, 53, 30, 37, 49, 59, 62 y mala apreciación de las siguientes pruebas que obran a los folios: 7, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23 y 34".

A la primera lectura del prolijo alegato sobre estos puntos, propio más bien de las instancias, no logra sacarse en limpio cuáles son los errores de hecho que el acusador le imputa a la sentencia ni cuál el concepto de la violación de cada una de las numerosas normas que señala. Muchas de las circunstancias allí destacadas (el trabajo personal de Rodríguez; su subordinación a Barrera, el contratista; la naturaleza oficial del beneficiario de la obra; el accidente de trabajo y sus consecuencias; la solidaridad del Departamento con su contratista, etc.), son expresamente admitidas en el fallo. Su mención ayuda más a confundir que a aclarar el sentido de la impugnación.

Sin embargo, pueden entresacarse del alegato estos pasos capitales:

A. "...La renuncia (de las prestaciones) no es válida y de otra parte el actor en ningún momento declaró a paz y salvo al Departamento de Cundinamarca...".

"...La presente acción es distinta de la que se alegó en la diligencia del folio 53, es distinta de la que hoy se trata reclamar (sic) como es la tendiente a hacer efectiva la pensión de invalidez; luego, como es obvio, no puede prosperar la excepción de cosa juzgada...".

"...El actor transó (sic) y recibió el pago del valor de la indmenización por el accidente de trabajo, folio 53, de manos del contratista y las prestaciones de seis meses; pero en ninguna parte se le reconoció ni hay constancia de que el mismo contratista o el Departamento de Cundinamarca lo hayan hecho o lo estén haciendo... de pagarle la pensión de invalidez... Es claro, pues, que no cabe la excepción de cosa juzgada porque se trata de otra prestación y de otros derechos consagrados por normas legales distintas y la cual es compatible o concurrente con la indemnización por accidente de trabajo. El mismo Tribunal en sus considerandos llega a aceptar que el acuerdo fue sobre el pago de la indemnización proveniente a causa del referido accidente de trabajo".

B. "La interpretación indebida o mala que el Tribunal le da a la prueba del folio 34 es patente; deduce que el actor nunca fue trabajador del Departamento de Cundinamarca; pero ésta no se presentó para demostrar un hecho negativo, sino para acreditar con la del folio 35 que la vía administrativa había sido agotada, para tener el campo expedito para poder ejercer la acción ordinaria laboral que es la conducente en virtud de la existencia del contrato de trabajo entre Barrera y el actor, y la calidad de contratista independiente de Cundinamarca, del segundo".

C. "No se puede afirmar que el actor fuera un trabajador accidental, ocasional o transitorio en su labor, aunque se diga que hubiera durado muy poco tiempo desempeñando su labor como obrero, con el objeto de colocarlo en la excepción establecida por el ordinal c) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, porque lo fue de carácter permanente del contratista José Alcides Barrera".

Previo este intento de ordenación, la Sala considera:

A) El fundamento de la sentencia para confirmar la declaracón de cosa juzgada respecto de las prestaciones por accidente de trabajo, es la conciliación a que llegaron la víctima del accidente y el contratista José Alcides Barrera. En esa declaración se comprende, naturalmente, el auxilio económico de seis meses que el actor reclama de nuevo, por ser una de aquellas prestaciones, conforme a los artículos 4º y 10 de la Ley 64 de 1946 (que son los pertinentes a los trabajadores oficiales, en vez del 204 del CST., que equivocadamente cita el Tribunal) pero no la pensión de invalidez, que fue objeto de absolución específica por motivos distintos de la cosa juzgada y de la renuncia de prestaciones a que el cargo alude.

Si el sentenciador hubiera apreciado el acta de conciliación de folio 53 como prueba de que ese acuerdo se extendió también a la pensión de invalidez, la glosa del impugnante podría ser justificada. Pero habiéndola entendido circunscrita a las prestaciones derivadas del accidente mismo, y no de la invalidez total, no cabe ese reparo por error de hecho.

B) La sentencia dice que "a Fol. 34 el Departamento de Cundinamarca, por medio de la Resolución Nº 803 de 21 de marzo de 1958, manifiesta que el demandante nunca ha sido trabajador del Departamento, ni como empleado ni como obrero". Eso, textualmente, es lo que reza tal providencia administrativa. Pero que el sentenciador de allí "deduce que el actor nunca fue trabajador del Departamento de Cundinamarca" es una afirmación gratuita del impugnante, contradicha por el siguiente concepto del Tribunal: "Habida consideración de que el

actor estuvo vinculado por un contrato de trabajo que se rige por las leyes existentes con anterioridad a la expedición del CST., por haber laborado en una obra de propiedad de una entidad de derecho público".

C) En cambio, al dar por establecido en el proceso que el actor fue obrero oficial, pero no "de carácter permanente", el sentenciador incurrió en el evidente error de hecho que la acusación le atribuye.

Entre las pruebas singularizadas por el recurrente como mal apreciadas se indican el acta de conciliación de fls. 53 y el certificado oficial de fs. 23. Conforme al primero, el contratista Barrera no solo reconoce "seis meses de servicios" del actor en la obra contratada, sino que se obliga a pagarle las prestaciones por ese lapso, lo que reafirma la duración indicada en el documento, y como su fecha es 18 de agosto de 1955, los seis meses se remontarían hasta marzo del mismo año. Y de acuerdo con el segundo, los pagos al contratista por las obras ejecutadas en la carretera Bogotá-Mesitas-Girardot se prolongaron hasta el 16 de octubre, o sea por dos meses más.

Ahora bien: el "carácter permanente" de un empleo público o de una labor oficial cualquiera no puede referirse a la duración del vínculo entre la Administración y un empleado u obrero determinado, sino a la naturaleza del cargo o plaza que éste ocupe. Pues de no ser así, ningún servidor oficial tendría carácter permanente, ya porque la Constitución o la ley señalen período, ya porque su nombramiento y remoción dependan del arbitrio del superior, ya, en fin, porque puede renunciar en cualquier tiempo o porque, tratándose de obreros, se agoten las apropiaciones para la obra pública o se extingan sus contratos por cualquier causa legal. De ahí que el ministro, el gobernador, el alcalde, los oficinistas, los agentes de policía, etc., aunque sean removidos al día siguiente de la posesión hayan tenido, mientras ocuparon el empleo, "carácter permanente" para efecto de sus prestaciones sociales.

Por excepción, hay empleados u obreros oficiales de carácter transitorio: pero el art. 41 del Decreto Nº 2127 de 1945, citado por el recurrente, define como "trabajo ocasional, accidental o transitorio... el de corta duración, no mayor de un mes, que se refiera a labores distintas de las actividades normales de la empresa o negocio". Y es obvio que la construcción, ampliación y sostenimiento de las carreteras y caminos públicos no son labores extrañas a las actividades normales de la Administración, en todos sus niveles, sino por el contrario función muy típica suya.

No sobra agregar que el parágrafo 1º del art. 3º del Decreto Nº 1600 de 1945 (aplicable en el ámbito departamental y municipal conforme al art. 1º del Decreto Nº 2127 citado también en el recurso) dispuso: "Los empleados y obreros nacionales se presumen como de carácter permanente, mientras no se demuestre que sus cargos o plazas han sido suprimidos o van a suprimirse dentro de los tres meses subsiguientes a su creación". Y ya se vio cómo, en el caso de autos, las obras contratadas por Barrera con el Departamento demandado, y en las cuales sufrió el accidente Rodríguez, duraron por lo menos ocho meses, aunque Rodríguez trabajara en ellas menos tiempo.

El mencionado error incidió en la parte resolutiva de la sentencia impugnada, porque solamente en consideración a que el actor (cuya calidad oficial se admite en ella sin que el Departamento la recurriera en casación) no tuvo carácter permanente como obrero de la carretera a Girardot, el sentenciador denegó la pensión de invalidez reclamada, dejando así de aplicar, siendo pertinentes, los Arts. 17, literal c), de la Ley 6ª de 1945; 11 del Decreto Nº 1600 de 1945, y 1º y 4º del Decreto Nº 2767 del mismo año, que instituyen esa prestación para los obreros departamentales y que el acusador invoca.

Este cargo prospera, por el aspecto que se deja expresado.

Tercer cargo

"Violación directa por falta de aplicación del Decreto 2797 de 1949".

Dice al respecto la sentencia acusada: "No habiendo obligación alguna a cargo de la parte demandada, mal pueden prosperar los salarios caídos a que se contrae la petición 5ª del libelo de demanda".

El fallador no ignora, pues, la respectiva norma ni se rebela contra su imperio sino que exige el presupuesto que ella implica: la deuda laboral insoluta. Fuera de que, tratándose de un simple decreto reglamentario, su invocación no constituye proposición jurídica completa susceptible de ser considerada en casación, por faltar la referencia a la disposición legal reglamentada de la cual deriva su fuerza obligatoria.

No se admite el cargo.

Cuarto cargo

"Violación directa del Art. 204 del CST. por aplicación indebida, en relación con el Art. 492 ibídem, y Art. 3º ibídem".

"La disposición aplicable al caso —agrega el recurrente— es el ordinal c) del Art. 17 de la Ley 6ª de 1945, que está vigente para los obreros oficiales y obreros de contratistas oficiales, y no el Art. 204 ibídem (sic) por así haberlo dispuesto el art. 492 ibídem (sic)".

Realmente, en la motivación de la sentencia se incurrió en un error: al tratar de las prestaciones por accidente de trabajo se habla del Art. 204 del CST, en vez de los Arts. 4º y 10 de la Ley 64 de 1946 en relación con el 22 de la Ley 6ª de 1945 y con los Arts. 1º y 4º del Decreto 2767 de 1945, que son los pertinentes a trabajadores oficiales. Pero ese error no incide en la parte resolutiva porque ésta, en relación con el accidente sufrido por Rodríguez, se limita a confirmar la declaración de cosa juzgada, cuyo fundamento legal no es objeto del ataque.

El cargo es inválido.

Habiendo prosperado en uno de sus aspectos el segundo cargo formulado contra la sentencia, ésta será casada parcialmente, en lo tocante a la pensión de invalidez y para ese efecto, en función de instancia, la Sala hace las siguientes consideraciones:

1º En la súplica 6ª del libelo inicial pidió el actor que se condene al Departamento de Cundinamarca a pagarle una pensión mensual vitalicia de invalidez "en la cuantía de doscientos pesos mensuales, desde el día 19 de agosto de 1955, en adelante".

2º Con la declaración de Ana Delia Cajamarca de Cárdenas y con el acta de conciliación se demostró que el accidente de trabajo acaeció el 15 de julio de 1955.

3º En cuanto a las consecuencias del mismo, afirma la testigo: "Yo tuve que ayudarlo a alzar; fue cuando quedó en una situación terrible, que votaba (sic) sangre por todas partes; estaban abriendo roca para hacer el ensanche de la carretera cuando Rodríguez puso un fulminante debajo de una piedra, o sea de la roca que iba a romper, para abrir el ensanche y le explotó y lo dejó ciego; yo estaba presente y por eso me consta y ayudé a levantarlo, y quedó privado del conocimiento".

4º El arreglo conciliatorio que consta en el acta de 18 de agosto del mismo año, "consiste en el reconocimiento de veinticuatro meses de salario, teniendo en cuenta un sueldo mensual de $ 111.00, lo que dá un total de $ 2.664.00; para dicha liquidación se tuvo en cuenta el Art. 209 (sic) numeral 23, que dá un porcentaje del ciento por ciento que equivale a veinticuatro meses de salario"; y firma el acta un testigo "por el señor Rodríguez, quien no puede firmar por falta de la vista".

5º Al folio 49 del cuaderno principal aparece el dictamen Nº 087-S, de la División de Medicina del Trabajo del Ministerio del ramo, con fecha 7 de febrero de 1959, según el cual, "Segundo Rodríguez Castro presenta actualmente la pérdida total de la visión, lo cual en nuestro concepto le ocasiona un estado de gran invalidez que lo incapacita total y definitivamente para el desempeño de cualquier profesión u oficio remunerativo".

6º El Art. 17 de la Ley 6ª de 1945, entre otros derechos, consagró en su literal c) el de "pensión de invalidez al empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras dure la incapacidad, equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado, sin bajar de $ 50.00 ni exceder de $ 200.00. La pensión de invalidez excluye la cesantía y la pensión de jubilación".

7º A diferencia de lo que ocurre con la pensión de invalidez consagrada por el Art. 278 del CST. para los trabajadores de empresas particulares con capital de $ 800.000.00 o más, la de los trabajadores oficiales no toma en consideración la causa de la invalidez sino el estado de inválido. Esta última, por tanto, es concurrente con cualquier indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional, y solamente excluye la cesantía y la pensión jubilatoria.

8º La pensión oficial de invalidez debe pagarse "mientras dure la incapacidad". Es de suponer que la ceguera total de Rodríguez, iniciada el 15 de julio de 1955 según el testimonio arriba transcrito, y en apariencias subsistente el 18 de agosto del mismo año, cuando la conciliación, se mantuvo, sin mejorías temporales ni recesión, hasta el 7 de febrero de 1959. Pero en los autos no hay rastros de pruebas en relación con ese interregno, fuera de que tampoco existe ningún dictamen médico coetáneo con el accidente y su conciliación, respecto del grado de incapacidad de entonces. Pesaba sobre el demandante la carga de la prueba, y no hizo ningún esfuerzo para aportarla. La Sala no encuentra, pues, base sólida para cobijar con la pensión el período transcurrido entre la causa inequívoca de la lesión, el accidente, y el único examen de facultativo que define el grado de la incapacidad sobreviniente.

9º El último salario mensual de Rodríguez hasta el trágico suceso en que perdió la vista, admitido conjuntamente por él y por Barrera, contratista de la carretera departamental, en la diligencia de conciliación, fue de ciento once pesos, sobre cuya base se liquidó y pagó la respectiva indemnización de veinticuatro mensualidades por el accidente de trabajo. El acta en que ello consta ha obrado en este proceso sin que el Departamento demandado la impugnara ni desvirtuara. La pensión de invalidez que se decrete será, pues, de ciento once pesos mensuales mientras la invalidez de Rodríguez subsista, sin perjuicio de los reajustes o aumentos de su cuantía a que haya lugar conforme a las leyes pertinentes.

10. Para ordenar el reintegro o deducción de la cesantía recibida por Rodríguez en razón de sus servicios en la aludida carretera, falta el dato concreto correspondiente. Es probable que esa cesantía se encuentre involucrada en los "ochenta pesos" que el contratista reconoció como "valor de las prestaciones sociales de seis meses", según se lee en el acta de conciliación. Pero la indeterminación de lo recibido a ese título haría arbitraria cualquier decisión concreta sobre reintegro.

11. Al prosperar en el recurso extraordinario una de las súplicas del libelo inicial, la condena en las costas del juicio, fulminada contra el actor, deberá ser modificada.

12. Finalmente, la responsabilidad del Departamento de Cundinamarca en relación con la pensión que ha de decretarse en favor del demandante, proviene de su calidad de beneficiario de las obras en la carretera Bogotá-Mesitas-Girardot, y del contrato celebrado por la entidad con José Alcides Barrera para la ejecución de las mismas. Presupuestos de la solidaridad legal que, afirmados por el actor, no fueron siquiera discutidos en este juicio y que da por establecidos la sentencia de segunda instancia, sin reparo ninguno de la parte demandada. (Ver los Arts. 7º de la Ley 133 de 1933; 12 de la Ley 10 de 1934; 1º de la Ley 38 de 1946; 17 del Decreto 709 de 1940 y 4º y 5º del Decreto 2127 de 1945).

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto, por su ordinal 2º, ab-

suelve al Departamento de Cundinamarca de la petición 6ª de la demanda y por su ordinal 3º confirma el segundo del fallo de primera instancia, y en su lugar reconoce a favor de **Segundo Rodríguez Castro** el derecho a percibir del Departamento de Cundinamarca una pensión de invalidez, mientras subsista su incapacidad para toda profesión u oficio y a partir del día siete de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve, por valor de **ciento once pesos mensuales** ($ 111.00); y condena a la parte demandante en el 50% de las costas de la primera instancia. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REAJUSTE DE SUELDOS A SERVIDORES DEL RAMO DOCENTE, CONFORME AL DECRETO 0010 DE 1958

Condena por tal concepto al Departamento de Antioquia. — Agotamiento de la vía gubernativa. — Documentos públicos. — Errores de hecho y de derecho. Error de técnica al acusar unos mismos preceptos legales por dos conceptos distintos: aplicación indebida e interpretación errónea. — Estudio acerca de la inaplicabilidad del Decreto Legislativo Nº 0010 de 1958 a los servidores Departamentales del ramo docente, por ser inconstitucional, y a la incompetencia de la justicia del trabajo para conocer del caso litigioso. — La Corte ratifica sobre el particular, su tesis expuesta en sentencia de 31 de octubre de 1962. — Alcance del artículo 1º de Ley 64 de 1947.

Cuanto a la violación del Art. 1º de la Ley 64 de 1947 es de observarse que esta disposición no tiene el alcance que le da el recurrente o sea el de identificar la palabra oficial con nacional. La norma se refiere a las pensiones por concepto de jubilación nacional de los servidores del ramo docente que actualmente gozan de ella, o sea aquélla que reconoce la Nación a todos los maestros de escuela primaria, sin distinguir el origen de sus cargos. Nada más dice la disposición y aun cuando en el epígrafe de la ley se dice "por la cual se aumentan las pensiones de jubilación de los maestros de escuela primaria oficial y se reforma el Art. 5º de la Ley 43 de 1945", ella se debe a que la Nación concede una pensión de jubilación a todos los maestros de escuela primaria, sean nacionales, departamentales o municipales o sean los maestros oficiales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., junio diez y seis de mil novecientos sesenta y cinco.

Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco, Auxiliar de Casación Laboral.

Margarita Barrera, por medio de apoderado, demandó al Departamento de Antioquia, representado por su Gobernador, para que mediante los trámites del juicio ordinario Laboral de mayor cuantía, se condene a dicha entidad a pagarle los reajustes de sueldos correspondientes, conforme a lo prescrito en el Decreto 0010 de 1958.

Según los hechos de la demanda, Margarita Barrera ha venido prestando servicios al Departamento de Antioquia, como profesora del Instituto Pedro Pablo Betancourt, con el carácter de inscrita en el Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria; el Departamento no le ha pagado, por dicho concepto, los sueldos mínimos fijados en el Decreto Legislativo 0010 de 1958, sino otros inferiores , por lo cual le adeuda la diferencia; la vía gubernativa se encuentra agotada.

Notificada la demanda al señor Gobernador de Antioquia, éste la contestó oportunamente. Propuso la excepción de petición antes de tiempo, con fundamento en que no se había agotado la vía administrativa, y la de inexistencia de la obligación con base en que el Decreto 0010 de 1958 no obliga a los Departamentos a reajustar los sueldos de los maestros departamentales, sino que deja a discreción de dichas entidades la facultad de reajustarlos, pues los departamentos go-

zan de autonomía plena en el manejo de su patrimonio, con la misma autonomía que lo hacen los particulares, según se desprende de los artículos 182 y 183 de la Carta fundamental.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez Quinto del Trabajo de Medellín, quien conoció del juicio, condenó al Departamento de Antioquia a reconocer y pagar a la demandante Margarita Barrera Osorno, la suma de **seis mil cuatrocientos noventa y siete pesos** ($ 6.497.00) por reajuste de sueldos. Dicha sentencia fue apelada por la parte vencida. El Tribunal Superior de Medellín —Sala Laboral— al decidir la alzada, confirmó la sentencia de primera instancia.

El apoderado del Departamento de Antioquia interpuso el recurso de casación, el cual fue concedido. Admitido por esta superioridad, se presentó oportunamente la demanda de casación.

Alcance de la impugnación

"Pretendo se case la sentencia recurrida, por los motivos que expondré más adelante, se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva al Departamento de los cargos de la demanda, o se declare impedido para conocer de este negocio por no haberse agotado la vía gubernativa o no ser usted competente para conocer de él".

Con base en la causal primera formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Violación, por aplicación indebida del Decreto 0010 de 1958 y Art. 6º del C. P. L. y 7º de la Ley 24 de 1947; y por falta de aplicación del Art. 632 del C. J. de manera indirecta, a causa de errores de hecho y de derecho.

El error de derecho lo hace consistir en darle el valor de plena prueba al documento que obra en folio 38 o sea la copia de la Resolución Nº 2899 de 1951 de la Junta de Escalafón de la Enseñanza Secundaria expedida por el Secretario de Escalafón de la Secretaría de Educación Pública de Antioquia. El error de hecho lo hace consistir en darle a la Resolución cuya copia aparece en folio 13 el alcance de una negativa a la petición o de renuencia en decidir, y en consecuencia haber dado por establecido que se agotó la vía gubernativa.

Se considera:

Sobre el agotamiento de la vía administrativa dijo el Tribunal: "El Tribunal considera que en el evento a estudio se encuentra agotada la vía gubernativa, en la forma indicada por el Art. 7º, inciso 2º, de la Ley 24 de 1947 por cuanto que la demandante, por intermedio de apoderado, solicitó al Departamento de Personal de la Gobernación el reconocimiento del reajuste recabado en este juicio, mediante memorial presentado ante dicha oficina el 13 de agosto de 1959, memorial que fue devuelto en atención a que la Oficina de Personal consideró que no era competente para resolver sobre el particular. De conformidad con el Decreto 2733 de 1959. Art. 6º, "Parágrafo", la Oficina de Personal debió enviar la solicitud, en el término de ocho días a partir de su recibo, "al agente o funcionario que sea competente informando de ello al interesado". Luego, como transcurrió más de un mes sin recibir solución de fondo a la petición formulada, se agotó el procedimiento gubernativo, siendo inoperante la excepción de petición antes de tiempo propuesta por la entidad demandada".

A juicio de la Sala el Tribunal no incurrió en el error de hecho señalado por el recurrente, pues el Dr. Arcesio Mejía, en su carácter de apoderado de la demandante, solicitó al Gobernador del Departamento. - S. de Personal, el reconocimiento de la suma que le corresponde a su mandante por concepto de reajuste de sueldos a partir de la vigencia del Decreto 0010 de enero de 1958. Esta solicitud se hizo el 13 de agosto de 1959 y con fecha de agosto 28 del mismo año el Departamento de Personal de la Gobernación de Antioquia dictó una providencia

cuya parte resolutiva dijo: "Devolver al Dr. Arcesio Mejía Jiménez las diligencias originales presentadas, con el objeto de obtener un reajuste de sueldos para las señoritas Emma Valencia Zapata, cédula Nº 108151; Angela Calle Velásquez, cédula Nº 81770 y Margarita Barrera Osorno, cédula Nº 43316, Profesoras del Instituto Pedro Pablo Betancourt (Escuela Modelo), por cuanto ese Despacho carece de competencia para conocer de la solicitud".

Es decir, que el Departamento de Personal no tomó ninguna decisión sobre la solicitud que se le hizo, por considerarse incompetente, y como según el Decreto 2733 de 1957, Art. 6º, parágrafo, en estos casos, como bien lo anota el Tribunal, debe remitirse el negocio "al agente o funcionario que sea competente informando de ello a los interesados", la conclusión a que éste llega, de que transcurrió más de un mes sin recibir solución de fondo la petición formulada, está ajustada a la realidad procesal. Si se considera que el sentenciador de segundo grado le dio al parágrafo del Art. 6º del Decreto 2733 de 1957 un alcance diferente, la infracción sería por interpretación errónea y no indirecta en virtud de error de hecho.

En cuanto al error de derecho, en realidad el documento que aparece al folio 38 y 39 es una copia de copia, expedida por funcionario departamental y ordenada expedir por otro funcionario departamental. No citó el recurrente ninguna disposición que señale quién es el funcionario competente para expedir las copias de las Resoluciones dictadas por la Junta Central de Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria; pero en el supuesto de que el Secretario de Escalafón no tenga competencia para expedir dichas copias, el cargo no prosperaría, pues refiriéndose la Ley Procesal del Trabajo al error de derecho debe señalarse la norma que lo contempla como violada y nó únicamente la del Código Judicial que señala la forma de expedir las copias de los documentos públicos. En un caso similar al que se estudia dijo esta Sala: "Ahora bien: los actos de voluntad de la administración pública, creadores de situaciones jurídicas impersonales o individuales y concretas, son solemnes, pues de ellos debe dejarse testimonio escrito. El documento es, pues, condición de su existencia. Un acto de esa clase es la Resolución número 5701 de 1957, expedida por la Junta Nacional del Escalafón de Enseñanza Secundaria. Por tanto, la clasificación de la actora como profesora de primera categoría en el escalafón es un hecho solemne, al cual la ley le asigna el carácter de documento público, y no puede establecerse en juicio por medio distinto del de la copia del documento que lo registra. La cuestión planteada por el recurrente se halla, por consiguiente, contemplada en la ley procesal del trabajo. En consecuencia, si por haberle dado el Tribunal a la copia del acto administrativo en referencia, expedida por funcionario incompetente, erró de derecho, no tendría éste por causa únicamente al Art. 632 del C. J., sino también las disposiciones citadas del estatuto de procedimiento laboral, de aplicación preferente. Cuando el punto debatido no está reglamentado por la legislación del trabajo, tanto en su aspecto material como de derecho probatorio o procedimental, puede acudirse a otras fuentes legales, pero si aquélla lo regula, no puede dejarse de lado el ordenamiento especial del ramo para reclamar la aplicación de estatutos pertenecientes a sectores distintos del derecho. Sobre la base de que quien debió expedir la copia del acto administrativo creado por la Junta Nacional del Escalafón era el secretario o el depositario de sus documentos, y no un empleado del orden departamental, es evidente que atribuirle valor de plena prueba entraña error de derecho, porque para estimar el instrumento público se requiere que la copia la expida funcionario competente, en ejercicio de sus funciones, por mandato del Juez si se aduce dentro del término probatorio del juicio, que es el mecanismo procesal establecido para el caso (Arts. 1758 del C. C. y 632 y 636 del C. J.). En el proceso civil sería irreprochable la glosa del recurrente, pero en el de trabajo el punto aparece legislado en las normas ya citadas del estatuto laboral, que no han sido materia de acusación". (Sentencia de 31 de octubre de 1962). En consecuencia no prospera el cargo.

Segundo cargo

Acusa la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida, e interpretación errónea de las disposiciones que sintetiza así: "a). Interpretación errónea de los Arts. 29 de la Ley 6ª de 1945, Art. único de la Ley 6ª de 1946 y 7º de la Ley 24 de 1947, puesto que los dos primeros se refieren a jubilación y no a sueldos, que es lo que aquí se reclama y el último de competencia a la justicia laboral, cuando ha habido denegación de justicia, pero solo cuando existe contrato de trabajo y del Decreto 0010 de 1958, pues no se refiere a los empleados departamentales y no fue expedido en desarrollo del Art. 32 sino del 121 de la Carta; b) Aplicación indebida del Art. 7º de la Ley 24 de 1947, porque esa disposición fue derogada por el C. de P. L.; del Art. 4º del Decreto 2127 de 1945 y 32 de la Constitución Nacional porque ambas disposiciones se refieren a industrias o empresas comerciales y la enseñanza secundaria departamental es un servicio público y porque el Legislador puede señalar sueldos mínimos en general, pero no en concreto; de los Arts. 2º y 6º del C. de P. L. puesto que la competencia de la justicia laboral para trabajadores ligados por un contrato de trabajo y no existe aquí ese contrato y, finalmente, el Decreto 0010 de 1958 porque, si se refiere también a servidores del Departamento, es inconstitucional y no puede ser aplicado por exigencia del Art. 215 de la Carta; c) Violación directa de los Arts. 215 de la Constitución que ordena aplicar la disposición constitucional, en caso de incompatibilidad con una disposición legal; de los Arts. 182, 187 y 199 de la Carta sobre autonomía de los departamentos para determinar sus propios asuntos, crear empleos y fijarles asignaciones y votar el presupuesto; del Art. 1º de la Ley 64 de 1947 que identifica la palabra oficial con lo nacional y de los Arts. 27 y 3º sobre interpretación de las leyes".

Como puede observarse, el recurrente acusa la violación de unos mismos preceptos por dos conceptos distintos: aplicación indebida e interpretación errónea, de manera directa. Este es un error de técnica, pues como lo ha dicho esta Sala, "cada una de esas modalidades tiene significado distinto, por lo cual es ineficaz atacar en un solo cargo unas mismas disposiciones legales por el doble concepto indicado. Se presenta la aplicación indebida cuando entendida rectamente una norma, sin que medien errores de hecho o de derecho, se la aplica a hecho probado llegando a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley; o cuando se da como probado un hecho alegado como básico, sin haber tenido ocurrencia, o viceversa, y sobre esa base se aplica la respectiva disposición legal a un hecho inexistente o deja de aplicarse a un hecho existente. La interpretación errónea de la ley proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, con independencia de toda cuestión de hecho. Como se ve, el error **in iudicando** en las dos hipótesis, es distinto. No se trata de nociones simplemente conceptuales sino de manifiesta objetividad, que el raciocinio puede descubrir mediante el examen de la actividad intelectual del fallador en el análisis que haga de los preceptos de la ley en el caso concreto sometido a su consideración. Por lo demás, la ley orgánica del recurso, al establecer las condiciones de forma de la demanda de casación (Arts. 90 del CPL), separa los tres motivos de la causal primera, de lo cual ha deducido la jurisprudencia, tomando en cuenta la significación que ella y la doctrina les han dado, que deben ser alegados independientemente". (Sentencia de 31 de octubre de 1962).

Sin embargo de lo anterior, la Sala estudiará lo referente a la inaplicabilidad del Decreto legislativo Nº 0010 de 1958 a los servidores Departamentales del ramo docente, por ser inconstitucional, y a la incompetencia de la Justicia del Trabajo para conocer del caso litigioso. Como ya la Corte estudió estos aspectos en la sentencia citada, por haberse planteado los mismos argumentos, se reproducirá lo que en esa oportunidad se dijo: "La Carta Política le señala al órgano jurisdiccional dos funciones distintas: la de administrar justicia, que en las relaciones jurídicas de derecho privado atribuye a la jurisdicción ordinaria, ejercida por todos los

órganos de la jerarquía judicial, entre los cuales figura la Corte Suprema: y la de control jurisdiccional de la ley, confiada a la Sala Plena de la Corte, conforme al Art. 214 de la Carta y leyes pertinentes. La jurisdicción de la segunda clase es extraordinaria.

"La función de la Corte, en sede de casación, es distinta de la que desempeña como tribunal constitucional. La primera controla la actividad de la jurisdicción ordinaria en orden a resguardar la recta aplicación e interpretación de la ley, corrigiendo toda desviación que la aparte de su recto sentido. La segunda tiene por objeto evitar que la ley vulnere los preceptos de la Constitución Nacional, con facultad, si ello ocurre, para declarar su inexequibilidad, con la consecuencia de que la ley deja de existir. La misión de casación no tiene otro alcance, pues se limita a confrontar la sentencia acusada con las normas legales pertinentes, velando por su fiel observancia, actividad que para nada influye en la existencia de la ley, pues respeta su vigencia.

"Con fundamento en las consideraciones que preceden la Sala se abstiene del estudio relativo a la inaplicabilidad del Decreto legislativo número 0010 de 1958, pues su quebranto lo funda el acusador, principalmente, en violación de textos constitucionales.

"Es verdad que por mandato del Art. 52 de la Carta, las normas de su Título III (Arts. 19 a 51) quedaron incorporadas en el Código Civil (título preliminar). Las disposiciones citadas, sin perder su jerarquía, descendieron a la categoría de leyes ordinarias y como tales su quebranto puede ser denunciado en casación. Pero para la viabilidad de un cargo en esta fase del proceso, el precepto constitucional debe tener alguna incidencia en la relación jurídica objeto del juicio, requisito que no llena la acusación. Es cierto que el recurrente le niega la facultad a la ley para imponerle obligaciones al departamento, como las que descubre en el Decreto 0010 de 1958, pero el reparo presenta una divergencia entre la Constitución y la ley, extraño a la misión de la Corte en casación. De otro lado, su inconformidad con la decisión recurrida, no radica en la oposición entre ella y preceptos de la Carta pertenecientes a su Título III, sino primordialmente entre el fallo y cánones de la Ley Fundamental relacionados con el régimen de la descentralización administrativa, del cual no se ocupa el mencionado título.

"Con todo, como el fallo hace mérito del Art. 32 de la Constitución, que sí juega en casación, la Sala debe examinar el ataque que contra él presenta el recurrente por aplicación indebida. Lo funda en el hecho de que el decreto no tiene por base la norma citada, sino la contenida en el Art. 121 de la Ley Suprema. En el caso —dice el cargo— de que el Gobierno se haya equivocado acerca de la facultad de que hizo uso al expedir el estatuto de 1958 sobre fijación de sueldos mínimos a servidores del ramo docente, incluyendo a los que presten servicios a los departamentos, el decreto es inconstitucional porque el Art. 32 de la Carta solo lo faculta para intervenir en la explotación de industrias y empresas "y la educación secundaria departamental no es ni lo uno ni lo otro y no puede entonces aplicarse al decreto por imperativo del Art. 215 de la Constitución y 5º de la Ley 57 de 1887".

"Como se ve, lo que sostiene el recurrente no es la contrariedad entre la sentencia y el Art. 32 del Estatuto Fundamental como cánon legal, sino entre el decreto y el Art. 32, expresando que aquél es inconstitucional por violación de éste. Aún dejando de lado el reparo, observa la Sala que el ad-quem acude a la Ley Suprema (Arts. 32, 182, 183 y siguientes) para reforzar la interpretación que hace del Decreto 0010 de 1958, no como fundamento principal ni exclusivo de su decisión.

"No es de recibo el argumento de que el decreto de 1958 es inaplicable al juicio porque pugna con el Art. 215 de la Constitución. El ordenamiento establece un sistema de control judicial de la ley, distinto del instituído por el constituyente en el Art. 214. Estructura una excepción, para cuya estimación se requiere que haya sido propuesta o alegada en las instancias del juicio. No ocurrió así en el caso de autos. Se aduce por primera vez en casación, motivo suficiente

para su rechazo, de acuerdo con jurisprudencias muy conocidas sobre el punto, recibidas por las Salas de Casación de la Corte.

"Respecto al otro tema que la acusación plantea (incompetencia de la justicia del trabajo para conocer del juicio) aunque el ataque del acusador presenta el mismo defecto de orden técnico de que adolece el que se deja examinado, la Corte pasa a considerarlo, por estas razones: la competencia es institución de orden público. Es una garantía social consagrada en el Art. 26 de la Carta y, por tanto, requisito indispensable para todo juzgamiento en forma legal. De ahí que el Juez tenga facultad para examinarla de oficio (Art. 455 del C. J.) y para decretar la nulidad del proceso si en éste se acredita su incompetencia.

"Sobre el punto la tesis del Tribunal es la de que, conforme al artículo único de la Ley 6ª de 1946, aclaratoria del inciso 2º del Art. 29 de la Ley 6ª de 1945, los profesores de enseñanza secundaria se hallan vinculados a la administración por contrato de trabajo. La misma vinculación existe —agrega— por mandato del Art. 4º del Decreto 2127 de 1945, pues la educación pública a cargo del Estado es empresa susceptible de ser manejada por un particular, evento en que el citado precepto dispone que la relación laboral entre el servidor oficial y la administración se considera regida por un contrato de trabajo.

"El recurrente combate la tesis del fallador en estos términos:

"La Ley 6ª de 1945 (Art. 29 inciso 2º) se refiere a jubilación de los servidores del ramo docente. Aclara ese precepto el artículo único de la Ley 6ª de 1946 en varios aspectos, diciendo que dichos servidores, para efectos de prestaciones sociales, se consideran vinculados a la administración pública por contrato de trabajo. Como se trata de ley aclaratoria lo que ella dispone debe entenderse en relación con la jubilación. En el supuesto de que comprenda toda clase de prestaciones sociales, no sería aplicable al juicio, porque en éste se reclaman sueldos y no prestaciones. Es cierto que el Art. 7º de la Ley 24 de 1947 incluye primas, sueldos, bonificaciones, etc., pero fue derogado por el estatuto procesal del trabajo.

"Tampoco es el caso del Art. 4º del Decreto 2127 de 1945. El Tribunal lo aplica indebidamente, porque la enseñanza secundaria no es institución fundada por el Departamento con ánimo de lucro, como lo pudiera hacer un particular, sino un servicio público, que presta obligatoriamente como persona de derecho público. Por el hecho de que un particular pueda fundar un establecimiento de enseñanza secundaria, como lo hace un Departamento, no se deduce que sea aplicable la norma del decreto. Lo que ésta quiso decir fue que si los departamentos, rebasando sus funciones en relación con el servicio público a su cargo, se dedican a empresas susceptibles de ser financiadas y manejadas por particulares, sus empleados no quedaban cobijados por el fuero que la Constitución le da en su autonomía, como entidades de derecho público, pero no como comerciantes o industriales, de acuerdo con el Art. 32 de la Carta. La cuestión es a la inversa: no es que a los departamentos les dé, al crear establecimientos de enseñanza secundaria, por invadir actividades privadas, sino que los particulares, con ánimo de lucro y para llenar los vacíos que aquéllos dejan, fundan establecimientos de esa clase, como se lo permite la Constitución (Art. 41). Por tanto, el adquem ha debido revocar la sentencia de primer grado, y de acuerdo con el Art. 2º del C. P. L. declararse impedido para conocer del negocio, ya que no existe contrato de trabajo entre el Departamento y los profesores de enseñanza secundaria.

"Observa la Sala:

"La Ley 6ª de 1945 (inciso 2º de su Art. 29) se refiere a los servidores del ramo docente oficial y establece la forma de liquidar sus pensiones de jubilación.

"La Ley 6ª de 1946 en su artículo único aclara el anterior precepto en cuanto al tiempo que debe tomarse en cuenta para liquidar la pensión en referencia, agregando que el ordenamiento ampara a los profeso-

res de enseñanza secundaria, universitaria y normalista, sean o no de tiempo completo, que presten o hayan prestado servicios con anterioridad a dicha ley. Hasta aquí la aclaración. Sin embargo, el ordenamiento expresa que, para efectos de prestaciones sociales, los nombrados profesores se considerarán como trabajadores vinculados por el nexo contractual a que se refiere el Art. 1º de la Ley 6ª de 1945. Este último aparte es una disposición nueva y no simplemente aclaratoria. Desde luego tal circunstancia no le resta valor al precepto como expresión de la voluntad legislativa. Conviene sí destacar que mediante tal previsión se incluye a los servidores del ramo docente en ella relacionados ligados a la administración por el vínculo contractual de trabajo, aunque únicamente en relación con prestaciones sociales.

"El ordenamiento en examen, más que una regla de competencia, es normativo de una situación jurídica. El precepto manda regir la relación laboral entre el empleado oficial y la administración pública por el contrato de trabajo. Con todo, existe estrecha relación entre la previsión legal y la competencia, pues basta la presencia del contrato de trabajo para que de éste surja como consecuencia necesaria el fenómeno procesal de la competencia. Así las cosas, toda acción que se derive directa o indirectamente de la relación contractual de trabajo queda sometida al conocimiento de la justicia laboral. Se presta el canon legal para esta interpretación, frente a lo que dispone el Art. 2º del C. P. L. No resulta, pues, manifiesto el quebranto de la disposición contenida en el artículo único de la Ley 6ª de 1946.

"La glosa de que el fallador infringió el Art. 7º de la Ley 24 de 1947, que el propio recurrente considera derogado por el estatuto procesal del trabajo, criterio que la Sala comparte y se conforma a decisiones suyas al respecto, no es aceptable. Por lo demás el ad-quem no lo tuvo en cuenta, de manera que si no operó en cuanto a la definición de la competencia, mal ha podido violarlo por aplicación indebida ni por ningún otro concepto.

"El Art. 4º del Decreto 2127 de 1945 establece la regla general de que las relaciones entre los empleados públicos y el Estado (nación, departamento, municipio) no constituyen contratos de trabajo, a menos que se trate: a) de la construcción o sostenimiento de las obras públicas; b) o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro; o c) de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma. En los eventos relacionados surge entre los nombrados sujetos un vínculo contractual de trabajo.

"El Tribunal colocó el caso de autos dentro de la excepción prevista en el literal c) la enumeración contenida en el párrafo anterior. Es hecho notorio en el país que al lado de los establecimientos docentes atendidos por las entidades de derecho público, existen planteles particulares de la misma clase en todos los grados de la enseñanza, como lo anota la sentencia. Luego su concepto no resulta desacertado. Los argumentos del recurrente no tienen, por consiguiente, el mérito de infirmarlo.

"Sobre la base de que las relaciones laborales de que se trata no dieran lugar a un contrato de trabajo entre las partes, afirma el recurrente que el fallador quebrantó, por indebida aplicación, el Art. 2º del C. P. L., a vista del cual la jurisdicción del trabajo conoce de todo conflicto jurídico que emane directa o indirectamente del contrato laboral.

"Es oportuno transcribir lo que sobre el tema dijeron los redactores del estatuto procesal: "Se atribuye a la justicia del trabajo exclusivamente el conocimiento de los litigios originados en el contrato de trabajo, de modo que se le suprime la facultad de decidir de los que se susciten entre la administración pública y sus servidores, para respetar una situación de hecho inmodificable, que obliga por ahora a conservar un fuero especial que aquélla tiene; de modo que solo conocerá la jurisdicción del trabajo de los litigios entre esa administración y sus trabajadores, cuando entre ella y éstos

existe un verdadero contrato de trabajo". (Subraya la Sala).

"El Tribunal llegó a la conclusión, con fundamento de los textos legales de 1945 y 1946 que aplica en la sentencia, que las relaciones entre los litigantes dieron origen a un contrato de trabajo. Si el supuesto de hecho se halla contemplado en la norma de competencia contenida en el Art. 2º del C. P. L., no puede hablarse, como lo hace el recurrente, de aplicación indebida de la citada disposición".

Cuanto a la violación del Art. 1º de la Ley 64 de 1947, que no fue estudiado en la jurisprudencia que acaba de transcribirse, es de observar que la disposición citada no tiene el alcance que le da el recurrente o sea el de identificar la palabra oficial con nacional. La norma se refiere a las pensiones por concepto de jubilación nacional de los servidores del ramo docente que actualmente gozan de ella, o sea aquélla que reconoce la Nación a todos los maestros de escuela primaria, sin distinguir el origen de sus cargos. Nada más dice la disposición y aun cuando en el epígrafe de la ley se dice "por la cual se aumentan las pensiones de jubilación de los maestros de escúela primaria oficial y se reforma el artículo 5º de la Ley 43 de 1945", ello se debe a que la Nación concede una pensión de jubilación a todos los maestros de escuela primaria, sean nacionales, departamentales o municipales, o sean los maestros oficiales.

En consecuencia no prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada dictada por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral.

Sin costas.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION A TRABAJADORES DE LA "EMPRESA DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA"

Normas que rigen la pensión de jubilación para trabajadores de empresas ferroviarias, oficiales y particulares. — Cesantía y jubilación. — Según la Ley Sustantiva del Trabajo, no existe opción entre estas dos prestaciones para trabajadores de empresas ferroviarias oficiales. — El Art. 28 del Decreto 652 de 1935, estableció el derecho de opción entre las dos prestaciones para los empleados particulares cuyas empresas concedían la pensión de jubilación. — Los Arts. 14 y 17 de la Ley 6ª de 1945, dispusieron que la pensión de jubilación excluía el auxilio de cesantía. — El Art. 9º del Decreto 2340 de 1946, viola el principio de la exclusión. — Requisitos para que los trabajadores de los talleres de empresas ferroviarias tengan derecho a la pensión de jubilación. — Error evidente de hecho y violación indirecta de los Arts. 1º de la Ley 63 de 1940 y 5º de la Ley 53 de 1945. — Indebida aplicación del Art. 1º de la Ley 77 de 1959. — Cuando se causó la pensión del demandante no regía el Art. 9º de la Ley 171 de 1961, por lo cual el ad-quem se abstuvo de aplicarla.

1. La pensión de jubilación, tanto para trabajadores de empresas ferroviarias oficiales como particulares, fue creada por la Ley 1ª de 1932. Posteriormente la Ley 10 de 1934 estableció el auxilio de cesantía para los empleados particulares. Nada dijo esta ley sobre pensiones de jubilación, pero el Decreto número 652 de 1935 que la reglamentó, dispuso en su Art. 28 que en aquellas empresas que tuvieran establecida la pensión de jubilación los trabajadores podían optar entre ella y el auxilio de cesantía.

Como los trabajadores de empresas ferroviarias particulares tenían derecho a la jubilación, se les aplicó a éstos el Art. 28 del Decreto 652 y en consecuencia hubieron de optar entre las dos prestaciones. Las Leyes 206 de 1938, 63 de 1940 y 49 de 1943, eliminaron el requisito de la edad para que algunos trabajadores de empresas ferroviarias, oficiales y particulares pudieran gozar de la jubilación después de haber prestado sus servicios durante quince o veinte años según las labores desarrolladas. Ninguna de estas leyes se refirió al auxilio de cesantía y su equiparación, para efectos de la opción, con la pensión de jubilación.

La Ley 6ª de 1945 en su Art. 14, ordinal c) creó la pensión de jubilación para los trabajadores de empresas particulares con un millón de pesos de capital, cuantía que fue disminuída en ochocientos mil pesos por la Ley 64 de 1946. También hizo extensivo el auxilio de cesantía para los obreros particulares en el ordinal b) del Art. 12. El Art. 17 de la citada ley, ordinal c), extendió a todos los trabajadores oficiales el derecho a la pensión de jubilación; dispuso que sería igual a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados y señaló veinte años de servicios y cincuenta de edad como requisito para gozar de la pensión. También creó el auxilio de cesantía para los trabajadores oficiales en el ordi-

nal a) de este artículo. Tanto el Art. 14 como el 17 de la Ley 6ª de 1945 establecieron que "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. Por último, la Ley 53 de 1945 estableció nuevas normas sobre pensión de jubilación para trabajadores de empresas ferroviarias, oficiales y particulares, sin que hiciera referencia al auxilio de cesantía al cual ya tenían derecho tanto unos como otros trabajadores.

Al decir las normas citadas que la pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, no confieren la facultad de optar entre las dos prestaciones al trabajador que reúne los requisitos para gozar de la primera, pues ésta desaloja a la segunda, la descarta, o en otros términos, quien adquiere el derecho a la pensión de jubilación pierde el que tenía al auxilio de cesantía. Es decir que no puede ejercerse la opción entre un derecho vivo, actual, y otro que ha desaparecido, que perdió su vigencia. Así lo entendió el Tribunal Supremo del Trabajo cuando sobre el particular se expresó en sentencias de 18 de diciembre de 1954. O sea que limitó la exclusión a la cesantía correspondiente a los veinte años de servicio, y permitió la concurrencia de las dos prestaciones por el tiempo excedente de este período.

Sin embargo, no fue este el criterio adoptado por el Art. 9º del Decreto 2340 de 1946 que dice: "La incompatibilidad entre el auxilio de cesantía y las pensiones de jubilación e invalidez, establecidas en los Arts. 14 y 17 de la Ley 6ª de 1945, no limita el derecho que el parágrafo 3º del Art. 13 de la misma ley otorga al trabajador para exigir la liquidación parcial o anticipada de su cesantía eventual con destino a la adquisición de vivienda o a la liberación de sus gravámenes, aunque al exigirla tenga veinte años o más de edad. Solamente cuando el trabajador sea retirado definitivamente de la empresa deberá manifestar si opta por la cesantía o por la pensión, sin que los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que haya recibido a cuenta de cesantía, signifiquen que ha optado ya por ésta".

Ahora bien: el Decreto 2340 de 1946 es reglamentario de las Leyes 6ª y 53 de 1945. Por lo tanto no podía exceder las disposiciones contenidas en ellas. Y eso fue lo que hizo en su Art. 9º al crear un derecho de opción entre la cesantía y la jubilación, partiendo del falso supuesto de que los Arts. 14 y 17 de la primera de las leyes lo habían establecido. Si una prestación excluye a otra no quiere decir que sean incompatibles en el sentido de que escogida cualquiera de ellas se pierda el derecho a la otra. La incompatibilidad no depende de la escogencia del trabajador o del patrono, sino de la primacía que el legislador le dio a la pensión de jubilación, que es la excluyente, sobre el auxilio de cesantía que es la excluída. Producido el fenómeno legal de la exclusión el trabajador no puede optar por una prestación a la cual ya no tiene derecho, por cuanto renunciaría en consecuencia, al que sí posee sobre la otra. No son dos prestaciones equiparables, pues el derecho a la pensión de jubilación es exigible, y el auxilio de cesantía, por haber sido excluído, ya no lo es. De tal manera que el Art. 9º de Decreto 3440 de 1946 no solamente excedió lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, sino que la contradice abiertamente, por lo cual no tiene aplicación, pues incurriría, si tal se hace, en violación de la propia ley que reglamenta.

De todo lo expuesto se concluye lo siguiente: a) Las leyes que establecieron la pensión de jubilación para los trabajadores de empresas ferroviarias oficiales, no les confirieron el derecho de optar entre ésta y el auxilio de cesantía. b) El Art. 28 del Decreto 652 de 1935, estableció el derecho de opción entre las dos prestaciones para los empleados particulares cuyas empresas concedían la pensión de jubilación. c) Los Arts. 14 y 17 de la Ley 6ª de 1945 dispusieron que la pensión de jubilación excluía el auxilio de cesantía, o sea que no era posible la opción entre ellas. d) El Art. 9º del Decreto 2340 de 1946 al disponer que se puede optar entre las dos prestaciones, viola flagrante-

mente el principio de la exclusión contenido en la ley que reglamenta, por lo cual no tiene aplicación alguna.

2. El Art. 1º de la Ley 63 de 1940 dispuso que "Los beneficios establecidos por el Art. 1º y siguientes de la Ley 1ª de 1932 y 206 de 1938, se extienden a los trabajadores de los talleres de las empresas ferroviarias oficiales o particulares, al cumplir los veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos, cualquiera que sea la edad. El Art. 5º de la Ley 52 de 1945 adicionó esta norma, diciendo que para tener derecho a la pensión solo se requería que la mayoría del tiempo de servicio corresponda a la actividad a que dicha disposición se refiere. De acuerdo con estas leyes, para tener derecho a la pensión de jubilación, tratándose de trabajadores de los talleres de las empresas ferroviarias, es necesario haber prestado servicio durante veinte años en dichas empresas, y que la mayoría de ese tiempo se hubiere trabajado en los talleres.

3. El Art. 2º de la Ley 77 de 1959 es muy claro cuando dice que el reajuste a que se refiere el Art. 1º de la misma ley, "se hará sobre el monto de la pensión liquidada con estricta sujeción a la ley vigente en el momento de causarse el derecho". Es decir que no se toma en cuenta el salario básico, como lo pretende el recurrente, sino el valor de la pensión inicial, salvo las excepciones establecidas en el Art. 3º de la misma ley.

4. Para llegar a la conclusión de que el auxilio de cesantía definitivo recibido por el demandante, debería descontarse aplicando la totalidad de las mesadas hasta cuando ellas cancelen el monto total de la cesantía de los veinte años, el Tribunal se apoyó en la doctrina de esta Sala sobre el particular, y en la cual se fija el alcance de normas diferentes a las señaladas por el recurrente como violadas. Así es que no pudo incurrir la sentencia acusada en interpretación errónea de las leyes relacionadas por el impugnador. Cuanto el Art. 9º de la Ley 171 de 1961, el ad-quem se limitó a decir que esta disposición no regía cuando se causó la pensión del demandante y se trabó la litis; es decir, que no la interpretó erróneamente, sino que se abstuvo de aplicarla.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., junio diez y nueve de mil novecientos sesenta y cinco.

Proyectó: Doctor José Eduardo Gnecco C. Auxiliar de Casación Laboral.

Juan Nepomuceno Amaya Sierra, por medio de apoderado, instauró demanda ordinaria de trabajo contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para que sean condenados al pago de la pensión de jubilación causada y no pagada, a partir del 1º de junio de 1953, o en subsidio, a partir de la fecha en que el demandante cumplió además de su tiempo de servicio, la edad requerida. Pide también que para fijar la cuantía de la pensión se tengan en cuenta los ordenamientos legales y los aumentos decretados por la Ley 77 de 1959, y que se descuente la cesantía definitiva de las mesadas causadas.

Como hechos de la demanda presentó las siguientes: "1º Mi poderdante prestó sus servicios al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales desde el mes de agosto de 1928, ininterrumpidamente, hasta el 1º de junio de 1953, en que fue despedido. 2º Mi poderdante prestó sus servicios ininterrumpidamente durante un tiempo total de 24 años, 5 meses y un día. 3º Mi poderdante devengó una asignación básica de doscientos ochenta y cinco pesos ($ 285.00) mensuales durante el último tiempo de sus servicios y una asignación promedio de trescientos treinta y siete pesos con sesenta y ocho centavos ($ 337.68) mensuales. 4º Mi poderdante prestó sus servicios en los Talleres de Carpintería de los Ferrocarriles Nacionales, como Carpintero y Contramaestre, durante todo su tiempo de servicios. 5º Mi poderdante recibió por concepto de cesantía definitiva la suma de ocho mil doscientos cuarenta y cinco pesos con noventa y cinco centavos ($ 8.245.95) M/cte. 6º Mi poderdante con posterioridad a su retiro cumplió los 50 años de edad. 7º Los Fe-

rrocarriles Nacionales de Colombia sustituyó al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales según los ordenamientos orgánicos de dicha entidad a que se refieren los Decretos números 3129 del 27 de octubre de 1954 y 3739 del 28 de diciembre del mismo año. 8º El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales era una persona autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio de carácter nacional, según la Ley 29 de 1931. 9º Mi poderdante ha solicitado a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia a partir de su retiro el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación y de ello dan cuenta las Resoluciones números 2287 de septiembre 21 de 1953 y 1608 de 7 de julio de 1955 y el Oficio número 08906/D1 de 4 de julio de 1957 obteniendo una respuesta negativa, así como la demanda gubernativa presentada con fecha 28 de octubre de 1960. 10. Según los Decretos números 3129 del 27 de octubre de 1954 y 3739 del 28 de diciembre de 1954 orgánicos de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la Nación mediante su Tesoro Público, se hizo cargo o asumió el pasivo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales existente al momento de crearse la nueva Empresa".

Citó en su favor la Ley 6ª de 1945, Decreto 2127 de 1945, Ley 53 de 1945, Decreto 2340 de 1946, Decretos 1160 de 1947, Ley 29 de 1945, Leyes 64 y 65 de 1946, Ley 77 de 1959, Ley 63 de 1940, Ley 29 de 1931 y Ley 17 de 1952.

Admitida la demanda, se ordenó notificarla al Gerente de los Ferrocarriles Nacionales, al Personero de Bogotá y al Procurador General de la Nación. Este último se abstuvo de notificarse por considerar que no le correspondía legalmente asumir la representación de la empresa oficial demandada, ni tampoco intervenir como Agente del Ministerio Público.

Al contestar la demanda el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, dijo no constarle los hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 9º. El hecho 5º lo aceptó aclarando que el demandante recibió el auxilio de cesantía en virtud de la petición que hizo a la empresa demandada y por el hecho de haber ejercitado el derecho de opción que le otorgaban las leyes pertinentes. Sobre los hechos 7º, 8º y 10, manifestó que trataban asuntos de puro derecho. Se opuso a las peticiones de la demanda y presentó las excepciones de pago, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, fundamentadas en el hecho básico de que la empresa demandada no tiene ninguna obligación de carácter laboral o prestacional con el demandante, y que si alguna vez la Empresa estuvo obligada, se produjo la extinción de las obligaciones, por haber optado **Juan N. Amaya S.** por la cesantía en vez de la jubilación, conforme a normas legales y reglamentarias vigentes. También propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción, la cual fundó en que la Resolución número 1608 de julio 7 de 1955, que dispuso no acceder a la solicitud hecha por el demandante, no puso término a la actuación administrativa, pues según el Código de lo Contencioso Administrativo, el procedimiento gubernativo culmina con la decisión que debe pronunciar el Ministro del ramo correspondiente, en este caso el Ministro de Obras Públicas, y aún dicha providencia podría ser susceptible de los recursos de apelación o de consulta ante el Consejo de Estado. Y en el caso de que se considere como trabajadores particulares a los de los Ferrocarriles Nacionales, el demandante ha debido recurrir ante la Gran Comisión de Conciliación y Arbitraje, según el procedimiento establecido en las convenciones de 30 de agosto de 1956 y 2 de febrero de 1960.

El Juez Primero Laboral de Bogotá, quien conoció el juicio, declaró no probada la excepción de declinatoria de jurisdicción. Posteriormente, cumplido el trámite de la primera instancia, dictó el siguiente fallo: "Primero. **Condénase** a la empresa denominada **"Ferrocarriles Nacionales de Colombia"**, representada por el doctor **Angel Ignacio Ortiz**, a reconocer y pagar al demandante en este juicio señor **Juan Nepomuceno Amaya Sierra**, con cédula de ciudadanía número 64042, expedida en Bogotá, una pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del día diez y seis (16) de mayo de mil novecientos cincuenta y seis (1956), inclu-

sive, hasta el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), a razón de doscientos setenta pesos con catorce centavos ($ 270.14) M/cte. mensuales, y desde el primero (1º) de enero de mil novecientos sesenta (1960), en adelante, a razón de trescientos treinta y tres pesos con noventa centavos ($ 333.90) M/cte. mensuales. Segundo. Autorízase a la Empresa demandada, Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para compensar con el valor de las mesadas de la pensión de jubilación, en la cuantía señalada en el numeral anterior, el valor de la cesantía por los primeros veinte (20) años de servicios, o sea, hasta la cantidad de seis mil setecientos cincuenta y tres pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 6.753.59), M/cte., de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia. Tercero. Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada, conforme a la parte motiva de la sentencia. Cuarto. Sin costas".

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, decretó la nulidad del juicio, por no haberse acreditado el agotamiento de la vía gubernativa. A solicitud del demandante, repuso su providencia. Al decidir la alzada, modificó el numeral 1º de la sentencia apelada en el sentido de condenar a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a reconocer y pagar a Juan Nepomuceno Amaya Sierra una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 10 de agosto de 1956 hasta el 31 de diciembre de 1959 a razón de $ 270.14, y desde el 1º de enero de 1960 en adelante a razón de $ 325.66 mensuales, y la confirmó en lo demás. No condenó en costas en la instancia.

Tanto el demandante como el demandado interpusieron el recurso de casación. Admitido por esta superioridad, ambas partes presentaron las respectivas demandas. Surtido el trámite legal, la Sala decidirá el recurso, estudiando en primer lugar el recurso de la parte demandada, por razones de método.

La demanda de casación de la Empresa

No dice el recurrente cuál es el alcance de la impugnación. Pero del estudio de los cargos se deduce que pretende la casación total de la sentencia recurrida, para que en su lugar se revoque la de primera instancia y se absuelva al demandado de las peticiones de la demanda. Formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"La sentencia de segundo grado acusada, viola, por vía indirecta, el artículo 14 de la Ley 6ª de 1945 en la parte final del ordinal marcado con la letra c) que establece la incompatibilidad entre el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación y es violatoria asimismo, de la parte final del artículo 9º del Decreto 2340 de 1946, a causa de evidente y ostensible error de hecho en que incurrió el Tribunal de segunda instancia al dejar de apreciar, erróneamente o en forma equivocada, las pruebas que singularizo y examino en el Capítulo siguiente, al demostrar este primer cargo. La violación de las citadas normas legales se produjo por vía indirecta por aplicación indebida o falta de aplicación de ellas".

Las pruebas no apreciadas son el documento firmado y reconocido oficialmente por Juan Nepomuceno Amaya que obra a folio 92 del cuaderno principal, y el reconocimiento judicial mencionado que obra al pie del documento anterior. Según el recurrente, "Claramente se deduce que el Tribunal rechazó el documento visible al folio 92 del cuaderno principal, que constituye la manifestación escrita de Juan Nepomuceno Amaya en el sentido de optar o escoger la cesantía, en vez de la Pensión de Jubilación, por considerar que esta prueba carece de eficacia legal por cuanto no existe norma legal aplicable al caso que erija en derecho de un trabajador a facultad suya de optar entre las dos prestaciones ya mencionadas a voluntad de él mismo, y este razonamiento es completamente erróneo porque sí existen unas normas legales que consagran expresamente la incompatibilidad, para el trabajador, entre la cesantía y la jubilación y también hay otras normas legales que en concordancia con las primeras consagran expresamente el llamado derecho de opción entre cesantía y jubilación y ellas son pre-

cisamente, el artículo 14 de la Ley 6ª de 1945 en su Ordinal c) —parte final— y el artículo 9º del Decreto 2340 de 1946, "in fine", como puede apreciarse por el texto de ellas que aparece transcrito antes".

El error de derecho lo hace consistir en que el Tribunal no le dio a las pruebas documentales antes mencionadas, el valor que tienen conforme a la Ley.

Se considera

Dijo el Tribunal sobre el fenómeno de la opción entre la jubilación y la cesantía: "En el caso de autos está demostrado con la prueba documental y con la Inspección Ocular que se practicó en las oficinas de la entidad demandada, folios 101 a 106, que esta última le reconoció al demandante la suma de $ 8.245.95 por concepto de cesantía definitiva que se causó en 24 años, 5 meses y un día, con base en un salario promedio mensual de $ 337.68. Esto en virtud de que el actor le dirigió una comunicación a los Ferrocarriles Nacionales, con fecha 7 de julio de 1953, visible a folio 92, en la cual manifiesta que renuncia a la pensión de jubilación y opta por el pago de la cesantía, prestación esta última que se le reconoció por medio de la Resolución Nº 2287 del 1º de septiembre del año ya citado. Posteriormente el mismo demandante formuló peticiones a la demanda con el ánimo de obtener de ésta el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, las cuales le fueron resueltas desfavorablemente como indica la Resolución Nº 1608 del 7 de julio de 1955. La demandada, en el curso del presente juicio, y en la Resolución que le denegó la pensión de jubilación, considera que no está obligada a reconocerle esta última en virtud de lo dispuesto por el artículo 172 del Reglamento Interno de Trabajo en el cual se dice que cuando el trabajador tenga derecho "a la pensión de jubilación y al auxilio de cesantía, deberá optar por escrito, por una de estas dos prestaciones". (Véanse folios 93 a 95). Sin embargo, como lo observa con acierto el **a-quo**, la tesis esgrimida por la empresa ha sido desechada tanto por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, como por los tribunales y juzgados del mismo ramo. Lo dicho por el **a-quo** en el fallo que se revisa, no existe opción entre las dos prestaciones sino que la una excluye a la otra, lo comparte la Sala y por ello se remite a lo dicho allí sin que haya necesidad de exponer más argumentos sobre el particular".

De la simple lectura de las consideraciones del Tribunal se observa que éste no desestimó el documento que aparece a folio 92 del cuaderno principal. Todo lo contrario. Se refirió expresamente a él, solo que llegó a la conclusión de que lo manifestado por el demandante, o sea que optaba por la cesantía en lugar de la jubilación, no producía efectos legales, por cuanto a su juicio, según la Ley Sustantiva del Trabajo, no existe opción entre las dos prestaciones. Así es que no incurrió el juzgador en el error de hecho que le atribuye el impugnador. Cuando al error de derecho a que se refiere la parte final de la acusación, es sabido que éste no puede proponerse simultáneamente con el error de hecho respecto a unas mismas pruebas, en un mismo cargo y que en casación laboral solo tiene cabida cuando se trata de pruebas **ad-sustantiam actus**. No prospera el cargo.

Segundo cargo

"La sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— que acuso en la presente demanda, viola, por vía directa, el artículo 9º del Decreto 2340 de 1946 "in fine" y el artículo 14 de la Ley 6ª de 1945, también en su parte final del ordinal distinguido con la letra c), al dar a dichas normas legales una interpretación errónea, ya que al producirse el fenómeno jurídico de la **opción** (como se produjo) entre la cesantía y la jubilación tal como está previsto y consagrado en las normas legales citadas, la parte que recibe el pago de la prestación por la cual opta, en este caso Juan Nepomuceno Amaya, **libera**, por ministerio de la Ley y por principio de lógica jurídica, a la otra parte, en este caso a los

Ferrocarriles Nacionales, del pago de la otra prestación o sea de la que no escogió el trabajador, es decir, de la jubilación. Tal es la esencia de la incompatibilidad excluyente, que las normas jurídicas citadas configuran al establecer la facultad para el trabajador, de optar entre una y otra, pero ello debe producirse por una sola vez, porque si se admitiera lo contrario, como lo hizo el Tribunal en el fallo recurrido, podría producirse una nueva opción por parte de trabajador, para lo cual solo le bastaría devolverle a la Empresa las sumas recibidas por cesantía para obtener así la jubilación; y como esa segunda opción tendría el mismo valor de la primera, en la forma como lo interpreta el Tribunal, podría producirse, por parte del trabajador otra nueva escogencia u opción respecto de la cesantía que había devuelto, pudiendo obtener ésta nuevamente y dejando de percibir la pensión jubilatoria, produciéndose así una cadena indefinida de opciones que quedaría sujeta al arbitrio de una de las partes, sin que la otra, o sea el patrón, pudiera liberarse completamente de ninguna de las dos prestaciones, lo cual desquiciaría el orden jurídico.

Se considera:

La pensión de jubilación, tanto para trabajadores de empresas ferroviarias oficiales como particulares, fue creada por la Ley 1ª de 1932. Posteriormente la Ley 10ª de 1934 estableció el auxilio de cesantía para los empleados particulares. Nada dijo esta ley sobre pensiones de jubilación, pero el Decreto Nº 652 de 1935, que la reglamentó, dispuso en su Artículo 28 que en aquellas empresas que tuvieran establecida la pensión de jubilación los trabajadores podían optar entre ella y el auxilio de cesantía.

Como los trabajadores de empresas ferroviarias particulares tenían derecho a la jubilación, se les aplicó a éstos el Art. 28 del Decreto 652 y en consecuencia hubieron de optar entre las dos prestaciones. Las Leyes 206 de 1938, 63 de 1940 y 49 de 1943, eliminaron el requisito de la edad para que algunos trabajadores de empresas ferroviarias, oficiales y particulares, pudieran gozar de la jubilación después de haber prestado sus servicios durante 15 o 20 años según las labores desarrolladas. Ninguna de estas leyes se refirió al auxilio de cesantía y su equiparación, para efectos de la opción, con la pensión de jubilación.

La Ley 6ª de 1945 en su artículo 14, ordinal C, creó la pensión de jubilación para los trabajadores de empresas particulares con un millón de pesos de capital, cuantía que fue disminuida en ochocientos mil pesos por la Ley 64 de 1946. También hizo extensivo el auxilio de cesantía para los obreros particulares en el ordinal b) del artículo 12. El artículo 17 de la citada ley, ordinal c), extendió a todos los trabajadores oficiales el derecho a la pensión de jubilación; dispuso que sería igual a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados y señaló 20 años de servicios y 50 años de edad como requisito para gozar de la pensión. También creó el auxilio de cesantía para los trabajadores oficiales en el ordinal a) de este artículo. Tanto el artículo 14 como el 17 de la Ley 6ª de 1945 establecieron que "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. Por último, la Ley 53 de 1945 estableció nuevas normas sobre pensión de jubilación para trabajadores de empresas ferroviarias, oficiales y particulares, sin que hiciera referencia al auxilio de cesantía, al cual ya tenían derecho tanto unos como otros trabajadores.

Como puede observarse, el artículo 14 de la Ley 6ª de 1945 ordinal c) señalado como violado por el recurrente, no se aplica a los trabajadores oficiales, calidad que tiene el demandante Juan Nepomuceno Amaya, sino a los particulares de empresas de capital de un millón de pesos. Esto sería suficiente para que no prosperara el cargo, mas como el impugnador también señaló como violado el artículo 9º del Decreto Nº 2340 de 1946, que se refiere a las pensiones de jubilación establecidas en los artículos 14 y 17 de la Ley 6ª de 1945, y ambos contienen el mismo

principio de la exclusión, la Sala estudiará el cargo.

Al decir las normas citadas que la pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, no confieren la facultad de optar entre las dos prestaciones al trabajador que reúne los requisitos para gozar de la primera, pues ésta desaloja a la segunda, la descarta, o en otros términos, quien adquiere el derecho a la pensión de jubilación pierde el que tenía al auxilio de cesantía. Es decir, que no puede ejercerse la opción entre un derecho vivo, actual, y otro que ha desaparecido, que perdió su vigencia. Así lo entendió el Tribunal Supremo del Trabajo cuando dijo en sentencias de diciembre 18 de 1954: "En la exclusión de un derecho por otro es el legislador quien predetermina cuál entre varios derechos del trabajador ha de ser satisfecho por el patrono, sin que intervengan para nada su voluntad o la del beneficiario. Debe concluirse ya que la prevalencia de la jubilación sobre la cesantía es de carácter privativo. Y que no cabe optar entre dos derechos que se excluyen, cuyo origen y naturaleza son diversos, que obedecen en su formación a presupuestos jurídicos no coincidentes y cuya finalidad es distinta. Que la cesantía es una prestación de carácter ordinario, para atender al trabajador en su estado de cesante. Y que la jubilación es de carácter especial, referida a una edad en la que se presume que la decadencia física del trabajador le impone descanso. La cesantía es prestación transitoria y la jubilación cubre los días que restan de vida al trabajador. Solo al través de este entendimiento adquiere la jubilación la especial entidad y jerarquía que quiso concederle el legislador y atiende a sus fines primordiales". (Carlos Cuervo O. contra Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.). "Si bien bajo el imperio de la Ley 1ª de 1934 y su Decreto reglamentario Nº 652 de 1935, cuando las pensiones se concedían graciosamente por algunos patronos, existía para el trabajador el derecho de optar entre la cesantía y la jubilación, cuando la ley obligó a las empresas de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) al pago de las pensiones de jubilación, desapareció la figura de la opción y en cambio de ella, bajo un nuevo sistema, se estableció el fenómeno de la exclusión, tan nítidamente consagrado por el artículo 266 ya citado". (Martín Aranguren contra Distribuidora Bavaria S. A.). Así también lo entendió el legislador cuando dispuso en el artículo 9º de la Ley 64 de 1946, que "cuando la jubilación ocurriere después de una etapa de servicios mayor de veinte años, el trabajador recibirá, además de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido". O sea que limitó la exclusión a la cesantía correspondiente a los veinte años de servicio, y permitió la concurrencia de las dos prestaciones por el tiempo excedente de este período.

Sin embargo, no fue éste el criterio adoptado por el artículo 9º del Decreto 2340 de 1946, que dice: "La incompatibilidad entre el auxilio de cesantía y las pensiones de jubilación e invalidez, establecidas en los artículos 14 y 17 de la Ley 6ª de 1945, no limita el derecho que el parágrafo 3º del artículo 13 de la misma ley otorga al trabajador para exigir la liquidación parcial o anticipada de su cesantía eventual con destino a la adquisición de vivienda o a la liberación de sus gravámenes, aunque al exigirla tenga veinte años o más de edad. Solamente cuando el trabajador sea retirado definitivamente de la empresa deberá manifestar si opta por la cesantía o por la pensión, sin que los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que haya recibido a cuenta de cesantía, signifiquen que ha optado ya por ésta".

Ahora bien: El Decreto 2340 de 1946 es reglamentario de las leyes 6ª y 53 de 1945. Por lo tanto no podía exceder las disposiciones contenidas en ellas. Y eso fue lo que hizo en su artículo 9º al crear un derecho de opción entre la cesantía y la jubilación, partiendo del falso supuesto de que los artículos 14 y 17 de la primera de las leyes lo habían establecido. Si una prestación excluye a otra no quiere decir que sean incompatibles en el sentido de que escogida cualquiera de ellas se pierda el derecho a la otra. La incompatibilidad no depende de la escogencia del trabajador o del patrono, sino de la primacía que el legislador le dio a la pensión de jubilación, que es la excluyente, sobre el

auxilio de cesantía que es la excluída. Producido el fenómeno legal de la exclusión el trabajador no puede optar por una prestación a la cual ya no tiene derecho, por cuanto renunciaría, en consecuencia, al que sí posee sobre la otra. No son dos prestaciones equiparables, pues el derecho a la pensión de jubilación es exigible, y el auxilio de cesantía, por haber sido excluído, ya no lo es. De tal manera que el artículo 9º del Decreto 2340 de 1946 no solamente excedió lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, sino que la contradice abiertamente, por lo cual no tiene aplicación, pues se incurriría, si tal hace, en violación de la propia ley que reglamenta.

De todo lo expuesto se concluye lo siguiente: a). Las leyes que establecieron la pensión de jubilación para los trabajadores de empresas ferroviarias oficiales, no les confirieron el derecho de optar entre ésta y el auxilio de cesantía. b). El Art. 28 del Decreto 652 de 1935, estableció el derecho de opción entre las dos prestaciones para los empleados particulares cuyas empresas concedían la pensión de jubilación. c) Los artículos 14 y 17 de la Ley 6ª de 1945 dispusieron que la pensión de jubilación excluía el auxilio de cesantía, o sea que no era posible la opción entre ellas. d) El Art. 9º del Decreto 2340 de 1946, al disponer que se puede optar entre las dos prestaciones, viola flagrantemente el principio de la exclusión contenido en la ley que reglamenta, por lo cual no tiene aplicación alguna. Sentadas las anteriores conclusiones, se decidirá el caso en estudio. En el documento que obra a folio 92 del cuaderno principal el demandante Juan Nepomuceno Amaya Sierra manifiesta lo siguiente: "Como actualmente estoy retirado definitivamente de la Empresa, y a mi retiro coexisten los derechos a pensión de jubilación y el auxilio de cesantía, cuyas prestaciones no son compatibles, debiendo, por lo tanto, elegir yo la que más sea favorable a mis intereses, manifiesto en forma expresa que haciendo uso del derecho de opción que me otorga el artículo 172 del Reglamento General de Trabajo de los Ferrocarriles Nacionales, opto por el auxilio de cesantía y renuncio definitivamente a la pensión de jubilación". O sea que el demandante renunció a la pensión de jubilación, derecho que había adquirido, y optó por la cesantía, que había sido excluída por la primera. El Tribunal no le dio valor alguno a la manifestación del demandante, apoyándose en los argumentos expuestos por el a-quo, quien sostuvo, con base en la jurisprudencia de esta Sala, "Que no existe el derecho de opción entre la cesantía y la pensión de jubilación como norma consagrada a la ley y que, por consiguiente, los decretos que lo establecieron son ilegales por haber rebasado las facultades reglamentarias que le fueron otorgadas al Ejecutivo Nacional cuando las expidió, y por tanto, inaplicables". Es decir, que el Tribunal interpretó correctamente las normas legales que establecieron que la pensión de jubilación excluía el auxilio de cesantía.

En consecuencia no prospera el cargo.

Recurso del trabajador demandante

Pretende que esta Corporación case la sentencia recurrida, y que como Tribunal de instancia condene a la entidad demandada: "a). Al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del retiro de mi poderdante, esto es, a partir del 1º de junio de 1953, en que fue despedido, sin consideración a su edad, por haber cumplido 20 años de servicio, como trabajador de los Talleres de la entidad demandada. b) Que se reconozca y pague la pensión y sus aumentos, en los términos legales, y especialmente de las leyes 77 de 1959 y 171 de 1961, y Decreto 1611 de 1962 y que el aumento a partir del 1º de enero de 1960, sea la suma de $ 112.77, es decir que la pensión así reajustada sea equivalente a la suma de $ 382.91 mensuales. c). Que se descuente la cesantía definitiva, en cuotas del 5%, y en ningún caso que sea superior al 10%".

Formula tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden:

Primer cargo

"La sentencia de segunda instancia incurrió en infracción indirecta por error de hecho, violando los artículos 1º de la Ley 63

de 1940; 5º y 6º de la Ley 53 de 1945; y artículo 8º del Decreto 2340 de 1946, por no haber apreciado o apreciado mal las siguientes pruebas: a). Documentaria de los folios 78, 79, o sean los oficios Nos. 03620, y el Certificado sobre tiempo de servicios, cargos desempeñados y salarios devengados. b) Documentarias de los folios 80 a 83, Oficio Nº 08906 de 4 de julio de 1957; las de los folios 84 y 85, 86 a 88 o sean las Resoluciones Nos. 2287 de septiembre 11 de 1953 y 1608 de julio 7 de 1955; Inspección Ocular de los folios 105, 110, 111, 112, 113; la de los folios 125 a 130, o sea la copia del concepto jurídico Nº 08906 del Departamento de Personal de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia; y la de los folios 133 a 125, constancia de Departamento Laboral. Nos enseñan dichas documentarias que mi poderdante prestó sus servicios desde el 11 de enero de 1926 hasta el 19 de junio de 1953, o sean 25 años, 11 meses y 8 días, habiendo desempeñado las funciones de Carpintero y de Contramaestre carpintero, en los Talleres de la División Central de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. La entidad demandada ha discutido como tesis central, que mi poderdante no tiene derecho a su pensión de jubilación porque optó por el auxilio de cesantía, y en ningún caso por no haber satisfecho los presupuestos legales tales como 20 años de servicios en los talleres, sin consideración a su edad".

Hace luego un análisis de las pruebas no apreciadas y mal apreciadas, para llegar a la conclusión de que habiendo trabajado Juan Nepomuceno Sierra más de veinte años en los talleres de la empresa, tiene derecho a la pensión de jubilación por el solo hecho del servicio prestado, sin consideración a la edad, o sea que la pensión ha debido reconocérsele desde la fecha de su retiro definitivo, el 19 de junio de 1953, y no desde cuando cumplió los cincuenta años de edad.

Se considera:

Dijo el Tribunal al no acceder a la petición principal del demandante para que se le reconociera la pensión de jubilación a partir de su retiro definitivo de la empresa: "Se pasa a revisar las probanzas, en orden a saber si el demandante logró demostrar que llena los requisitos para que se le conceda la pensión de jubilación, a partir del 1º de junio de 1953, sin consideración a su edad, o en subsidio la que pudiera corresponderle, a partir de la misma fecha, con apoyo en el tiempo de servicios y en la edad requeridos por la ley. Está probado en los autos, que el demandante cuando le prestó servicios a la demandada según lo indica el certificado de folio 79 y la inspección ocular, lo hizo como carpintero y como contramaestre de carpintero, funciones éstas que no están contempladas en el artículo 1º de la Ley 63 de 1940 y artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 53 de 1945, por lo cual no le son aplicables estas disposiciones y, en consecuencia, habrá de acudirse a lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 53 de 1945 que dispone que cuando un trabajador de los Ferrocarriles Nacionales ha laborado durante 20 años tiene derecho a una pensión mensual de jubilación al cumplir los 50 años de edad".

Ahora bien, el artículo 1º de la Ley 63 de 1940 dispuso que "Los beneficios establecidos por el artículo 1º y siguientes de la Ley 1ª de 1932 y 206 de 1938, se extienden a los trabajadores de los talleres de las empresas ferroviarias oficiales o particulares, al cumplir los veinte (20) años de servicios, continuos o discontinuos, cualquiera que sea la edad". El artículo 5º de la Ley 53 de 1945 adicionó esta norma, diciendo que para tener derecho a la pensión solo se requería que la mayoría del tiempo de servicio corresponda a la actividad a que dicha disposición se refiere. De acuerdo con estas leyes, para tener derecho a la pensión de jubilación, tratándose de trabajadores de los talleres de las empresas ferroviarias, es necesario haber prestado servicios durante 20 años en dichas empresas, y que la mayoría de ese tiempo se hubiere trabajado en los talleres. Este requisito lo comprobó el demandante con el documento que obra a folio 79, en el cual el Secretario General de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, certifica "Que el señor Juan Nepomuceno Amaya Sierra **laboró en los talleres del Nordeste (División Central) como carpintero,** (subraya la Sala)

del 11 de enero de 1926 al 1º de noviembre de 1950; y como Contramaestre Carpintero del 2 de noviembre de 1950 hasta el 19 de junio de 1953, con un tiempo activo total de 9.338 días, o sean veinticinco años, once meses y ocho días". Este hecho también es reconocido por la Resolución 1608 de julio siete de mil novecientos cincuenta y cinco folio 86, en uno de cuyos considerandos se dice: "Para hacer el reconocimiento del auxilio de cesantía definitivo se debió a que el ex-ferroviario Amaya Sierra optó expresamente por esta prestación en frente a la pensión de jubilación. Se aceptó la opción por cuanto el trabajador Amaya Sierra reunía las dos condiciones legales para la pensión de jubilación, esto es, más de 20 años de servicios y estar exonerado de la edad de 50 años por haber servido por más de 10 años dentro de los 20, cargos dependientes de los talleres (Art. 5º Ley 53 de 1945"). De modo que al no dar por demostrado que el demandante trabajó en los talleres de los Ferrocarriles Nacionales más de diez años, incurrió el Tribunal en error evidente de hecho, y violó indirectamente los artículos 1º de la Ley 63 de 1940 y 5º de la Ley 53 de 1945, que exigen este requisito cuando se ha trabajado 20 años en empresas ferroviarias para tener derecho a la pensión de jubilación, sin consideración a la edad del extrabajador. En consecuencia prospera el cargo y al proferir el fallo de instancia, se casará parcialmente la providencia recurrida y se sustituirá de acuerdo con las normas legales citadas.

Segundo cargo

Violación por interpretación errónea, de los artículos 1º de la Ley 77 de 1959, artículos 1º y 2º de la Ley 71 de 1961, en concordancia con el artículo 1º de la Ley 63 de 1940 y artículos 5º y 6º de la Ley 53 de 1945.

Según el recurrente, el Tribunal aplicó erróneamente la tabla de aumentos establecida por el artículo 1º de la Ley 77 de 1959, pues con un salario base de $ 337.68, el aumento debería haberse liquidado así:

Sobre los primeros $ 100.00	40%	$ 40.00
Sobre el exceso de $ 100.00 a	200.00	35%	35.00
Sobre el exceso de $ 200.00 a	300.00	30%	30.00
Sobre el exceso de $ 300.00 a	400.00	25%	7.77
Suma el reajuste			$112.77

En consecuencia, argumenta el recurrente, el aumento que debe hacerse a la pensión de $ 270.14, reconocida en el fallo de segunda instancia, es de $ 112.77 y no de $ 55.52, como lo estableció el Tribunal. El nuevo valor de la pensión sería, por lo tanto, de $ 382.91, y no de $ 325.66, suma fijada en el fallo recurrido.

Se considera:

Aún cuando el recurrente enuncia la violación de las normas por interpretación errónea, al estudiar el desarrollo del cargo se deduce que a acusación es por aplicación indebida de la Ley 77 de 1959, al no hacerle producir el Tribunal todos los efectos legales que de ella se desprenden. En este entendimiento se estudiará el cargo.

El artículo 2º de la Ley 77 de 1959 es muy claro cuando dice que el reajuste a que se refiere el artículo 1º de la misma ley, "se hará sobre el monto de la pensión liquidada con estricta sujeción a la ley vigente en el momento de causarse el derecho". Es decir, que no se toma en cuenta el salario base, como lo pretende el recurrente, sino el valor de la pensión inicial, salvo las excepciones establecidas en el artículo 3º de la misma ley. No indicó el Tribunal las operaciones que realizó para obtener el aumento de $ 55.52, ni el año base que tuvo en cuenta para aplicar la tabla de aumentos. Se limitó a decir que a partir del 1º de enero de 1960 la pensión del demandante sería de $ 325.66, de conformidad con lo dispuesto en los porcentajes indicados a que se refiere la Ley 77 de 1959. Mas al aplicar esta ley, y teniendo en cuenta que el año base para liquidar el valor de la mesada, fue el de 1953, pues se tomó el último salario devengado en ese año, y que la pensión inicial, según el Tribunal, es de $ 270.14, la operación correcta para hacer el aumento sería la siguiente:

Sobre los primeros	$ 100.00	40%	$ 40.00
Sobre el exceso de $ 100.00 a	200.00	35%	35.00
Sobre el exceso de $ 200.00 a	300.00	30%	21.04
Total del aumento			$ 96.04

Habiendo señalado el Tribunal un aumento de $ 55.52, siendo así que el legal es de $ 96.04, aplicó indebidamente el artículo 1º de la Ley 77 de 1959. En consecuencia prospera parcialmente el cargo, y en la decisión de instancia se hará el aumento liquidándolo de acuerdo con las normas pertinentes.

Tercer cargo

Violación, por interpretación errónea, del inciso final del artículo 12 de la Ley 64 de 1946, en concordancia con los artículos 4º de la Ley 49, de 1943, 9º de la Ley 171 de 1961, 27 del Decreto 1611 de 1962 y 30, 31 y 32 de la Ley 6ª de 1945. Según el recurrente el Tribunal interpretó erróneamente las disposiciones citadas, al ordenar la compensación de la suma de $ 6.753.59, recibida por concepto de auxilio de cesantía definitivo con las mesadas pensionales causadas y no pagadas, hasta su concurrencia, pues esta suma ha debido reintegrarse en los porcentajes señalados por dichas leyes.

Se considera

Para llegar a la conclusión de que el auxilio de cesantía definitivo recibido por el demandante, debería descontarse aplicando la totalidad de las mesadas hasta cuando ellas cancelen el monto total de la cesantía de los veinte años, el Tribunal se apoyó en la doctrina de esta Sala sobre el particular, y en la cual se fija el alcance de normas diferentes a las señaladas por el recurrente como violadas. Así es que no pudo incurrir la sentencia acusada en interpretación errónea de las leyes relacionadas por el impugnador. Cuando al artículo 9º de la Ley 171 de 1961, el **ad-quem** se limitó a decir que esta disposición no regía cuando se causó la pensión del demandante y se trabó la litis; es decir, que no la interpretó erróneamente, sino que se abstuvo de aplicarla. En consecuencia no prospera el cargo.

Fallo de instancia

Según el artículo 4º de la Ley 53 de 1945, los trabajadores ferroviarios tendrán derecho a una pensión que se liquidará sobre el último sueldo e igual al 80% de su salario cuando éste excede de $ 87.00 mensuales. Siendo de $ 337.68 el último sueldo devengado por Juan Amaya Sierra, tal como se desprende de la Resolución número 14513 de septiembre 11 de 1953, que obra a folios 84 y 85, la pensión que le correspondería sería de $ 270.14 o sea el 80% del sueldo. Sin embargo, la misma disposición establece que el máximo de la pensión será de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales. Al acogerse el demandante a la pensión consagrada en las leyes especiales para trabajadores ferroviarios, que eliminan el requisito de la edad para quienes prestan sus servicios en los talleres, el estatuto legal debe aplicarse en su integridad, y al hacer el reconocimiento de la pensión desde la fecha del retiro, sin consideración a la edad, su valor no puede exceder del máximo fijado por las normas especiales. De esta manera Juan Nepomuceno Amaya Sierra tiene derecho, y así se reconocerá a una pensión mensual de doscientos pesos ($ 200.00) desde el 20 de junio de 1953, fecha de su retiro de la empresa.

Aplicación de la Ley 77 de 1959. — Para proceder a verificar este aumento, es necesario liquidar nuevamente la pensión, sin sujeción al límite máximo, y si la cuantía resultare inferior a $ 400.00, se aplicará la tabla respectiva, tal como lo dispone el artículo 3º de la Ley 77 de 1959. Ya se vio cómo la pensión liquidada, sin tener en cuenta la restricción establecida en el artículo 4º de la Ley 53 de 1945, asciende a $ 270.14. Esta es la cuantía que se tendrá en cuenta para aplicar la tabla de aumento, tomando como base el de 1953, pues fue el último sueldo devengado de este año el que sirvió para liquidar la pensión. Haciendo las operaciones del caso, se obtiene un aumento de noventa y seis pesos con 04/100 ($ 96.04), que sumados a la pensión reajustada, da un total de trescientos sesenta y seis pesos con 18/100 ($ 366.18), suma en que se fija el valor de la pensión a partir

del 1º de enero de 1960, fecha en que comenzaron a regir los aumentos de la citada Ley 77 de 1959.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en lo referente al ordinal 1º, y en función de instancia, REFORMA el punto 1º de la sentencia proferida por el Juez Primero del Trabajo de Bogotá, el cual quedará así: Primero. Condénase a la Empresa denominada "Ferrocarriles Nacionales de Colombia", a reconocer y pagar al demandante en este juicio señor **Juan Nepomuceno Amaya Sierra**, con cédula de ciudadanía número 64042, expedida en Bogotá, una pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del 20 de junio de 1953 inclusive, hasta el 31 de diciembre de 1959, a razón de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales, y desde el 1º de enero de 1960 en adelante, a razón de trescientos sesenta y seis pesos con 18/100 ($ 366.18) mensuales.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JUICIO ORDINARIO LABORAL SOBRE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSION MENSUAL VITALICIA DE JUBILACION

Inexistencia del derecho del demandante por no haber acreditado el tiempo de servicios. — Demostración de los elementos básicos para que opere la jubilación. — El derecho a la jubilación o ESTADO DE JUBILADO y el derecho a la pensión mensual vitalicia, son dos situaciones jurídicas distintas. — El Art. 151 del C. P. L., se aplica también a los trabajadores vinculados a la administración por contrato de trabajo, en cuanto a los derechos que las leyes les otorgan. — Interpretación y aplicación de las normas atinentes a la prescripción.

1. En la sentencia, la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada se estudia bajo el supuesto o hipótesis de haberse demostrado en el juicio el derecho a la jubilación que reclama el actor, ya que, lógicamente, solo cabe predicar los efectos extintivos de la prescripción con relación a un derecho que ha existido, que se ha consolidado y ha tenido vigencia, y, en manera alguna, para casos como el que se examina, en el cual solo se acreditó una mera expectativa de adquirir la pensión de jubilación. Siendo ésto así, y estimándose, como estima el sentenciador, que no puede reconocerse al demandante el derecho a la pensión, por no haber acreditado suficientemente el tiempo de servicio exigido por la ley, no hay para qué buscar en el fallo la existencia de un criterio distinto por parte de juzgador, que permita considerar, como pretende la acusación, que el razonamiento acerca del fenómeno de la prescripción constituye la base principal de la sentencia. Esto llevaría a atribuir a la decisión un carácter contradictorio y antijurídico, que sería el que resulte de aceptar el fenómeno prescriptivo respecto de un derecho cuya existencia no se ha demostrado, según se deja expuesto.

El recurrente en los cargos que se examinan, dirige toda su argumentación a demostrar que es injurídica y violatoria de la ley la tesis del Tribunal, en cuanto admite la prescripción de la acción intentada por el demandante, con base en lo preceptuado por el Art. 151 del C. de P. L., norma que estima aplicada indebidamente y a la vez erróneamente interpretada, acusando iguales infracciones, respecto de los Arts. 488 y 489 del C. S. T. En el primero señala quebranto de las citadas normas por dos motivos distintos, pero aduciendo en el fondo, unas mismas razones para sustentarlos, lo cual hace que pierda eficacia la impugnación, puesto que, siendo distintas las causas alegadas, no pueden aducirse unos mismos argumentos para demostrar su infracción. Los defectos de orden técnico, se presentan igualmente en el segundo cargo, que acusa violación del Art. 17 de la Ley 6ª de 1945, en forma indirecta, y a través de errores de hecho en la apreciación probatoria, pues, sucede que el recurrente se abstiene de indicar en qué consistieron dichos errores, de demostrarlos, y de señalar, singularizándolas, las pruebas mal apreciadas o dejadas de estimar por el fallador, y que lo llevaron a incurrir en el vicio anotado y a infringir la citada norma legal.

Si tales defectos de orden técnico son suficientes para hacer inestimables las acu-

saciones respectivas, debe agregarse que no atacando el impugnador el fundamento principal de la sentencia, que como se ha visto, consiste en estimar el Tribunal que el demandante no acreditó la prestación de sus servicios durante el tiempo requerido por el Art. 17 de la Ley 6ª de 1945, para gozar de la pensión de jubilación que pretende, esta omisión conduce a que la sentencia permanezca firme en sus basamentos fundamentales, y, por consiguiente, a que deba mantenerse en su integridad.

Lo anterior, no impide a la Sala admitir que no es acertada la interpretación y aplicación que el sentenciador hace de las normas atinentes a la prescripción, especialmente del Art. 151 del C. P. L. Esta norma se aplica también a los trabajadores vinculados a la administración por contrato de trabajo, en cuanto a los derechos que las leyes les otorgan. Pero tanto para éstos, como para los trabajadores particulares, y con relación a la pensión de jubilación, el fenómeno de la prescripción solo tiene operancia respecto al derecho a las cuotas o mesadas de la pensión, pero no al derecho que se tiene para pedir la jubilación o a que se reconozca el **estado de jubilado.** En tales circunstancias, y en cumplimiento de su función unificadora de la jurisprudencia, debe rectificar el error. (Véase al respecto la sentencia de esta Sala de fecha 8 de junio de 1965. Juicio de José A. Puello Martínez contra el Departamento de Bolívar y su Industria Licorera).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., veintiuno de junio de mil novecientos sesenta y cinco.

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

Tulio Galeano Holguín, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral, contra el Departamento de Antioquia, "en su Empresa el Ferrocarril", para que, previo el trámite de rigor, se condene a la entidad demandada a pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación, "con retroactividad a la fecha en que quedó definitivamente desvinculado del servicio", por haber trabajado bajo dependencia de distintas entidades de derecho público.

En sus fundamentos de hecho, afirma la demanda que Galeano Holguín es uno de los más antiguos servidores del Estado, pues que al servicio de distintas entidades de derecho público ha trabajado por un lapso mayor de 30 años. Que la última entidad a la cual prestó sus servicios fue el Departamento de Antioquia, en su Sección de Obras Públicas. Que desde la época en que se desvinculó definitivamente de todo servicio, lo cual ocurrió hace varios años, tenía cumplidos 50 años de edad. Que con anterioridad Galeano Holguín había reclamado al Departamento de Antioquia le reconociera la pensión de jubilación, pero que le fue negada por Resolución 607 de fecha 20 de abril de 1954, por haberse estimado que no había acreditado el tiempo de servicios requerido para gozar de ese derecho. Que esa decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo, en providencia del 10 de septiembre del mismo año. Que habiendo mejorado la prueba para demostrar el tiempo de servicios prestados al Municipio de Bogotá, formula demanda ante la jurisdicción del Trabajo, que es competente para ello.

En derecho, funda la demanda en la Ley 6ª de 1945, y en cuanto al procedimiento, invoca el Código Procesal del Trabajo.

La respuesta a la demanda dice no constarle los hechos primero y segundo; los hechos tercero y quinto, los estima como simples apreciaciones del demandante. Acepta el hecho cuarto, referente a que el demandante había reclamado anteriormente la pensión de jubilación, que le fue negada. Al hecho sexto, lo acepta, y agrega que si el demandante ha recobrado una prueba, ha debido acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, "por la vía del juicio de revisión consagrado en el Código de la materia". Se opuso a las declaraciones y condenas solicitadas y pidió la absolución del Departamento, en su empresa el Ferrocarril, en razón de que el demandante no cumple con los requisitos legales para adquirir el derecho reclamado. Como excep-

ciones propuso las de inexistencia de la obligación, ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, petición de un modo indebido, prescripción, incompetencia de jurisdicción y cosa juzgada.

La sentencia de primer grado dictada por el Juez Primero del Trabajo de Medellín, "declara probada la excepción perentoria de prescripción" y en consecuencia absuelve a la entidad demandada de los cargos formulados en la demanda.

Apeló la parte vencida. Decidió la relación de segundo grado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral. La providencia confirma la de primer grado.

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido el recurso y debidamente preparado por la Sala, se decide a continuación.

La demanda de casación

Se acoge a la causal primera del Art. 87 del C. P. L., y con base en ella solicita se case la sentencia, para que en su lugar la Corte dicte un fallo en que se hagan todas y cada una de las declaraciones solicitadas en la demanda inicial. Formula dos cargos, así:

Primer cargo

En él, trata el punto referente a la prescripción. Acusa la sentencia de violar, "por aplicación indebida e interpretación errónea" los Arts. 488 y 489 del C. S. T., así como el Art. 151 del Código Procesal Laboral.

El aspecto de aplicación indebida de las normas antes mencionadas, lo presenta, así:

"En el presente caso las sentencias recurridas entienden rectamente las normas sobre prescripción, y no hay error de hecho ni de derecho; pero al hecho probado de que median más de tres (3) años desde el 10 de septiembre de 1954, fecha de la sentencia del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, al 6 de febrero de 1959, fecha de la demanda presentada por el ciudadano **Tulio Galeano Holguín** al Juez del Trabajo de Medellín, las sentencias acusadas dan aplicación a esas reglas jurídicas, cuando ese hecho probado nada tiene que ver con tales reglas jurídicas, en atención a lo dispuesto por los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo.

"En efecto, el artículo 3º del Código Sustantivo del Trabajo, regula las relaciones de Derecho Individual del Trabajo de carácter particular; y el artículo 4º del mismo Código Sustantivo del Trabajo establece que "las relaciones de Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten".

"De manera que al aplicar a la pensión de jubilación de un servidor público las disposiciones de los Códigos del Trabajo particulares es violar esas mismas disposiciones, y se violan por aplicación indebida".

El segundo aspecto de la acusación lo desarrolla, así:

"**Interpretación errónea.** Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que la errónea interpretación de la ley proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, independiente de toda cuestión de hecho. En el caso al estudio aparece claramente la interpretación errónea; porque a las disposiciones sobre prescripción entre particulares se les da extensión para las relaciones laborales entre la Administración Pública y sus servidores, públicos también. Todo a pesar de la claridad de los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo".

Termina el cargo, así: "Por todo lo dicho anteriormente, acuso las sentencias de 23 de julio y 3 de agosto de 1959, proferidas por el Tribunal Superior de Medellín —Sala Laboral—, en el juicio ordinario de prestaciones de Tulio Galeano Holguín contra el Departamento de Antioquia; las acuso, repito, de violación de los artículos 488 y 489

del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal Laboral, por aplicación indebida e interpretación errónea".

Segundo cargo

Lo presenta, así: "Acuso las sentencias de 23 de julio y 3 de agosto de 1959 por la primera causal del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo; por cuanto las sentencias del Tribunal Superior de Medellín, Sala del Trabajo, son violatorias de la Ley 6ª de 1945, artículo 17, siguientes y concordantes por infracción indirecta. Baso mi acusación en apreciaciones erróneas y en faltas de apreciación de las pruebas por haber incurrido el sentenciador de Medellín en error de hecho manifiesto en los autos.

"En efecto, los fallos recurridos no se detienen en el examen de las pruebas aportadas por el ciudadano Galeano Holguín, y no se detienen en el examen de ellas pretextando que cabe declarar probada la excepción perentoria de prescripción". Termina el cargo transcribiendo de la sentencia del Tribunal, el párrafo en que se expresa, que, aún en el supuesto de que se aceptara la prueba aportada al juicio para demostrar los servicios de Galeano a la entidad demandada, entraría a operar la prescripción alegada por la entidad demandada".

La parte opositora, en el alegato correspondiente, manifiesta que el recurrente ningún esfuerzo hace para atacar los fundamentos principales de la sentencia que impugna, o sea, la inexistencia del derecho a la jubilación reclamada, que fue la negada tanto por la autoridad administrativa como por la judicial. Que toda argumentación la refiere al tema de la prescripción, olvidando que el actor no ha podido demostrar los fundamentos de la acción principal. Que no son pertinentes al caso debatido las citas de los artículos 488 y 489 del CST porque esas normas no fueron invocadas en la demanda inicial. Que el Tribunal hizo cuentas y analizó testimonios que consideró inadmisibles y afirmó que la jubilación no era hecho comprobado. Que solo hizo una suposición respecto a que el actor hubiese comprobado su derecho, para deducir luego que la acción se había extinguido por prescripción.

La sentencia impugnada

Es de advertir, en primer término, que el recurrente se refiere en su acusación a las sentencias de 23 de julio y 3 de agosto de 1959. A ello se observa que el fallo del Tribunal que decidió la segunda instancia del juicio es el de fecha 23 de julio citado. La otra providencia de 3 de agosto se limita a conceder el recurso de casación y a resolver sobre una supuesta nulidad alegada por la parte demandante.

La sentencia del Tribunal

Principia por anotar la forma deficiente como se relatan los hechos en que se fundamenta el libelo, sin precisar el hecho básico, o sea, el tiempo de servicios prestados por el demandante al Departamento, sin indicación pormenorizada de las dependencias a que estuvo vinculado, ni de los lapsos trabajados, con especificación de las fechas de entrada y de salida en cada una de ellas; anota también, que ni siquiera expresó la época o fecha de su desvinculación definitiva.

Luego, con relación a las pruebas aportadas al juicio, el fallo hace estas consideraciones:

"El señor Galeano Holguín estuvo vinculado al Departamento de Antioquia en diferentes dependencias y distintas épocas. Mediante prueba emanada de los archivos oficiales se acreditó que había trabajado en el Ferrocarril de Antioquia del 6 de julio de 1922 al 17 de febrero de 1923, en forma no continua, durante 212 días; en la Dirección General de Caminos, del 2 de marzo al 31 de diciembre de 1939, y en las Obras Públicas Departamentales, del 1º de enero de 1940 al 20 de octubre de 1944 y del 1º de marzo de 1950 al 12 de febrero de 1952, durante 2.247 días.

"También trabajó el señor Galeano para el Municipio de Yarumal, entre el 1º de julio de 1945 y el 17 de septiembre de 1947; en el Municipio de Medellín, por algunos días en 1925 y 1926, y además, para el Municipio de Cañasgordas, del 1º de marzo de

1927 al 20 de abril de 1930. Agregó también a los autos, junto con la demanda, una certificación del Secretario General de la Empresa de Acueductos y Alcantarillados de Bogotá, D. E., según la cual el señor Galeano trabajó en esa dependencia del 11 de febrero de 1935 al 9 de marzo de 1937".

Más adelante, expresa lo siguiente:

"Como es sabido, la disposición legal citada en la demanda (se refiere a la Ley 6ª de 1945) exige que el tiempo de servicios para tener derecho a la pensión de jubilación no sea inferior a 7.300 días. Sumando los días demostrados mediante los archivos oficiales de las entidades de Derecho Público que se mencionaron antes, se tiene una vinculación de 5.248 días, conforme se aceptó en la Resolución 607 de 1954 y en la providencia del Tribunal Administrativo que la confirma. Agregando a esto, los días que sirvió al Municipio de Bogotá, en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado por 757 días, son en total 6.005, inferior al mínimo exigido en la ley.

"En este juicio el demandante ha pretendido, además, probar que sirvió a la entidad demandada, en el Ferrocarril de Antioquia de enero de 1916 a junio de 1952 (sic), según la prueba testimonial aportada, la que es admisible por la falta de los archivos ferroviarios completos por ese período. Al efecto, presentó las declaraciones de los señores Antonio María Arboleda Montoya, Rubén María Tascón Castro, Pedro Pablo Isaza y Pablo E. Gutiérrez Toro. Sin embargo, la Sala, después de revisar estos testimonios encuentra que no son dignos de crédito, porque falta precisión en las aseveraciones, por contradicción entre los mismos deponentes y también entre lo afirmado en este juicio y las manifestaciones hechas por los testigos, en cuanto a sus personas, en la declaración de servicios ante la empresa del Ferrocarril, y por la imprecisión y vacilación al exponer, que anota el señor Juez de primera instancia que recibió las declaraciones. Es decir, que la prueba supletoria testimonial carece de la calidad necesaria para merecer credibilidad y por lo tanto no sirve para demostrar la vinculación durante el período que se quiso acreditar con ella".

A continuación, y terminado el análisis probatorio, el Tribunal, de manera innecesaria, entra a considerar el supuesto de que se hubiesen acreditado los servicios del trabajador en las dependencias del Ferrocarril de Antioquia, en el período de 1916 a 1922, para concluir que entonces, operaría la excepción de prescripción alegada por la entidad demandada, y al efecto, razona, así:

"Pero aunque se aceptara que con la prueba de tiempo servido, emanada de las certificaciones provenientes de los diferentes archivos oficiales, unida a la prueba testimonial que se expresó atrás, para demostrar servicios a la entidad demandada, en el Ferrocarril de Antioquia de 1916 a 1922, asumiendo que ésta es de recibo y que los testigos merecen crédito en lo que afirman, resultaría que la acción que tuvo el demandante para reclamar la prestación fue extinguida por la prescripción, excepción ésta que debe estudiarse por cuanto fue alegada en la respuesta al libelo. En efecto, el artículo 151 del CPL aplicable a la materia que se discute, establece que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y agrega que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual".

La sentencia concluye el análisis sobre el problema de la prescripción, así: "Si el señor Galeano se desvinculó de la entidad que ahora demanda, el 12 de febrero de 1952, cuando servía en la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, desde ese día pudo reclamar el derecho a la pensión de jubilación, y empezó a correr, de consiguiente, la prescripción extintiva de la acción. En memorial del 25 de abril de 1953, solicitó por escrito del señor Gobernador del Departa-

mento de Antioquia, como puede verse a folios 15, el reconocimiento de la pensión de jubilación, petición que culminó en la Resolución 507 de 1954, seguida de la sentencia del Tribunal Administrativo del 10 de septiembre siguiente. Es indudable que ese reclamo escrito dirigido a la entidad que se consideraba obligada a reconocer la prestación, interrumpió la prescripción que estaba en curso, y empezó entonces a correr un nuevo plazo de igual duración, de acuerdo con el mentado artículo 151 del C. de P. L. Pero entendiendo que a partir de la providencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, fechada como se dijo el 10 de septiembre de 1954, al definirse la cuestión planteada ante el reclamo administrativo de la prestación, empezó claramente un nuevo plazo de prescripción, se encuentra que hasta el día en que fue notificada la demanda en este juicio, el 20 de febrero pasado, transcurrieron sobradamente los tres años de la prescripción. Es decir, que cuando se entabló la actual demanda, la acción para el reconocimiento de la pensión de jubilación había sido aniquilada por la prescripción extintiva de la misma, que alegada oportunamente, se encuentra configurada, y así hay que declararlo, como se hizo en el fallo de primera instancia, que debe por lo tanto mantenerse, y así se hará".

Consideraciones de la Corte

Dos son los fundamentos en que se apoya la decisión absolutoria impugnada, a saber: a) Que el demandante no acreditó la prestación de servicios a las distintas entidades de derecho público a que alude en la demanda, por un tiempo no menor de veinte años, conforme a lo exigido por la Ley 6ª de 1945, para tener derecho a la pensión de jubilación reclamada; y b) Que en el supuesto de que se diera valor probatorio a los testimonios aportados al juicio para acreditar ese mismo hecho, tampoco podría accederse a lo pedido porque entraría a operar el fenómeno de la prescripción de la acción, por haber transcurrido más de tres años desde que el derecho se hizo exigible, conforme a lo dispuesto por el artículo 151 del CPL.

En efecto, como puede apreciarse de lo que antes se transcribió de la sentencia, ésta relieva el primero de los fundamentos anotados, ya que en él se apoya, principalmente, para deducir la inexistencia del derecho del demandante y absolver a la entidad demandada, puesto que, no habiéndose demostrado uno de los elementos básicos requeridos para que opere la jubilación (tiempo de servicios), no se completa y perfecciona el estado jurídico del pensionado. Así, debe entenderse la motivación del fallo, pues si en éste se examina el fenómeno de la prescripción, el razonamiento respectivo del Tribunal solo puede considerarse como una argumentación secundaria de la principal, dirigida a reforzar la decisión absolutoria que se contiene en la parte resolutiva del fallo.

Esta es la interpretación racional de la sentencia, (pues, en ella), la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada se estudia bajo el supuesto o hipótesis de haberse demostrado en el juicio el derecho a la jubilación que reclama el actor, ya que, lógicamente, solo cabe predicar los efectos extintivos de la prescripción con relación a un derecho que ha existido, que se ha consolidado y ha tenido vigencia, y, en manera alguna, para casos como el que se examina, en el cual solo se acreditó una mera expectativa de adquirir la pensión de jubilación. Siendo esto así, y estimándose, como estima el sentenciador, que no puede reconocerse al demandante el derecho a la pensión, por no haber acreditado suficientemente el tiempo de servicios exigido por la ley, no hay para qué buscar en el fallo la existencia de un criterio distinto por parte del juzgador, que permita considerar, como pretende la acusación, que el razonamiento acerca del fenómeno de la prescripción constituye la base principal de la sentencia. Esto llevaría a atribuir a la decisión un carácter contradictorio y antijurídico, que sería el que resulta de aceptar el fenómeno prescriptivo respecto de un derecho cuya existencia no se ha demostrado, según se deja expuesto.

El recurrente en los dos cargos que se examinan, dirige toda su argumentación a

demostrar que es injurídica y violatoria de la ley la tesis del Tribunal, en cuanto, en el supuesto de que se ha hablado, admite la prescripción de la acción intentada por el demandante, con base en lo preceptuado por el artículo 151 del C. de P. L., norma que estima aplicada indebidamente y a la vez erróneamente interpretada, acusando iguales infracciones, respecto de los artículos 488 y 489 del CST. En el primero, (según se dejó visto), señala quebranto de las citadas normas por dos motivos distintos, pero aduciendo, en el fondo, unas mismas razones para sustentarlos, lo cual hace que pierda eficacia la impugnación, puesto que, siendo distintas las causas alegadas, no pueden aducirse unos mismos argumentos para demostrar su infracción. Los defectos de orden técnico, se presentan igualmente en el segundo cargo, que acusa violación del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, en forma indirecta, y a través de errores de hecho en la apreciación probatoria, pues, sucede que el recurrente se abstiene de indicar en qué consistieron dichos errores, de demostrarlos, y de señalar, singularizándolas, las pruebas mal apreciadas o dejadas de estimar por el fallador, y que lo llevaron a incurrir en el vicio anotado y a infringir la citada norma legal.

Si tales defectos de orden técnico son suficientes para hacer inestimables las acusaciones respectivas, debe agregarse que no atacando el impugnador el fundamento principal de la sentencia, que como se ha visto, consiste en estimar el Tribunal que el demandante (Galeano) no acreditó la prestación de sus servicios durante el tiempo requerido por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, para gozar de la pensión de jubilación que pretende, esta omisión conduce a que la sentencia permanezca firme en sus basamentos fundamentales, y, por consiguiente, a que deba mantenerse en su integridad.

Lo anterior, no impide a la Sala admitir que no es acertada la interpretación y aplicación que el sentenciador hace de las normas atinentes a la prescripción, especialmente del artículo 151 del CPL. Esta norma se aplica también a los trabajadores vinculados a la administración por contrato de trabajo, en cuanto a los derechos que las leyes les otorgan. Pero tanto para éstos, como para los trabajadores particulares, y con relación a la pensión de jubilación, el fenómeno de la prescripción solo tiene operancia respecto al derecho a las cuotas o mesadas de la pensión, pero no al derecho que se tiene para pedir la jubilación o a que se reconozca el **estado de jubilado**. En tales circunstancias, y en cumplimiento de su función unificadora de la jurisprudencia, debe rectificar el error, para lo cual considera suficiente transcribir lo que al respecto tuvo oportunidad de expresar, esta Sala, al resolver un caso semejante, en el cual dijo lo siguiente.

"1. Confunde el recurrente dos situaciones jurídicas distintas: el derecho a la jubilación o **estado de jubilado** y el derecho a la pensión mensual vitalicia, efecto jurídico de ese estado. El primero se adquiere desde que el trabajador haya prestado servicios por 20 años y cumplido una edad de cincuenta; el segundo surge a la vida legal a partir de la fecha del reconocimiento de la pensión, sin perjuicio de que comience a operar desde el momento que se reúnan los dos presupuestos que configuran el derecho a la jubilación. Se mantiene éste mientras subsista la condición resolutoria de que depende (la vida del beneficiario) o, en otros términos, se extingue con su muerte. Cada mensualidad origina una obligación y, por consiguiente, un título independiente para exigir su pago. El derecho a la jubilación es la causa; el de la pensión su efecto; sin el primero no se da el segundo, pero es éste y no aquél el que produce obligaciones personales o derechos de crédito. Solo del derecho a las cuotas o mesadas puede hablarse de prescripción; el que se tiene para pedir la jubilación no es susceptible de extinguirse por ese medio. Si reunidos los dos presupuestos en que se funda, el trabajador no lo reclama, nada le impide exigirlo en cualquier tiempo; en esa hipótesis, la única consecuencia sería, reconocida la jubilación, la pérdida de las mesadas vencidas, si el deudor alega la prescripción.

"... 2. Presupuesto de toda prescripción extintiva es el de que el derecho respecto

del cual se hace valer sea exigible, conforme a lo previsto por el artículo 2535 del C. C. La prescripción trienal que establece el Art. 151 del C. P. L. en relación con las acciones que nacen de las leyes sociales, toma también como punto de partida para el cómputo del plazo, la exigibilidad de la obligación. No se puede aplicar esa regla al derecho a la jubilación o estado de jubilado, porque considerado aisladamente, con independencia de sus efectos, no surgen de él obligaciones exigibles. Aún aceptando el criterio del acusador, esto es, equiparando ese derecho con el que se tiene para exigir las cuotas mensuales, una vez reconocida la pensión, para que aquél pudiera terminar por prescripción sería necesario que también fueran exigibles las cuotas mensuales futuras o por devengar, conclusión a todas luces opuesta a lo prescrito por el citado artículo 151, para cuya aplicación se requiere que la respectiva obligación se haya hecho exigible, condición que no llenan las mesadas que no se hayan causado". (Sala Laboral. Sentencia 8 de junio de 1965. Juicio ordinario laboral de José A. Puello Martínez contra el Departamento de Bolívar y su Industria Licorera).

Lo expresado anteriormente lleva a la conclusión de que los cargos no pueden prosperar y por tanto se rechazan.

Como la acusación ha permitido rectificar ciertas apreciaciones jurídicas del sentenciador, no es el caso de hacer condenación en costas.

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 el fallo recurrido.

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

Adán Arriaga Andrade, Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRIMER SEMESTRE DE 1965

Sala de Negocios Generales

Extractos de Jurisprudencia de esta Sala,
a cargo del Dr. Carlos Manuel Gutiérrez E.,
Relator Judicial Auxiliar.

OCUPACION DE HECHO DE UNA PROPIEDAD INMUEBLE. — EXPROPIACION DE FACTO.

Acciones sustanciales que tiene el interesado a su disposición. — Lucro cesante.

1. En el caso de ocupación de hecho de una propiedad inmueble, o de una expropiación de facto, el interesado tiene a su disposición dos acciones sustanciales, que bien puede ejercitarlas en forma directa, o la una como principal y la otra como subsidiaria: Con fundamento en el artículo 946 puede deducir en juicio la acción de reivindicación, para que se le restituya el predio ocupado o expropiado de hecho, juntamente con las prestaciones mutuas correspondientes; o bien demandar directamente la indemnización de los perjuicios de todo género ocasionados por la dicha ocupación o expropiación de facto, en sustitución a la restitución del inmueble. Ahora, es obvio que el actor puede ejercitar como subsidiaria de la acción de reivindicación, la de indemnización de los perjuicios por el hecho administrativo consumado por la ocupación de la propiedad sin las formalidades legales, cuando considere que la restitución resultará imposible o inoperante por destrucción de la cosa, como ocurriría con la demolición de un edificio, etc.

Desde luego, tanto en la acción de dominio como en la sustitutiva de indemnización, concurren o deben concurrir los elementos que integran la primera de las nombradas acciones, y, además, la ocupación de hecho de la propiedad en forma permanente y definitiva con destino a una obra pública; los perjuicios ocasionados con tal hecho y, en fin, la cuantía de ellos.

2. Como lo ha dicho la Sala en otros litigios semejantes, el lucro cesante debe compensarse con los intereses legales, según el artículo 1617 del C. C., porque el Estado debe una suma de dinero a partir de la fecha de la ocupación o despojo del inmueble, como así hubiera ocurrido si se hubiesen observado las normas sobre expropiaciones por causa de utilidad pública.

Pagada la indemnización, el Estado adquiere la propiedad del inmueble, para lo cual le bastará, como título, la presente sentencia debidamente registrada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, 26 de enero de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña).

Emiliano Herrera López, por medio de apoderado, demandó a la Nación, según el libelo corregido, con el fin de que el Tribunal Superior de Bogotá, previa la tramitación del correspondiente juicio ordinario, hiciera en la sentencia definitiva las siguientes condenas:

"Primero: Condénase a la Nación, a pagarle a mi representado, la suma de Ciento Cincuenta Mil Pesos ($ 150.000.00) M/Cte., con motivo del aprovechamiento definitivo hecho por el Ministerio de Salud Pública de una finca de propiedad del señor Emiliano Herrera, bien inmueble, ubicado en jurisdicción del Municipio de Agua de Dios, cuyos linderos generales, son los siguientes: Por un costado con la calle 14 y el camino público que conduce al Cerro de 'La Cruz', en extensión de trescientos diez metros; por

otro costado con predios de Eusebio Sierra, en curva, en extensión de doscientos cuatro metros; por otro costado, con propiedades de Herminia Neira, en extensión de setenta y siete metros con noventa centímetros; por el último costado, con terrenos del Municipio de Agua de Dios, y camino público que conduce a predios de Herminia Neira en extensión de cuatrocientos catorce metros con cincuenta centímetros. Este predio se denomina 'La Marmolera'." (Fls. 18 C. Nº 1º).

Peticiones subsidiarias

"Primero: Que se condene a la Nación a pagar en favor de mi mandante, el valor total del aprovechamiento hecho por el Ministerio de Salud Pública, del Balasto explotado sobre el predio alinderado en la petición principal, desde el año de 1951, mes de febrero hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia en este juicio, explotación que será debidamente regulada por peritos, nombrados por las partes.

"Segundo: Que además de lo solicitado en el punto inmediatamente anterior, se indemnice en favor de mi mandante, por la expropiación que la Nación ha hecho del terreno alinderado como se dijo, por conducto del Ministerio de Salud Pública, teniendo en cuenta, no el avalúo catastral, sino el valor del inmueble, junto con las minas de Balasto en él existentes.

"Tercero: Se condene a la Nación, si no fuere posible lo anterior, a pagar en favor de mi mandante, a lo que resultare probado en el juicio". (Fls. 18 a 18 vto. ib.).

Como hechos fundamentales de la demanda adujo los siguientes:

1º El actor adquirió la propiedad del predio demarcado en la primera petición principal, mediante remate judicial de los bienes de la menor Graciela Campo Garrido, llevado a efecto ante el Juez del Circuito de Agua de Dios el día 14 de junio de 1946, como así consta en los documentos protocolizados en la escritura Nº 436 de 27 de octubre de 1959.

"Segundo: Encontrándose mi poderdante en quieta y pacífica posesión del inmueble ya alinderado, el Ministerio de Salud Pública comprobó que sobre el terreno de la propiedad de Emiliano Herrera se encontraban muestras de Balasto, y después del correspondiente examen, procedió a la explotación del mineral, verificando la expropiación de hecho del terreno, sin indemnización de ninguna naturaleza, y sin previa expropiación de la finca a que me vengo refiriendo.

"Tercero: El señor Emiliano Herrera realizó gestiones diversas ante el Ministerio de Salud Pública, a fin de obtener en forma amigable, indemnización por los perjuicios recibidos, y el citado Ministerio, aceptando en parte las justas reclamaciones de mi poderdante, le ofreció en forma caprichosa una suma de dinero irrisoria, pero por el mineral extraído, y le ofrecieron no extraer más mineral pero, hasta la presente fecha, nada se ha cumplido por parte del Ministerio aludido. Este hecho oportunamente se probará.

"Cuarto: El Ministerio de Salud Pública ha causado serios perjuicios al señor Emiliano Herrera, mi mandante, con la inutilización del terreno que es de su exclusiva propiedad, para el cultivo, con la prohibición que se le ha hecho de dar en venta el mineral, hacer uso de las minas de Balasto halladas en su fundo". (fs. 18 vto. a 19 ib.).

Como fundamento de derecho adujo, en primer término, el artículo 30 de la Constitución, para luego exponer: "El artículo 675 del C. C. define cuáles son los bienes de la Unión. De todo lo cual se desprende lógica y jurídicamente que el Ministerio de Salud Pública ha ocupado de hecho, vale decir sin los requisitos establecidos en las leyes y en nuestra Constitución Nacional, un bien de propiedad particular, y está por lo tanto obligado a indemnizar el valor de este bien, y pagar el valor de los materiales explotados durante diez años. Igualmente fundamento los derechos de mi representado en los artículos 63 y 2341 del C. C. y concordantes y artículos 205 y 734 del C. J. y siguientes. Decreto 1779 de 1954, Art. 8º".

Fijó la cuantía del negocio en más de cien mil pesos y terminó el libelo con la detalla-

da enumeración de los documentos acompañados.

Corregida la demanda, el Fiscal 1º del Tribunal, en representación de la Nación, después de manifestar que no le constaban los hechos aducidos, dijo:

"Niego la causa, el objeto y la razón de la demanda que se instaura contra la Nación que represento y me opongo a que sean hechas las declaraciones condenatorias, tanto principales como subsidiarias, que el demandante impetra". (Fls. 29 ib.).

El Tribunal del conocimiento desató el litigio, mediante sentencia de fecha 29 de enero de 1964, en esta forma:

"Primero. Declárase que el señor Emiliano Herrera López, mayor y vecino del Lazareto de Agua de Dios, es propietario de la finca denominada 'La Marmolera', ubicada en la zona rural de ese municipio, y comprendida dentro de los siguientes linderos: 'Por un costado con la calle 14 y el camino público que conduce al cerro de 'La Cruz', en extensión de trescientos diez metros; por otro costado con propiedades de Eusebio Sierra, en curva, en extensión de doscientos cuatro metros; por otro costado, con propiedades de Herminia Neira, en extensión de setenta y siete metros con noventa centímetros; por el último costado, con terrenos del Municipio de Agua de Dios y camino público que conduce a predios de Herminia Neira, en extensión de cuatrocientos catorce metros con cincuenta centímetros'.

"Segundo. Por hallarse este inmueble destinado a un servicio público no es procedente la orden de restitución a su dueño. En cambio, se condena a la Nación —República de Colombia— a pagar al demandante, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del auto de la respectiva liquidación, simultáneamente con la firma de la escritura de enajenación que éste debe otorgar a aquélla, el valor de dicho inmueble, en la época en que lo ocupó el Estado; junto con los intereses legales de la suma en que se estime ese valor, en el tiempo transcurrido desde entonces hasta el día en que se verifique el pago.

"Tercero. El justiprecio del inmueble se efectuará pericialmente, por el trámite incidental establecido para la ejecución de las resoluciones, teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva de esta providencia". (Fls. 51 vto. a 52 ib.).

En virtud del recurso de apelación interpuesto por el fiscal, se procede a revisar la sentencia, con fundamento en las siguientes consideraciones.

En el caso de una ocupación de hecho de la propiedad inmueble, o de una expropiación de facto, el interesado tiene a su disposición dos acciones sustanciales, que bien puede ejercitarlas en forma directa, o la una como principal y la otra como subsidiaria: Con fundamento en el Art. 946 puede deducir en juicio la acción de reivindicación, para que se le restituya el predio ocupado o expropiado de hecho, juntamente con las prestaciones mutuas correspondientes; o bien demandar directamente la indemnización de los perjuicios de todo género ocasionados por la dicha ocupación o expropiación de facto, en sustitución a la restitución del inmueble. Ahora, es obvio que el actor puede ejercitar como subsidiaria de la acción de reivindicación, la de indemnización de los perjuicios por el hecho administrativo consumado por la ocupación de la propiedad sin las formalidades legales, cuando considere que la restitución resultará imposible o inoperante por destrucción de la cosa, como ocurriría con la demolición de un edificio, etc.

En el presente proceso, el actor no ejercitó la acción de dominio, sino que directa y en forma principal demandó, en la petición principal, que la Nación sea condenada "a pagarle a mi representado, la suma de ciento cincuenta mil pesos, con motivo del aprovechamiento definitivo hecho por el Ministerio de Salud Pública, de una finca de propiedad del señor Emiliano Herrera..." Demanda, pues, no la restitución del inmueble, sino el valor por su "aprovechamiento definitivo", que estima el actor en la dicha cantidad de $ 150.000.00.

Desde luego, tanto en la acción de dominio como en la sustitutiva de indemni-

zación, concurren o deben concurrir los elementos que integran la primera de las nombradas acciones, y, además, la ocupación de hecho de la propiedad en forma permanente y definitiva con destino a una obra pública; los perjuicios ocasionados con tal hecho y, en fin, la cuantía de ellos.

Antes de analizar la prueba presentada por el actor, procede advertir, primero, que la sentencia de primera instancia fue protestada únicamente por el fiscal, en representación de la Nación; y luego que en la parte resolutiva, si bien falló sobre cuestiones no propuestas en la demanda, como la que atañe a la declaración de dominio, acogió la petición principal porque en la segunda condenó "a pagar al demandante... el valor del dicho inmueble, en la época en que lo ocupó el Estado..." Por tanto, el fallo de segunda instancia debe comenzar por el estudio de la condenación hecha, pues de resultar fundada, no habrá para qué estudiar las peticiones formuladas como subsidiarias, ni hacerla más gravosa para la entidad apelante.

a) La tradición del inmueble "La Marmolera" puede resumirse así:

Por escritura pública número 324 de 20 de agosto de 1929, pasada ante el Notario de Agua de Dios, Rosa Villa v. de Campo vendió a Jorge Enrique Campo los derechos que le correspondían en la sucesión de su marido Eduardo Campo G.

En las diligencias judiciales para la venta del predio "La Marmolera" de propiedad de la menor Ana Graciela Campo, a quien se le adjudicó en la sucesión de su padre Jorge Enrique Campo, se llevó a efecto el remate el 14 de junio de 1946 ante el Juez del Circuito de Agua de Dios, que le fue adjudicado al demandante Emiliano Herrera López.

Consta también del certificado del R. de I. P. y P. que el actor es el actual poseedor inscrito del inmueble La Marmolera por no haberse cancelado la correspondiente inscripción por ninguno de los medios legales que indica el Art. 789 del C. C.

b) El inmueble descrito por sus lindes en la demanda fue identificado, sobre el terreno, en la diligencia de inspección ocular, de la cual se deduce que los peritos verificaron o efectuaron la mensura de cada uno de los lados o lindes del inmueble, cuya área es de cuatro hectáreas con 3.090.60 M.2 de acuerdo con el croquis presentado con el dictamen.

c) En la inspección ocular, el juez dejó el siguiente testimonio:

"Como observación final, se deja constancia de que la mina está situada dentro de la zona rural del Leprocomio, sobre la calle 14 y a la cual conduce un tramo de carretera de una extensión de un kilómetro aproximadamente; que la mina está cercada con alambre de púas y asegurada su puerta con un candado que impide la entrada de personas particulares, cerca y candado puestos por cuenta del Ministerio de Salud. Igualmente dejan la observación personal de que la mina en cuestión ha venido siendo explotada por el Ministerio de Salud Pública desde sus comienzos hasta hoy". (Fls. 21 vto. C. Nº 2º).

d) Con las declaraciones de Benedicto Gómez, Ramón Sulvara, Aurelio Cárdenas y otros se establece que la mina de balasto del predio La Marmolera comenzó a explotarse más o menos en el año de 1950, para destinar el material al afirmado de las calles de la población y de la carretera aledaña, por orden del Ministerio de Salud Púbica, circunstancia que les consta a algunos de los deponentes por haber trabajado en la obra como choferes de las volquetas oficiales, o por haber integrado la Junta de Ornato, etc.

e) Los peritos conceptúan que el predio La Marmolera "Se encuentra ubicado dentro del área rural de la población o Lazareto de Agua de Dios, y tiene una buena vía de comunicación o camino carreteable, que se halla en buen estado de servicio..."; que "el terreno es de buena calidad, apto para el cultivo de pasto, de ajonjolí, maíz, algodón"; que en el predio existe

una mina de balasto en explotación, cuyo producido calculan bajo distintos puntos de vista; que el terreno puede ser cultivado solamente en forma parcial dados los trabajos de explotación de la mina de balasto; y en el aparte h) dicen textualmente:

"Se avalúe el material sacado o explotado, el terreno en sí, junto con la mina de balastro (sic) que en él existe: El avalúo ya se hizo anteriormente, y en cuanto al valor de la finca, considerada como tal, el precio de la fanegada en pasto, la apreciamos a razón de $ 1.500.00 por fanegada, lo que da un total de $ 9.000.00 el valor de la finca, habida consideración de la tierra y las mejoras de pastos y los siembros de yuca, maíz y ajonjolí. En cuanto al precio de la mina en sí, teniendo en cuenta el rendimiento mensual que produce, como ya se expresó, se tienen los mismos dos casos: 1º El dueño no es empresario, en cuyo evento, el valor de dicha mina es de sesenta y dos mil quinientos pesos ($ 62.500.00), con un rendimiento mensual del diez por ciento, o sea de $ 625.00; y si el dueño es empresario, entonces el valor de la mina sería mayor, o sea de $ 422.750.00, con rendimiento mensual del 10%, o sea de $ 4.227.50 al mes. Los valores anteriores han sido tomados teniendo en cuenta las producciones que ya se sacaron anteriormente y en el último caso, se tuvo en consideración la producción neta de la mina". (Fls. 27 vto. a 28 C. Nº 2º).

En resumen, se ha demostrado por el demandante la propiedad del predio La Marmolera, mediante la presentación de títulos otorgados entre particulares; y también que el Estado, por actos del Ministerio de Salud Pública, despojó al propietario y poseedor del dicho predio, con destino a la explotación de la mina de balasto para las obras públicas de la población y de la carretera. En otras palabras se trata de un hecho administrativo llevado a efecto sin llenar los requisitos previstos en el Art. 30 de la Constitución y en las leyes que regulan la expropiación por causa de utilidad pública (Art. 852 del C. J. Ley 83 de 1935).

Obviamente se comprende que en la regulación que se haga de la indemnización que la Nación debe pagar al actor, conforme al procedimiento del Art. 553 del C. J., la cuantía no podrá exceder de la suma fijada en la petición principal de la demanda.

Además como lo ha dicho esta Sala en otros litigios semejantes, el lucro cesante debe compensarse con los intereses legales, según el Art. 1617 del C. C., porque el Estado debe una suma de dinero a partir de la fecha de la ocupación o despojo del inmueble, como así hubiera ocurrido si se hubiesen observado las normas antes citadas sobre expropiaciones por causa de utilidad pública.

Pagada la indemnización, el Estado adquiere la propiedad del inmueble, para lo cual le bastará, como título, la presente sentencia debidamente registrada.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero. Condénase a la Nación a pagar a Emiliano Herrera López el precio del predio La Marmolera, ubicado en el Municipio de Agua de Dios, comprendido dentro de las siguientes lindes: "Por un costado con la calle 14 y el camino público que conduce al Cerro de La Cruz, en extensión de trescientos diez metros; por otro costado con predios de Eusebio Sierra, en curva, en extensión de doscientos cuatro metros; por otro costado, con propiedades de Herminia Neira, en extensión de setenta y siete metros con noventa centímetros; por el último costado, con terrenos del Municipio de Agua de Dios, y camino público que conduce a predios de Herminia Neira en extensión de cuatrocientos catorce metros con cincuenta centímetros".

Es entendido que el precio o valor del inmueble descrito se fijará por el procedimiento indicado en el Art. 553 del C. J. y en función a la época en que se llevó a efecto la ocupación de hecho.

Segundo. Condénase a la Nación a pagar los intereses legales a partir de la ocupación hasta el día del pago efectivo.

Tercero. La presente sentencia le servirá de título al Estado previo el pago de las indemnizaciones antes decretadas y del registro que de ella debe hacerse en la debida oportunidad.

Cuarto. En los términos anteriores queda reformada y sustituída la sentencia apelada por el fiscal del Tribunal de Bogotá.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las cancelaciones de rigor.

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

Jorge García M., Secretario.

JURISDICCION CONTENCIOSA Y JURISDICCION VOLUNTARIA

Distinción entre éstas. — Al juicio de deslinde y amojonamiento debe ubicársele entre los de jurisdicción voluntaria.

No ha señalado el legislador criterio alguno para distinguir la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, y entre los autores dista mucho de haberse llegado a un acuerdo al respecto.

La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme tampoco en punto a la caracterización de las dos jurisdicciones, pero como tendencia general se observa en ella la consideración de que a la jurisdicción voluntaria es extraña la idea de controversia, si bien en alguna ocasión la Corte afirmó que ésta podía suscitarse en los juicios de tal jurisdicción, "en cuanto a puntos de hecho". (G. J. T. LV, 1993/95, Pág. 114).

Por lo que hace al juicio de deslinde, la jurisprudencia nacional ha vacilado igualmente en cuanto a ubicarlo en una u otra jurisdicción. Así puede verse lo expuesto por la Corte en Acuerdo número 440 de 21 de septiembre de 1889 (G. J. T. III, 151, Pág. 41, y en auto de 3 de diciembre de 1942 de esta Sala (G. J. T. LV, 1993/95, Pág. 121).

Consideradas las diversas opiniones y críticas que respecto a la distinción entre las dos jurisdicciones trae la doctrina, sobre lo cual se encuentran importantes exposiciones, entre otros, en De la Plaza ("Derecho Procesal Civil Español", T. I., Págs. 130 y s.) y en Hernando Devis Echandía, ("Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomo I), el criterio más aceptable para la Sala en orden a configurar la jurisdicción voluntaria debe establecerse a base de los factores expuestos por el último de los autores nombrados, inspirado en las ideas de De la Plaza y Cristofolini (V. ob. cit. T. I, Pág. 218 y s.).

Examinada a la luz de las ideas allí expuestas la naturaleza y fines del juicio de deslinde y amojonamiento, se ve claro que debe ubicársele entre los de jurisdicción voluntaria. En efecto: el demandante no persigue un efecto jurídico que solo a él afecte, sino que se dirige especialmente al colindante; el juez dicta providencia que obliga a éste, que habrá figurado como verdadero demandado, a quien se le corre traslado de la demanda y quien puede proponer excepciones dilatorias y formular oposición a la diligencia de deslinde; la demanda es presentada por el actor precisamente porque el colindante no acepta buenamente las pretensiones de aquél, que habrían podido dar lugar a un arreglo amigable que se hiciera constar en escritura pública; finalmente, la sentencia que aprueba la diligencia de deslinde a falta de oposición, así como la que, llegado el caso, decide el juicio ordinario suscitado por la presentación de dicha oposición, tienen fuerza de cosa juzgada.

Igualmente, el doctor Hernando Morales en su "Curso de Derecho Procesal Civil", califica el juicio de apeo como de jurisdicción voluntaria (Parte especial, Pág. 94).

Debe anotarse que no es técnico configurar un juicio con jurisdicción mixta, como había venido considerando la Corte, pues al presentarse oposición, o habría que enviar el negocio al juez competente, caso de que no pudiera ser el mismo que venía conociendo del juicio, como cuando es parte un Departamento o la Nación, lo que rompería la unidad procesal que indudablemente ha querido el legislador que se manten-

ga, según se infiere de la organización del juicio, especialmente de los artículos 870 y 871; o, en el mismo evento, seguirá conociendo del negocio, en acatamiento a tal unidad, un juez al que no competía su conocimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, D. E., 30 de enero de 1965.

(Magistrado Ponente: Dr. Ramiro Araújo Grau).

1. En el juicio de deslinde y amojonamiento promovido ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó por la sociedad colectiva civil "Jorge y Emilio Bechara" contra el Departamento del Chocó y la "Beneficencia del Chocó", el apoderado de esta última entidad presentó escrito ante el referido Tribunal pidiendo se declarara la nulidad de lo actuado, a tenor del artículo 448 del C. J., por tratarse de un juicio de jurisdicción voluntaria, cuyo conocimiento corresponde al Juez de Circuito.

En auto de 2 de noviembre de 1964 el Tribunal denegó tal solicitud, y, apelado por los apoderados de los demandados, remitió el negocio a esta Corporación, previa concesión del recurso. Agotada la tramitación de ley, se procede a decidir la alzada. Ninguna de las partes presentó alegato.

2. No ha señalado el legislador criterio alguno para distinguir la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, y entre los autores dista mucho de haberse llegado a un acuerdo al respecto.

3. La jurisprudencia nacional no ha sido uniforme tampoco en punto a la caracterización de las dos jurisdicciones, pero como tendencia general se observa en ella la consideración de que a la jurisdicción voluntaria es extraña la idea de controversia, si bien en alguna ocasión la Corte afirmó que ésta podía suscitarse en los juicios de tal jurisdicción, "en cuanto a puntos de hecho". (G. J. T. LV, Nº 1993/5, Pág. 114).

4. Por lo que hace al juicio de deslinde, la jurisprudencia nacional ha vacilado igualmente en cuanto al ubicarlo en una u otra jurisdicción.

En Acuerdo número 440, de 21 de septiembre de 1889 (G. J. Nº 151, Pág. 41), se expresó la Corte: "Ahora, como toda demanda sobre deslinde de propiedades envuelve desde su principio una contienda o la posibilidad de ella, porque se debe dar traslado a los condueños o usufructuarios de los predios a los cuales el deslinde se refiere, y puede haber lugar a excepciones, y más luego se debe notificar la diligencia de deslinde, pudiendo dar lugar a la contradicción de éste, se deduce rectamente de toda esta actuación o de todo este procedimiento, que dicho juicio es de los contenciosos, y que por consiguiente, cuando la Nación está interesada en un asunto de deslinde, el conocimiento de éste en primera instancia corresponde privativamente a los Tribunales de Distrito".

Más tarde consideró que el juicio de deslinde y amojonamiento es de jurisdicción voluntaria; o que a lo menos hay en él una primera etapa de este tipo y que puede haber una segunda, de jurisdicción contenciosa, como consecuencia de la formulación de oposición a la diligencia de deslinde. "Despréndese de lo dispuesto anteriormente, que el juicio de apeo se halla entre los asuntos en que se ejerce la jurisdicción voluntaria: la acción de deslinde y amojonamiento que corresponde a los dos vecinos y es por lo tanto mixta (tanto que en el derecho romano se consideraban demandantes y demandados a los dos interesados en el deslinde), puede hacerse efectiva o no sin que ninguno de los vecinos pierda su derecho a que se lleve a efecto el deslinde, y la función del Juez en el juicio de apeo no es la de condenar o absolver al demandado, sino la de realizar un acto jurídico que, según lo visto, entra en la categoría de los actos administrativos... Porque, lo que hay en el fondo es que si surge oposición a la demanda de deslinde, ya el juicio no es propiamente sobre apeo, sino sobre si da lugar a efec-

tuarlo. Un juicio sobre esto, a diferencia del primero, entra en la categoría de los juicios de jurisdicción contenciosa. (...) De todo lo cual se sigue que el deslinde o apeo no envuelve una cuestión contenciosa, en el sentido propio de la palabra, porque la que puede surgir de la oposición a la línea que se trace o a la demanda misma, debe ventilarse y decidirse en el juicio —ese sí contradictorio—, que prevé la disposición antes transcrita. Es verdad que en el juicio de deslinde se pueden oponer excepciones dilatorias, pero esto no es bastante para graduarlo de asunto contencioso". (G. J. T. LV Nº 1993/5, Pág. 121).

5. Consideradas las diversas opiniones y críticas que respecto a la distinción entre las dos jurisdicciones trae la doctrina, sobre lo cual se encuentran importantes exposiciones, entre otros, en De la Plaza ("Derecho Procesal Civil Español", T. I, Págs. 130 y s.) y en Hernando Devis Echandía, ("Tratado de Derecho Procesal Civil", tomo I), el criterio más aceptable para la Sala en orden a configurar la jurisdicción voluntaria debe establecerse a base de los siguientes factores, según exposición del último autor, inspirado en las ideas de De la Plaza y Cristofolini:

"a) Por la posición que las partes ocupan en la relación jurídico-procesal, pues al paso que en la voluntaria los interesados que inician el juicio, persiguen determinados efectos jurídico-materiales para ellos mismos, en la contenciosa los demandantes buscan producir efectos jurídico - materiales obligatorios para determinados demandados".

"b) Por la posición del juez al dictar sentencia, pues mientras en la contenciosa el juez decide entre dos litigantes (inter nolentes o contra volentem o inter invictos), en la voluntaria en cambio se pronuncia solo respecto de los interesados (inter volentes o pro volentibus); sin que en la contenciosa el fallo deba ser siempre a favor de una parte y en contra de otras, porque puede satisfacer a ambas".

"c) Por los sujetos de la relación jurídico-procesal, pues en la voluntaria no existe demandado sino simplemente interesado peticionario, al paso que en la contenciosa existe siempre un demandado".

"d) Por el contenido de la relación jurídico-procesal al iniciarse el juicio, porque en la voluntaria se persigue el acertamiento de un derecho o ciertos efectos jurídicos materiales, sin presentarle al juez inicialmente ninguna controversia ni litigio para su solución en la sentencia, y en la contenciosa, por el contrario, inicialmente se le está pidiendo la solución de un litigio con el demandado, sea que se haya presentado o esté por presentarse y que exista o no desacuerdo en la solución necesaria (puede suceder que el demandado esté de acuerdo en la solución de ese litigio previo mediante las declaraciones pedidas en la demanda, o sea, que acepte sus peticiones, y entonces no existe pugna ni litigio controvertido dentro del proceso, pero la presencia del litigio previo viene a ser la causa del proceso, ya que aun cuando en la solución exista acuerdo, sin tal litigio no hubiera sobrevenido el proceso como medio necesario para esa solución)".

"e) Por los efectos de la sentencia, porque en la contenciosa lo normal es que tenga el valor de cosa juzgada, al paso que en la voluntaria jamás constituye cosa juzgada (es un error de nuestro Código el permitir revisión en juicio ordinario de sentencias contenciosas dictadas en juicios especiales, pero mientras subsista esta situación, la diferencia por este aspecto no es absoluta en Colombia). La cosa juzgada hará la sentencia inmutable, además de obligatoria. La sentencia voluntaria será obligatoria mientras no sea modificada, pero no inmutable, porque puede modificarse". (Ob. cit. T. I, Pág. 218 y s.).

6. Examinada a la luz de las anteriores ideas la naturaleza y fines del juicio de deslinde y amojonamiento, se ve claro que debe ubicársele entre los de jurisdicción voluntaria. En efecto: el demandante no persigue un efecto jurídico que solo a él afecte, sino que se dirige especialmente al colindante; el juez dicta providencia que obliga a éste, que habrá figurado como verdadero demandado, a quien se le corre tras-

lado de la demanda y quien puede proponer excepciones dilatorias y formular oposición a la diligencia de deslinde; la demanda es presentada por el actor precisamente porque el colindante no acepta buenamente las pretensiones de aquél, que habrían podido dar lugar a un arreglo amigable que se hiciera constar en escritura pública; finalmente, la sentencia que aprueba la diligencia de deslinde a falta de oposición, así como la que, llegado el caso, decide el juicio ordinario suscitado por la presentación de dicha oposición, tienen fuerza de cosa juzgada.

7. El doctor Hernando Morales en su "Curso de Derecho Procesal Civil", califica el juicio de apeo como de jurisdicción voluntaria, dice: "Estimamos que debiéndose conferir traslado de la demanda y pudiéndose proponer excepciones dilatorias, único juicio especial donde ello procede, las características de la jurisdicción contenciosa parecen definidas. El litigio latente es signo inequívoco de jurisdicción contenciosa y cuando se intenta este juicio se demuestra la discrepancia entre las partes respecto a la línea divisoria de sus predios, pues de lo contrario los interesados habrían podido deslindar directamente por escritura pública. Si no surge oposición sucede que no llega a presentarse controversias, lo que no obsta para que un juicio sea contencioso, según se estudió en la Parte General de este curso. Además la sentencia hace cosa juzgada material, que es lo que caracteriza a la jurisdicción contenciosa, y ésto nos parece definitivo". (Parte especial, Pág. 94).

8. Debe anotarse que no es técnico configurar un juicio con jurisdicción mixta, como había venido considerando la Corte, pues al presentarse oposición, o habría que enviar el negocio al juez competente, caso de que no pudiera ser el mismo que venía conociendo del juicio, como cuando es parte un Departamento o la Nación, lo que rompería la unidad procesal que indudablemente ha querido el legislador que se mantenga, según se infiere de la organización del juicio, especialmente de los artículos 870 y 871; o, en el mismo evento, seguirá conociendo del negocio, en acatamiento a tal unidad, un juez al que no competía su conocimiento.

En mérito de todo lo expuesto se resuelve: CONFIRMASE el auto apelado.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase a la oficina de origen.

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

Jorge García Merlano, Secretario.

PROPIEDAD URBANA

Su prueba. — Prueba pericial y testifical. — No pueden asimilarse ni confundirse. — Indemnización de perjuicios. — El resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o el servicio público ocasione.

1. La regla c) del artículo 45 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal), establece una presunción a favor del Estado, que puede desvirtuarse, empero, presentando la prueba de la propiedad particular, que lo es, para los predios urbanos, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la Ley 200 de 1936, en que consten tradiciones del dominio por un lapso no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º de la referida ley, que en proposición final establece que las demás normas del estatuto no son aplicables a la propiedad urbana. Por tanto, tratándose de esta especie de propiedad no hay lugar a la salvedad que respecto de los inmuebles reservados o destinados a algún servicio o uso público hace el artículo 3º de la ley.

2. Si la ley faculta al Juez para hacer cualquier investigación tendiente a esclarecer los hechos que son objeto de reconocimiento y de peritación (Cod. Proced. Civ., Art. 728), y consiguientemente para asesorarse de testigos que con conocimiento de tales hechos le auxilien en ese esclarecimiento, no se sabría por qué los peritos y el mismo Juez no puedan acudir en ese caso a su propio conocimiento en vez de ocurrir al de testigos que presenten las partes. Si para la localización de un predio el Juez acepta como punto de referencia un cierto accidente topográfico porque es conocido por él, por lo cual está en capacidad de identificarlo, no se vería la razón para llamar testigos que informen lo que el Juez ya tiene sabido por haberlo observado personalmente de antemano; si, en casos especiales sujetos a la apreciación decisoria del fallador, los peritos deducen una determinada consecuencia en consideración a hechos materiales conocidos de ellos materialmente con anterioridad, no se vería el motivo para negarle a sus aserciones la fuerza que generalmente se le otorga al testimonio, cuando, como en el presente caso, los peritos han adquirido deberes de fidelidad a la justicia y de imparcialidad con las partes mediante un juramento promisorio para recibir el cual se tuvo en cuenta, en la segunda instancia, su calidad de conocedores de los hechos sobre que versaba la diligencia de inspección ocular, como se lee en el acta respectiva.

No es, pues, que las pruebas pericial y testifical puedan asimilarse y confundirse, sino que en determinadas circunstancias que cabe al fallador apreciar, no puede negarse valor, como fundamento del dictamen, al conocimiento que el perito tenga de hechos materiales que han de influir en la formación de su juicio, y que él elabora con el auxilio de principios o procedimientos técnicos o científicos.

3. En casos como el que se contempla en este proceso, frente al hecho de la ocupación material del inmueble por una entidad de derecho público, sin que preceda juicio de expropiación ni, por tanto, las formalidades que la ley exige para la transmisión de la propiedad por causa de utilidad pública o social, el legítimo dueño tiene la acción consagrada en el Título 12 del libro 2º del Código Civil, o sea, la establecida en beneficio del dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el actual posee-

dor sea obligado a restituírsela; empero, como por otra parte la demanda es un acto de voluntad que condiciona la competencia decisoria del fallador, a ella debe éste atenerse en cuanto expresa la pretensión que el demandante formula ante el órgano jurisdiccional. Nadie mejor que el interesado sabe lo que le conviene, y seguramente habrá casos en que le sea más favorable obtener el resarcimiento de perjuicios que la restitución contra el pago de prestaciones que acaso no está en capacidad de satisfacer. La demanda con que se inició este pleito subordina la restitución en especie a la circunstancia de que el predio no se encuentre ocupado por un servicio público que impida su devolución, y solicita que en ese evento la restitución se haga en dinero; esto es, que en tal caso la pretensión se limita a la indemnización de perjuicios.

4. Considera la Sala que el precio, para que resulte equitativo y razonable, debe ser el que el predio tenía en el momento de la ocupación, en 1932, pues el actual se debe a las obras públicas construídas, o sea, al hecho mismo de la ocupación para un servicio público y al desarrollo urbano provocado por ese mismo servicio. En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que el resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o el servicio público ocasiona, pues si así fuera el damnificado no solamente percibiría el monto del daño sufrido sino que vendría a derivar un provecho adicional motivado por la misma causa a que se atribuye el perjuicio, es decir, que obtendría un enriquecimiento injusto.

Juicio ordinario (2ª instancia).—Tribunal Superior de Barranquilla. Actor: sociedad "López, Pumarejo & Cía." contra la Nación.

(Se reforma la sentencia apelada).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, dos (2) de febrero de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

(Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo).

La sociedad comercial López, Pumarejo & Compañía, con domicilio en la ciudad de Barranquilla, promovió, por medio de apoderado, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, juicio ordinario de mayor cuantía, contra la Nación, representada por el respectivo Agente del Ministerio Público, porque se haga un pronunciamiento favorable a las siguientes pretensiones:

"Primera. Que es de propiedad de "López, Pumarejo y Compañía" el lote de terreno que está situado en el lugar denominado "La Loma" del perímetro urbano de esta ciudad, frente a la antigua fábrica de Cerveza denominada "Bolívar", cuyas medidas y linderos describo en el hecho 1º de esta demanda, del cual está actualmente en posesión material la Nación, por haber perdido dicho terreno su calidad originaria de baldío, y haberlo adquirido dicha Sociedad Comercial por medio de títulos inscritos, otorgados con anterioridad a la Ley 200 de 1936 (artículo 7º), en los cuales constan tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

"Segunda. En subsidio de lo impetrado en la petición anterior, pido que se declare: Que el dominio del lote de terreno que está ubicado en el lugar denominado "La Loma" del perímetro urbano de esta ciudad, cuyas medidas y linderos describo en el hecho 1º de esta demanda, pertenece a la Sociedad Comercial de "López, Pumarejo y Compañía" pues lo ha ganado por prescripción con arreglo a lo dispuesto en las leyes civiles y administrativas sobre la materia, y haberlo poseído con explotación económica del suelo.

"Tercera. Que con apoyo en la declaración de dominio impetrada en las súplicas principal y subsidiaria anteriores, pido que se condene a la Nación, actual poseedora material a restituirle **in corpore** a la parte demandante, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, el lote de terreno cuyas medidas y linderos y ubicación describo en el hecho 1º de esta demanda o por los que se comprueben en el juicio.

"Cuarta. En subsidio de lo que dejo solicitado en la súplica tercera anterior, pido: Que se condene a la Nación, actual poseedora material, a restituirle in corpore a la parte demandante, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, la parte o porción del lote de terreno descrito en el hecho 1º de esta demanda, que la Nación no tenga ocupada con obras para el puerto local (Terminal Fluvial de Barranquilla) o para otro servicio u obra pública nacional, por la ubicación, medidas y linderos que se comprueben en el juicio; y se condene también a la entidad demandada, de la misma manera, a pagarle en dinero el valor o precio de la otra parte o porción del mismo lote de terreno, que la Nación ocupa y posee con las aludidas obras de servicio público, por las medidas, linderos, ubicación que se comprueben en el juicio y con los avalúos que se hagan en la forma legal, lo mismo que las mejoras que existían en dicho terreno.

"Quinta. En subsidio de la condena que dejo solicitada en la súplica anterior o cuarta, pido: Que en el caso de que la entidad demandada, por culpa, hecho y provecho que le son imputables, se haya puesto en imposibilidad de restituirle in corpore o materialmente a la parte demandante, la porción de terreno del descrito en el hecho 1º de esta demanda, que se supone no hallarse ocupada con obras de servicio público y que no obstante se compruebe en el juicio estarlo, o que el Estado tiene proyectadas otras obras que hará allí, previstas en decretos ejecutivos, resoluciones, o por simples órdenes del Gobierno Nacional, en este caso, se condene a la entidad demandada a pagarle en dinero a la parte demandante y en la forma legal, el valor o precio de todo el lote de terreno descrito por su ubicación, medidas y linderos en el hecho 1º de esta demanda, y el valor de las mejoras que en él existían con los avalúos que se hagan en el juicio o separadamente".

El actor fundamenta las anteriores peticiones en los siguientes hechos:

"1º La Sociedad Comercial 'López, Pumarejo & Compañía' de esta ciudad, adquirió de la Empresa Algodonera e Industrial, representada por su Administrador, señor Antonio Luis Carbonell, el dominio y posesión material de un lote de terreno situado en esta ciudad, en la banda septentrional del caño de 'San Anastasio', o sea, el lugar denominado 'La Loma' del área urbana de Barranquilla, que da frente a la Fábrica de Cerveza denominada 'Bolívar', el cual mide y linda: 'De norte a sur, ciento cincuenta y cinco metros (155 m), y de este a oeste, sesenta y seis metros (66 m), y colinda por el norte, con predio de los sucesores de Rafael Salcedo; por el sur, con predio de Carlos J. Martínez; por el este, y suroeste, con predio de los herederos de Manuel María Bula; y por el oeste, con el caño antes dicho', llamado también de Las Compañías o La Tablaza, según se acredita en la escritura pública número 93, de fecha 22 de enero de 1916, otorgada en la Notaría Primera de este circuito.

"2º La 'Empresa Algodonera e Industrial' había adquirido dicho terreno de Antonio Luis Carbonell, según consta en la escritura pública número 969, de 25 de junio de 1915, otorgada en la Notaría Primera de este circuito; Antonio Luis Carbonell había adquirido el mismo inmueble de Martínez & Cía., por medio del instrumento público número 880, de fecha 10 de junio de 1915, otorgado en la Notaría Primera de este circuito; Martínez & Cía., lo había adquirido de Guillermo Campbell, por medio de la escritura pública número 44, de fecha 15 de enero de 1913, otorgada en la Notaría Segunda de este circuito; Guillermo Campbell, lo había adquirido de Pedro Alcántara de Avila, por medio del instrumento público número 134, de fecha 16 de junio de 1891, otorgado en la Notaría Segunda de este circuito.

"3º La Sociedad demandante 'López, Pumarejo & Compañía', tuvo la posesión material del terreno en cuestión con explotación económica hasta fines de diciembre de 1932 como continuadores de la que allí habían tenido todas las personas que les antecedieron en el dominio.

"4º La Nación declaró por medio del Decreto ejecutivo número 2210 de 1932, pertenecerle con la calidad de baldío y como reservas territoriales del Estado, determinadas

en el ordinal c) del Código Fiscal (Ley 110 de 1912), los terrenos llamados en dicho decreto ejecutivo 'La Isla', situados en el lugar llamado 'La Loma' del perímetro urbano de Barranquilla, y los destinó para que de ellos se tomaran los necesarios para las obras del puerto local (Terminal Fluvial), por lo cual entró en posesión de ellos, sin que antes hubiera mediado declaratoria de utilidad pública y la expropiación decretada por sentencia judicial, ni acuerdo alguno entre la Administración y las personas que poseían dichos terrenos con la calidad de propietarios particulares de ellos.

"5º El lote de terreno que he descrito en el hecho 1º de esta demanda, está ubicado dentro del de mayor extensión delimitado en el citado Decreto ejecutivo número 2210 de 1932, así: 'Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el caño denominado de 'Los Tramposos', por el este, el mismo río Magdalena; y por el oeste, el caño de 'Las Compañías', también nombrado de 'La Tablaza' o de 'El Centro' o de 'San Anastasio'."

"6º La Nación destruyó las mejoras que existían en el terreno que reclama la parte demandante, consistentes en una casa de habitación y locales para bodegas.

"7º La Nación está en posesión material del terreno en cuestión desde principios del año de 1933, causándole serios perjuicios a la parte demandante.

"8º La Nación impugnó el dominio privado del terreno que reclama la Sociedad **'López, Pumarejo & Compañía'**, al haber afirmado en el Decreto ejecutivo número 2210 de 1932, que le pertenece con la calidad de baldío y como reserva territorial el llamado 'La Isla' en dicho decreto, dentro del cual está ubicado el anterior.

"9º El Gobierno Nacional no realizó sobre los terrenos llamados 'La Isla' ocupaciones de hecho por causa de trabajos públicos nacionales, porque no se limitó a ocupar de aquéllos en 1933, los indispensables para las obras previstas (Terminal Fluvial) en el precitado decreto ejecutivo, con arreglo a prospectos, planos, etc., sino que ocupó con tales obras una parte de ellos y de la otra parte que quedó exenta de tales obras desde 1933, continuó en posesión material, impidiendo la de sus respectivos propietarios particulares.

"10. Los terrenos delimitados en el Decreto ejecutivo número 2210 de 1932, no son una isla impuesta por la naturaleza en la banda occidental del río Magdalena, es decir, dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla. La red de canales que los circundan han sido obra del hombre y no están alimentados por corrientes propias y naturales. Sus bocas de contacto con el río Magdalena se ciegan anualmente con los sedimentos que en ellas allí deposita el río después de sus grandes crecientes anuales y solo se logra conservarlas y evitar que se cieguen definitivamente por medio de dragados periódicos que hace allí el Gobierno Nacional. Cuando estos dragados no se ejecutan oportunamente, dichas bocas se tapan, las aguas depositadas en los canales se corrompen, y ponen en peligro la salud de los habitantes de la ciudad".

Admitida la demanda, de ella se dio traslado al señor Fiscal del Tribunal arriba mencionado, quien se opuso a la acción, y en lo concerniente a los hechos, aceptó el primero, el segundo y el cuarto, si bien los dos primeros solo en cuanto a la existencia de los instrumentos públicos allí citados; negó el tercero, sexto, octavo, noveno y décimo; pidió que se probasen las afirmaciones hechas en el quinto, y cuanto al séptimo, manifestó que la Nación ha tenido el dominio y posesión del globo de tierras denominado La Loma, por ser una isla. Alegó, asimismo, las excepciones de declinatoria de jurisdicción e inepta demanda, declaradas no probadas por la Corte previa tramitación del respectivo incidente.

Recibido el negocio a pruebas, se ordenaron y practicaron las que obran en el expediente, de las cuales se hará adelante referencia a las pertinentes a las conclusiones a que llega este fallo.

Presentados los alegatos de conclusión, y ejecutoriada la citación para sentencia, el Tribunal **a-quo** profirió la que en su parte resolutiva reza:

"1º Se declara no probada la 'tacha', o excepción de inexistencia de personería sus-

tantiva en la parte actora, propuesta por el señor representante del Ministerio Público.

"2º Se declara que es de propiedad de la Sociedad Comercial 'López, Pumarejo & Cía.', el siguiente inmueble: 'Un lote de terreno situado en esta ciudad, en la banda septentrional del caño de 'San Anastasio' o sea, el lugar denominado 'La Loma' del área urbana de Barranquilla que da frente a la Fábrica de Cerveza denominada 'Bolívar' el cual mide y linda: 'de norte a sur, 155 metros y de este a oeste, 66 metros, y colinda por el norte, con predio de los sucesores de Rafael Salcedo; por el sur, con predio de Carlos J. Martínez; por el este, y suroeste, con predio de los herederos de Manuel María Bula; y por el oeste, con el caño antes dicho, llamado también de 'Las Compañías' o de 'La Tablaza'."

"3º Se condena a la Nación a pagarle a la Sociedad Comercial 'López, Pumarejo & Cía.', la parte del terreno descrito anteriormente que ha sido construído, o que tiene obras para el servicio público, o sea la cantidad de 2.700 metros cuadrados, mediante el otorgamiento de la escritura pública sobre transferencia de dicha parte del terreno a la Nación.

"4º Se condena a la Nación a restituirle a la sociedad de comercio 'López, Pumarejo & Cía.', la parte del lote de terreno a que se ha hecho mención sobre la cual no hay construcción alguna. La restitución comprenderá 7.530 metros cuadrados del terreno nombrado, según dictamen de los peritos.

"Publíquese, cópiese, notifíquese y consúltese con la H. Corte Suprema de Justicia si no fuere apelada".

Contra este fallo interpusieron recurso de apelación las partes en litigio, por lo cual, y además en consulta, subieron los autos a la Corte, donde la segunda instancia se tramitó con intervención del señor Procurador delegado en lo civil; y agotado el trámite del recurso, después de una suspensión del proceso durante varios años por voluntad de ambas partes, ha llegado el momento de proferir el de segunda instancia, a lo cual se procede con fundamento en las siguientes consideraciones:

I

La sociedad López, Pumarejo & Compañía se constituyó como regular colectiva de comercio mediante escritura pública número 857 de 6 de junio de 1915, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla. En el expediente obran el mencionado instrumento y el certificado de la Cámara de Comercio que acredita, además de la existencia de la sociedad coetánea a la iniciación de la litis, la personería de su representante, señor José Domingo Pumarejo, quien recibió poder general para representarla del gerente, señor Urbano Pumarejo, poder que ejercía aún cuando otorgó la representación para este pleito a quien lo inició y ha venido ejerciéndola.

II

Por Decreto número 2210 de 22 de diciembre de 1932 el Gobierno Nacional destinó a las obras del puerto local de Barranquilla los terrenos baldíos que "se encuentren" en la isla del río Magdalena, ubicada en el mencionado municipio, comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el Caño de Los Tramposos; por el este, el río Magdalena; y por el occidente, el Caño de Las Compañías". En el artículo 3º del decreto se declara que la reserva deja a salvo los derechos legítimamente adquiridos. El Ministerio de Industrias, por su parte, dio a los terrenos a que se refiere el anterior decreto el carácter de bienes fiscales aplicables a las obras mencionadas, por Resolución número 223 de 23 de diciembre de 1932.

Este globo de tierras fue localizado e identificado durante las diligencias de inspección ocular realizadas por el Tribunal en la primera y la segunda instancias, la segunda por comisión de la Corte, mediante auto para mejor proveer. Los peritos que intervinieron en la primera de las aludidas diligencias, expresan al respecto las siguien-

tes conclusiones: "Con el señor mágistrado sustanciador, doctor Juan Tovar Daza, y el personal de la diligencia, recorrimos el terreno de La Loma en esta ciudad, y lo localizamos por los siguientes linderos: "Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el caño denominado de Los Tramposos; por el este, el mismo río Magdalena; y por el oeste, el caño denominado de Las Compañías o La Tablaza. (...) Los linderos que hemos constatado, y que lo singulariza como ya hemos dicho, comprobamos que son los mismos que aparecen señalados en el Decreto ejecutivo número 2210 y en la Resolución 223 del Ministerio de Industrias, expedidas en 1932, y en el hecho 5º de la demanda, lo que hicimos con vista y lectura de las providencias oficiales mencionadas y de la demanda. (...) Comprobamos que el terreno identificado es el mismo al cual se le asignó el carácter de reserva territorial en el Decreto ejecutivo y la Resolución anteriormente citados, lo que se hizo con vista y lectura de estas disposiciones oficiales". Estas conclusiones quedaron corroboradas con la inspección ocular ordenada por la Corte mediante auto para mejor proveer.

El inmueble en litigio también fue localizado e identificado, como parte del anterior, y en el acta de esta última diligencia se lee que para hacerlo se procedió así: "Se tomó como base el plano de la ciudad de Barranquilla, plano éste elaborado por la firma de ingenieros Marthe & Prieto, en agosto de 1948, y debidamente autenticado por la Secretaría de Obras Públicas Municipales, en agosto 21 del mismo año, así como también por el ingeniero jefe de la zona negra, en agosto 20 de ese año. Dicho plano consulta y también tiene como antecedente los siguientes planos: a) El levantado en 1946 por el Departamento de Malariología, para estudios de la zona negra; b) El de la sucesión de Manuel María Bula, levantado por el ingeniero civil L. Armenta; y c) El oficial de Barranquilla, levantado en 1920 por Gehbardt & Cía. Por lo anteriormente dicho a los suscritos magistrados y peritos les merece entera fe lo que el plano levantado por Marthe & Prieto acredita, y con base en él comienzan a hacer la identificación, así: partiendo de una raya marcada en la pared oriental del edificio de la Clínica del Terminal Marítimo de Barranquilla, así como también en el muro de la pared que limita el predio de la mencionada clínica y que coincide con el lindero sur demarcado en el plano mencionado, procedieron los peritos a localizar los ángulos suroriental y nororiental del lote en cuestión, midiendo una distancia de ciento cincuenta y cinco (155 m) metros, que es la marcada en el plano y escritura correspondientes al lindero oriental del predio. Del punto o ángulo nororiental, y a escuadra con la línea anteriormente descrita, procedieron a localizar el lindero norte en una extensión de sesenta y seis (66 m.) metros, estableciendo en esta forma el ángulo noroccidental del predio. De este punto, y en una línea paralela al anterior lindero descrito, se cerró el polígono en su ángulo suroccidental. Se hace constar asimismo que el lindero oriental del predio está a cuarenta metros de distancia del paramento occidental de las bodegas construídas por el Gobierno Nacional para el servicio del puerto local. Manifestaron los peritos que les consta, en forma personal y directa, que los linderos de ese terreno eran los siguientes: Norte, con predio de los sucesores de Rafael Salcedo; por el sur, con predio de Carlos J. Martínez; por el este y el suroeste, con predio de los herederos de Manuel María Bula; y por el oeste, con el Caño de Las Compañías; que ha habido variaciones por el cambio de dueños de los predios colindantes, según lo acusa el plano citado que obra al folio 20 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, y que por el lado oeste hoy no corre el Caño de Las Compañías, porque en ese sector fue cegado, encontrándose hoy la pared de material construída por la Nación en el terraplén hecho con tal fin. Los magistrados en asocio de sus asesores pudieron verificar que la porción de tierra que ha sido determinada por sus medidas concuerda con la que figura en el plano citado, con los siguientes linderos: 'norte, con predio de A. García Llach y del Valle; sur, con predio de Manuel Betancourt; este, con las bodegas del puerto de Barranquilla; y por el oeste, con la pared que separa al puerto de Barranquilla de la ciudad del mismo nombre'." Agrega el acta, que "el globo descrito

en el hecho primero de la demanda hacía parte del globo mayor en el año de 1932, y que actualmente también hace parte de él, con las modificaciones que fueron anotadas, haciendo constar que en las actuales circunstancias han sufrido uno y otro alteraciones, como se ha podido comprobar en esta inspección ocular, y con base, en parte, en las observaciones de los magistrados, y sobre todo, por el conocimiento directo y personal de los señores peritos, de todo lo cual se ha dejado constancia en el curso de la diligencia, al localizar el globo general de los terrenos de La Loma".

Conforme a la titulación que obra en autos, traída por la parte actora, López, Pumarejo & Compañía adquirieron la porción de tierra así localizada e identificada como parte del globo general de La Loma, destinado a las obras del puerto local de Barranquilla en sus porciones baldías, por el Decreto 2210 arriba mencionado, por medio del instrumento público número 93 de 22 de enero de 1916, otorgado en la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla, por compra a la Empresa Algodonera Industrial; ésta la hubo, a su vez, por compra a Antonio Luis Carbonell, mediante escritura pública número 969 otorgada en la misma notaría el 25 de junio de 1915; Carbonell lo compró, por su parte, a la sociedad en liquidación Martínez & Cía., conforme a la escritura pública número 880 de 10 de junio de 1915, de la ya mencionada notaría; la expresada sociedad lo adquirió por compra a Guillermo Campbell, según instrumento público número 44 otorgado en la misma Notaría 2ª el 15 de enero de 1913; y este último lo hubo, finalmente, por compra a Pedro Alcántara Avila, por medio de la escritura pública número 1234 de 16 de junio de 1891, de la notaría últimamente mencionada.

Todos los anteriores títulos escriturarios aparecen debidamente registrados. Además, obra en autos el certificado de tradición, expedido por el Registro Público, en el cual consta que se halla vigente el registro del título que invoca la sociedad demandante para establecer su propiedad actual.

III

Exhibe la sociedad demandante, así pues, títulos escriturarios que comprenden un lapso de más de setenta años, para acreditar propiedad sobre un inmueble que aparece formando parte de otro de mayor extensión que el Gobierno Nacional destinó, en sus porciones baldías, a las obras del puerto local de Barranquilla, por medio del Decreto 2210 de 1932, y que al practicar la diligencia de inspección ocular decretada por la Corte, el Tribunal comisionado halló, evidentemente, ocupado con obras y servicios públicos nacionales, de los cuales un sector de la Clínica portuaria o del terminal marítimo se encuentra situada dentro del predio que como propio reclama la parte actora.

Para la ejecución de estos actos la Nación invoca lo prescrito en el artículo 45 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal), según el cual "se reputan baldíos, y, por consiguiente, de propiedad nacional: (...) c) las islas de los ríos navegables por buques de más de 50 toneladas". Esta regla establece una presunción a favor del Estado, que puede desvirtuarse, empero, presentando la prueba de la propiedad particular, que lo es, para los predios urbanos, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la Ley 200 de 1936, en que consten tradiciones del dominio por un lapso no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º de la referida ley, que en proposición final establece que las demás normas del estatuto no son aplicables a la propiedad urbana. Por tanto, tratándose de esta especie de propiedad no hay lugar a la salvedad que respecto de los inmuebles reservados o destinados a algún servicio o uso públicos hace el artículo 3º de la ley.

No habiendo duda sobre que los títulos instrumentales presentados por la sociedad demandante satisfacen ampliamente el requisito de la tradición del dominio anterior a la ley durante el término señalado para la prescripción extraordinaria, debe examinarse si en este juicio se han producido pruebas que desvirtúen la presunción de

consagrada en favor del Estado, y que consiguientemente acrediten propiedad particular sobre el inmueble.

El artículo 28 del Decreto número 59 de 1938 define qué debe entenderse por área urbana, en defecto de disposición legal que la determine en cada caso particular: "Para los efectos del artículo 7º de la Ley 200 se entiende por propiedad urbana, la predial que se halle ubicada dentro de las áreas de población fijadas legalmente o, a falta de esta fijación, a una distancia que no exceda de cien (100) metros de las últimas edificaciones que constituyan el núcleo de la respectiva población o caserío". Como se expresó en la sentencia de esta Sala de 2 de septiembre del año próximo pasado, dictada en el juicio ordinario de la Compañía de Transportes Betancourt & Cía., S. A., contra la Nación, "no se trata, ciertamente, en este caso, de una norma de carácter probatorio, sino de la definición de una calidad que puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba reconocidos en la ley".

Al responder al punto del cuestionario relativo a la proximidad del lote litigioso a "las últimas edificaciones que constituyan el núcleo de la (...) población", manifiestan los peritos que intervinieron en el reconocimiento judicial practicado en la primera instancia: "Es cierto que el lote de terreno descrito se halla a una distancia menor de tres metros (3 mts.) de la calle 30 de la ciudad, frente oriental a la cual hace frente el Hospital Sanitario del puerto, interponiéndose allí una pared-cerca; es cierto también que dicho lote está a una distancia menor de cien metros (100 mts.) de las antiguas edificaciones de la ciudad y a poca distancia de los edificios recientemente construídos para servicio del hospital y puerto local". Pero como la Sala observase indeterminación en el concepto pericial en cuanto a la época y a las edificaciones calificadas como las antiguas de la ciudad, dispuso, para mejor proveer, que mediante nueva peritación se "determinaran y localizaran tales edificaciones, indicándose si hacían parte del núcleo urbano de Barranquilla en 1932, dando las razones del caso", a lo cual respondieron los peritos en su nuevo dictamen: "este gobo de terreno (vienen hablando del predio descrito en el hecho 1º de la demanda) se encuentra a una distancia de cincuenta y cuatro (54) metros de las edificaciones urbanas de Barranquilla, existentes con anterioridad al año de 1932, o sea en la antigua Avenida Hércules, que es la ladera occidental antiguo Caño de Las Compañías. Entre tales edificaciones están las de la Cervecería Barranquilla y Bolívar, S. A. y los predios colindantes con los edificios de la Aduana de Barranquilla"; y se observa en el acta de la diligencia de reconocimiento: "De estos hechos, dicen los expertos, que tienen conocimiento por propia percepción y por haber ocupado cargos oficiales en el Municipio de Barranquilla, como directores de sus obras públicas, además de que los comprobaron en esta diligencia por medio de la cinta métrica".

Al analizar una prueba pericial semejante, dijo la Sala en el fallo de 2 de septiembre a que arriba se hizo referencia: "El expositor Luis Alzate Noreña dice que los peritos expresan 'no solo sus observaciones materiales y sus impresiones personales acerca de los hechos observados sino también las inducciones que deben derivarse objetivamente de los hechos observados o tenidos como existentes' (**Pruebas judiciales**), lo que coincide con lo indicado por la Corte cuando dice que la prueba pericial 'no degenera en testimonio porque los peritos hayan hecho el justiprecio en virtud de conocimiento que tuvieron de la finca en época pretérita, conforme a los hechos consignados en la memoria de ellos, y no en virtud del conocimiento presente del inmueble' (XXV, 409). La peritación no es, ciertamente, un simple recuento de hechos percibidos por conducto inmediato de los sentidos, materia propia del testimonio, sino un razonamiento que lleva a una cierta conclusión por un proceso de inducciones o deducciones lógicas; pero ésto no quiere decir que el perito deba prescindir sistemáticamente de sus percepciones sensibles como elementos de juicio, pues esas percepciones pueden a veces ser factor de acierto en la elaboración del dictamen. Lo que se le exige no es que prescinda de modo absoluto de

todo dato de orden meramente histórico, sino que la conclusión a que llegue sea el resultado de operaciones intelectuales realizadas conforme a los principios de una técnica o a la experiencia personal". Si la ley faculta al juez para hacer cualquier investigación tendiente a esclarecer los hechos que son objeto de reconocimiento y de peritación (Cod. Proced. Civ. Art. 728), y consiguientemente para asesorarse de testigos que con conocimiento de tales hechos le auxilien en ese esclarecimiento, no se sabría por qué los peritos y el mismo juez no puedan acudir en ese caso a su propio conocimiento en vez de ocurrir al de testigos que presenten las partes. Si para la localización de un predio el juez acepta como punto de referencia un cierto accidente topográfico porque es conocido por él, por lo cual está en capacidad de identificarlo, no se vería la razón para llamar testigos que informen lo que el juez ya tiene sabido por haberlo observado personalmente de antemano; si, en casos especiales sujetos a la apreciación decisoria del fallador, los peritos deducen una determinada consecuencia en consideración a hechos materiales conocidos de ellos materialmente con anterioridad, no se vería el motivo para negarle a sus aserciones la fuerza que generalmente se le otorga al testimonio, cuando, como en el presente caso, los peritos han adquirido deberes de fidelidad a la justicia y de imparcialidad con las partes mediante un juramento promisorio para recibir el cual se tuvo en cuenta, en la segunda instancia, su calidad de conocedores de los hechos sobre que versaba la diligencia de inspección ocular, como se lee en el acta respectiva: "El señor magistrado sustanciador exigió el juramento de rigor a los señores peritos con el lleno de formalidades legales, quienes por el conocimiento personal que tienen de los hechos relacionados con esta diligencia, según su propia manifestación, como antiguos funcionarios del Municipio de Barranquilla en su sección de Obras Públicas, prestan su asistencia como tales". No es, pues, que las pruebas pericial y testifical puedan asimilarse y confundirse, sino que en determinadas circunstancias que cabe al fallador apreciar, no puede negarse valor, como fundamento del dictamen, al conocimiento que el perito tenga de hechos materiales que han de influir en la formación de su juicio, y que él elabora con el auxilio de principios o procedimientos técnicos o científicos.

Para llegar a la conclusión de que el predio tenía en 1932 la condición de urbano, los peritos tuvieron en cuenta: la proximidad del terreno a algunas vías urbanas y edificaciones de importancia en aquella época, según el personal conocimiento que de ellas y de su situación se formaron en la forma que queda expresada; pero a ello hay que agregar que desde el año de 1929 el Concejo de Barranquilla autorizó a Julio E. Gerlein y William Laad & Cía. para urbanizar el predio llamado Villanueva, que forma parte del globo general denominado La Loma y está situado a inmediaciones del que en este juicio se disputan la Nación y la parte demandante, según consta en el acta número 16, correspondiente a la sesión celebrada por el Concejo el 22 de marzo de 1929, inserta en el número 604 de la Gaceta Municipal, que obra en autos; que en el número 923 de la misma Gaceta aparece publicada la Resolución número 3 de 1941, también del Concejo Municipal, en la que se hace referencia a la escritura 1152 de 25 de marzo de 1929, de la Notaría 2ª de Barranquilla, en que consta que el personero municipal, autorizado por el Concejo, recibió las calles y plazas de aquella urbanización; y, finalmente, que por acuerdo número 16 de 1942, publicado en el número 1057 de la Gaceta, el Concejo señaló el perímetro urbano de la ciudad, quedando comprendido en él el globo de terreno denominado La Loma, del cual forma parte el inmueble en litigio. Constituyen todas éstas un conjunto de circunstancias indicador de la condición del inmueble, que aleja del ánimo del fallador toda duda sobre su calidad de urbano en el año de 1932.

Como se dijo en la sentencia de 2 de septiembre del año próximo pasado, ya citada, huelga decir que "no teniendo origen constitucional el principio de la irretroactividad de la ley, en cuanto no vulnera derechos adquiridos, en la legislación colombiana, nada se opone a que el legislador expida,

cuando lo crea conveniente, leyes retroactivas. Una de ellas es la Ley 200 de 1936 en lo que concierne a las regulaciones de la propiedad inmueble que contiene, y así lo ha admitido la Corte en forma constante. Según lo expresó esta Sala en sentencia de trece de marzo de mil novecientos treinta y nueve, 'los títulos inscritos no solo son un medio nuevo de prueba en el régimen de la Ley 200, sino que al propio tiempo constituyen o crean el dominio privado (...) No es tan solo un medio nuevo de prueba del particular el que se consigna en la ley, al decirse que la propiedad privada puede acreditarse con títulos inscritos, en unos casos, y en otros con el título anterior al 11 de octubre de 1821. Si estas normas se aplicaran entre particulares, para comprobar el dominio, serían únicamente un medio de prueba de la propiedad; pero como han de producir efectos entre aquéllos y el Estado, tales disposiciones no juegan apenas el papel de permitir o autorizar una forma de comprobación del dominio, sino de constituirlo, porque se trata de tierras sin título emanado de aquél y que por virtud de la Ley 200 adquieren el carácter de particulares. Los medios nuevos allí previstos son el elemento transmisor de la propiedad del patrimonio nacional al patrimonio privado. Y vistos por este aspecto entrañan el reconocimiento de la legitimidad en la apropiación de los baldíos, en condiciones especiales, no permitidas antes. El Estado, al entregar la propiedad de los baldíos, en las formas nuevas de la Ley 200, renuncia al **status** legal que hasta la expedición de dicho estatuto protegía su dominio sobre ellos, y se coloca en el plano jurídico que corresponde al orden creado por ella. Esa renuncia a usar de los antiguos elementos defensivos de la propiedad de la Nación, impone como consecuencia necesaria la de que los mandatos de la ley operan desde el momento en que ella entra en vigor (...) Su determinación debe producir efectos inmediatos, si los particulares satisfacen los requisitos exigidos, porque a la voluntad del órgano competente del soberano nada cabe agregar' (G. J. XLVIII, 107, 112). Y si lo que la ley ha establecido es un sistema o modo de adquisición de la propiedad territorial baldía mediante la posesión inscrita durante el lapso de la prescripción extraordinaria, parece lógico que pueda constituirse la propiedad privada en virtud de títulos no solo anteriores a la ley sino que hayan completado la tradición del dominio por el lapso de esa prescripción con anterioridad al acto que constituya una reserva, sobre los respectivos terrenos o los destine a un servicio público; y en ese caso el acto de destinación o de reserva no puede producir efecto por haberse consumado ya la transferencia del dominio público al particular. Sin que valga el argumento fundado en la irretroactividad de la ley, pues, como queda dicho, el legislador puede darle efecto retroactivo, y en el caso de la Ley 200 obviamente se le otorgó en cuanto consagra la adquisición de baldíos mediante la posesión inscrita con título anterior a ella".

IV

En casos como el que se contempla en este proceso, frente al hecho de la ocupación material del inmueble por una entidad de derecho público, sin que preceda juicio de expropiación ni, por tanto, las formalidades que la ley exige para la transmisión de la propiedad por causa de utilidad pública o social, el legítimo dueño tiene la acción consagrada en el Título 12 del Libro 2º del Código Civil, o sea, la establecida en beneficio del dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el actual poseedor sea obligado a restituírsela; empero, como por otra parte la demanda es un acto de voluntad que condiciona la competencia decisoria del fallador, a ella debe éste atenerse en cuanto expresa la pretensión que el demandante formula ante el órgano jurisdiccional. Nadie mejor que el interesado sabe lo que le conviene, y seguramente habrá casos en que le sea más favorable obtener el resarcimiento de perjuicios que la restitución contra el pago de prestaciones que acaso no esté en capacidad de satisfacer. La demanda con que se inició este pleito subordina la restitución en especie a la circunstancia de que el predio no se encuentre ocu-

pado por un servicio público que impida su devolución, y solicita que en ese evento la restitución se haga en dinero; esto es, que en tal caso la pretensión se limita a la indemnización de perjuicios (petición 5ª).

En los autos aparece acreditado que en el lote o porción de terreno de propiedad de López, Pumarejo & Compañía, se halla ubicado un sector de la Clínica portuaria, el que ocupa una extensión de dos mil setecientos metros cuadrados, sobre un área total de diez mil doscientos treinta metros cuadrados que mide el lote; y que el resto, o sea, siete mil quinientos treinta metros, debe ser conservado por el Estado "para ampliar la Clínica y las bodegas del puerto, o para otras instalaciones o construcciones", según dictamen dado por los peritos que dieron concepto en la segunda instancia. En distintas palabras, que la porción libre de edificaciones es sin embargo necesaria para la ampliación de los servicios que se tienen instalados en el globo de La Loma, por lo cual se halla afecta a un servicio público; y es claro que en estas condiciones el Estado estaría impedido para restituirla sin perjudicar ese servicio. Esto establecido, no es incongruente con las pretensiones de la demanda ordenar el resarcimiento del daño en vez de la restitución en especie. El principio de congruencia obliga al fallador a resolver las peticiones del libelo consultando la voluntad del demandante, y en esta oportunidad esa voluntad ha sido que en caso de que el Estado no pueda hacer la restitución en especie sin lesión del servicio, se disponga el pago del precio, por lo cual no habrán de prosperar las peticiones 3ª y 4ª, sino la 5ª, propuesta en subsidio, debiendo reformarse la sentencia de primer grado en el sentido de revocar la orden de restitución de siete mil quinientos treinta metros cuadrados de terreno, contenida en el ordinal 4º de la parte resolutiva, para en cambio disponer la respectiva indemnización, con interés legal a partir de la fecha de la ocupación por concepto de lucro cesante.

V

En lo relativo a la cuantía del daño, expresa la única prueba que se trajo al juicio para establecerla, el dictamen pericial producido en la primera instancia: "Basándonos en los datos del catastro, y teniendo presente que los terrenos demandados por los demandantes se encuentran en posición más ventajosa que los avaluados por el catastro, por hallarse en la zona del puerto fluvial, de reconocida importancia comercial, conceptuamos que el precio de las tierras es hoy de cincuenta pesos ($ 50.00) el metro cuadrado".

Considera la Sala que el precio, para que resulte equitativo y razonable, debe ser el que el predio tenía en el momento de la ocupación, en 1932, pues el actual se debe a las obras públicas construidas, o sea, al hecho mismo de la ocupación para un servicio público y al desarrollo urbano provocado por ese mismo servicio. En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que el resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o el servicio público ocasiona, pues si así fuera el damnificado no solamente percibiría el monto del daño sufrido sino que vendría a derivar un provecho adicional motivado por la misma causa a que se atribuye el perjuicio, es decir, que obtendría un enriquecimiento injusto. A lo cual cabe agregar que, si por este motivo no es aceptable la conclusión a que se llega en la peritación sobre la cuantía de la indemnización que la Nación debe satisfacer a la parte actora, la economía de razones que es notoria en la fundamentación del dictamen bastaría para remitir al actor, como lo hace la sentencia que se revisa, a liquidar esa cuantía por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, la que se calculará teniendo en cuenta la extensión del predio en metros cuadrados y el precio comercial que éstos tenían en la fecha de la ocupación.

VI

Como consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en este negocio, como a continuación se expresa:

Por haber acreditado la parte actora propiedad privada sobre el lote de terreno descrito en el hecho primero de la demanda,

ocupado en forma permanente por la Nación con obras pertenecientes al puerto local de Barranquilla, se le condena a pagarle a la sociedad comercial López, Pumarejo & Cía., los daños y perjuicios que sobre las bases establecidas en la parte motiva, y por la vía indicada en el artículo 553 del Código Judicial, se demuestre haberle causado con aquella ocupación, con los intereses legales que se hayan causado y que se causen desde el día en que tuvo lugar hasta el en que se verifique el pago, sobre el monto a que ascienda la indemnización.

Esta sentencia servirá de título de propiedad a la Nación sobre el lote de terreno ocupado, previo el correspondiente registro y el pago de la indemnización debida.

No se hace condenación en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Obras Públicas, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña (con salvamento de voto); *Ramiro Araújo Grau* (con salvamento de voto); *Carlos Holguín Holguín* (conjuez); *Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano, Jorge García Merlano,* Secretario.

Salvamento de voto del H. Magistrado Ramiro Araújo Grau, respecto a la sentencia que puso fin al juicio promovido por la Sociedad López, Pumarejo & Cía.

Mediante Decreto Ejecutivo 2210 de 1932 y la Resolución 223 del mismo año, originaria del Ministerio de Industrias, el Gobierno Nacional destinó a las obras del puerto local de Barranquilla "los baldíos que se encuentren" en una isla del río Magdalena, contigua a la ciudad de Barranquilla, en el sector denominado "La Loma", y procedió a realizar diversas obras relacionadas con el fin antes dicho. Parte integrante de la isla es un lote sobre el que alega propiedad privada la sociedad López Pumarejo, por lo cual demandó a la Nación en el año de 1952, para que se le reconociera ese carácter y se le indemnizara por el despojo que de dicho terreno fue objeto en el referido año de 1932. La pretensión de dominio privado la fundamentó en el artículo 7º de la Ley 200 de 1936 y en el hecho de haberse producido respecto a dicho predio tradiciones de dominio por un lapso mayor al de la prescripción extraordinaria, con anterioridad a la vigencia de la expresada Ley 200.

En el proyecto de fallo que formulé como ponente que fui en este juicio anoté que la operancia del régimen probatorio consagrado en el artículo 7º de la Ley 200 en favor de los particulares y en contra de Estado, estaba condicionada por los siguientes factores: a) las tradiciones entre particulares debían ser anteriores a la vigencia de la ley; b) si se trataba de terrenos que no eran adjudicables, o que estaban reservados o destinados para cualquier servicio o uso público, debían tener la calidad de urbanos. Estas exigencias surgen directamente de los textos de los artículos 3º y 7º de la Ley 200.

Agregaba que la calidad de urbano debía tenerla el predio con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, o a lo menos al entrar a regir, como una exigencia de la más elemental equidad la cual, al tenor del artículo 5º de la Ley 153 de 1887, debe condicionar toda actividad hermenéutica. Y es que de no postularse tal exigencia se llegaría al absurdo de que el legislador quiso introducir la inseguridad en cuanto a la propiedad de los bienes rurales del Estado vinculados a servicios o usos públicos que quedaran en las proximidades de ciudades y que en lo futuro podrían resultar englobados dentro de las áreas de éstas, a medida que se fueran ensanchando. Benévolo como es con los particulares y en detrimento del Estado el artículo 7º de la Ley 200 en relación con el 3º no puede, sin embargo, ser interpretado con excesiva amplitud hacia aquéllos, sino que sus términos deben ser entendidos en sentido estricto. Ya es mucho que sobre un terreno urbano adscrito legalmente a un servicio o uso público cuando sus poseedores no tenían medios de acreditar propiedad privada sobre él, se reco-

nozca dicha propiedad, en presencia de tradiciones entre particulares anteriores a la Ley 200 y por no menos de veinte años; pero sería excesivo admitir que esas tradiciones, que no habrían podido esgrimirse válidamente a la entrada en vigencia de la Ley, pudieran hacerse valer años después, por el simple hecho de que el crecimiento natural de una ciudad le diera a tales terrenos la calidad de urbanos.

Esta tesis se encuentra de hecho acogida en la sentencia, pero discrepo de ella en cuanto al reconocimiento que hace de que el predio objeto de la demanda era urbano en 1932.

Ante todo debo anotar que fue por demás arbitraria la manera como se identificó el predio. En la escritura por la que fue incorporado a la entidad demandante (93 de 22 de enero de 1916 de la Notaría 1ª de Barranquilla), aparece descrito como "un lote de terreno situado en esta ciudad en la banda septentrional del "Caño de San Anastasio" o sea, el lugar denominado "La Loma" que da frente a la Fábrica de Cerveza denominada "Bolívar", que mide y linda así: de Norte a Sur, ciento cincuenta y cinco metros (155), y de Este a Oeste, sesenta y seis (66), y colinda por el Norte, con predio de los sucesores de Rafael Salcedo; por el Sur, con predio de Carlos J. Martínez; por el Este y Suroeste, con predio de los herederos de Manuel María Bula; y por el Oeste, con el caño antes dicho".

Desde luego hay que entender que el caño era el existente en 1920 y no el actual, que queda mucho más al oriente del antiguo cauce del primero, según resulta del plano de Marthe & Prieto allegado al expediente y en el que, respecto al curso del antiguo caño, indicado en líneas de trazos, expide certificación el Secretario de Obras Públicas Municipales de Barranquilla. En virtud de los trabajos de relleno y canalización efectuados con posterioridad a 1920 el caño está hoy al oriente del predio.

En todo caso es por demás evidente que el único lindero arcifinio es el mencionado caño, según el curso que tenía antes de 1920. Los otros linderos están constituidos por terrenos de diversas personas que no han sido identificadas en el proceso. Ahora bien, aquel caño, como el actual, tenía una longitud de varios centenares de metros, por lo que el predio podría localizarse, con la sola referencia a él, mucho más hacia el norte, o un tanto más hacia el sur, de donde ha sido ubicado por los funcionarios que intervinieron en las inspecciones oculares y por los peritos que los acompañaron.

Tal localización fue hecha, según expresan, con base en el aludido plano elaborado por Marthe & Prieto. Pero este es un plano levantado en 1948 por iniciativa de los propietarios de tierras en el sector de La Loma, y el único respaldo oficial con que cuenta es la certificación, ya mencionada, del Secretario de Obras Públicas del Municipio, pero circunscrita exclusivamente a la localización del cauce del caño con anterioridad a 1920, y a que el sistema de coordenadas es el mismo que se emplea en el plano regulador de la ciudad. En realidad carece procesalmente de autenticación, pues sus autores, que no eran funcionarios públicos, ninguna afirmación han hecho bajo juramento sobre la paternidad del plano ni sobre los asertos que aparecen escritos en él, de que para su elaboración se tuvo en cuenta, entre otros, el plano oficial de Barranquilla elaborado en 1920 por Gehbardt & Co. Al basarse, pues, magistrados y peritos en el aludido plano, en el que aparece, contigua a la demarcación de una edificación oficial reciente no mencionada en ninguna escritura, el croquis de un predio que se afirma pertenecer a uno de los antecesores de la sociedad demandante, (el nombre de López, Pumarejo & Cía., está escrito a lápiz) procedieron en forma arbitraria, sin apoyo en ningún dato seguro, pues para las épocas de las inspecciones no quedaban vestigios de los lotes colindantes mencionados en las escrituras. No constituye una localización del predio la afirmación que hacen los peritos de que les consta en forma personal y directa cuáles eran los predios colindantes, cuyos dueños indican; porque no se trataba de señalar los predios con que colindaba el lote objeto del pleito, sino de lo-

calizar sobre el terreno este último, para lo cual, dentro de tal orden de ideas, habrían tenido que identificar previamente cada uno de los terrenos con que, según ellos recuerdan, dicho lote limitaba. Por cierto que, dadas las modificaciones topográficas que sufrió la zona a partir de 1920, hasta el punto de que, como ya se indicó, el curso del caño fue cambiado, habría sido imposible, a simple vista, hacer las localizaciones sobre el terreno de esos predios colindantes con el de la sociedad demandante.

Los peritos que intervinieron en la segunda inspección ocular, así como el Magistrado que la practicó, dicen que el plano de Marthe & Prieto les merece plena fe en cuanto a la localización del predio objeto del pleito, por estar autenticado por el Secretario de Obras Públicas Municipales, y tener como antecedentes los siguientes planos: a) el levantado en 1946 por el Departamento de Malariología; b) el de la sucesión de Manuel María Bula, levantado por e Ingeniero L. Armenta, y c) el oficial de Barranquilla elaborado en 1920 por Gehbardt & Co. Ya anoté cómo el plano de Marthe & Prieto está desprovisto de casi todo valor probatorio, puesto que la certificación del Secretario de Obras Públicas Municipales tan solo se refiere a la localización del antiguo curso de los caños y a que el sistema de coordenadas en él usado es el mismo del plano regulador de la ciudad. Observo ahora que en parte alguna se afirma que en tales planos antecedentes hubiera figurado demarcado el predio de la sociedad demandante, ni se infiere ello de ningún dato. Además la sola falta de autenticación del plano de Marthe & Prieto resta todo valor a esa afirmación que está contenida en una leyenda que en él aparece y a la que no se extiende la aludida certificación del Secretario de Obras Públicas Municipales.

Esta falta de identificación adecuada del terreno objeto de la demanda, que se afirma fue ocupado por el Gobierno en 1932, es por sí sola una circunstancia determinante del rechazo de las pretensiones de la parte demandante, ya que no toda la extensión de la isla de La Loma fue destinada a servicios públicos por el Gobierno en 1932, sino tan solo los terrenos baldíos que se encontraran en ella, y además esa destinación hecha en un Decreto y Resolución no conllevaba por sí misma un despojo material como el que se alega, por lo que la realidad de éste debe aparecer plenamente establecida. En verdad no se ha comprobado que la totalidad de La Loma esté ocupada por servicios públicos. Más aún, los peritos que intervinieron en la vista de ojos practicada en la primera instancia explícitamente afirman que hay varios sectores de la expresada zona que continúan en poder de particulares. ¿Cómo descartar, pues, que alguno de esos terrenos no corresponda al que dice la sociedad demandante que le fue quitado por el Gobierno, siendo así que también quedan en el costado oriental del antiguo cauce del caño?

Finalmente, y refiriéndome a la prueba de la calidad de urbano de los predios, debe tenerse en cuenta lo que determina el artículo 3º del Decreto 59 de 1958:

"Para los efectos de la Ley 200 es fundo o predio rural el que se halle situado fuera de los límites legalmente determinados de área de la respectiva población". "Si no existiere disposición legalmente expedida que fije el área de población, se entenderá por fundo o predio rural el que se halle situado a una distancia mayor de cien (100) metros de las últimas edificaciones que forman el núcleo urbano de la respectiva población o caserío".

En primer lugar, pues, hay que ver lo que resulte de la delimitación legal del sector urbano correspondiente, y solo a falta de esa delimitación oficial podrá acudirse al criterio del segundo inciso. Naturalmente hay que demostrar que no existe la delimitación oficial, lo cual es posible con una certificación de la correspondiente autoridad municipal. Y si se alegare que se trata de una negación indefinida, y que por tanto el demandante no tiene que suministrar tal prueba, bastaría contestar que por lo menos le incumbe hacer la afirmación de la no existencia de esa delimitación oficial, a efecto de poder ser contradicho por la contraparte. En realidad no hay una tal negación

indefinida, ya que la obtención de un certificado al respecto, como se dijo, es cosa del todo posible. En todo caso los demandantes no han demostrado que en 1937 o antes no estaba fijado oficialmente el perímetro urbano de Barranquilla, ni lo han afirmado en parte alguna. No alcanzo a comprender las razones que da la sentencia para desconocer que el autor del decreto en comento ha establecido claramente un sistema de prueba subsidiaria.

Las anteriores consideraciones son suficientes para justificar mi desacuerdo con la mayoría de la Sala falladora, por lo que prescindo de entrar en otras.

Fecha ut supra.

Ramiro Araújo Grau

Salvamento de voto del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña

En el salvamento de voto a la sentencia de fecha dos de septiembre del año pasado, en el juicio ordinario de Transportes Betancourt contra la Nación, también relacionado con el predio La Loma, expuse las razones de mi disentimiento, que pueden resumirse así:

En el año de 1932 regía en toda su integridad el artículo 44 del C. F., como consecuencia del artículo 202 de la Constitución Nacional; en otras palabras, los terrenos que, hallándose dentro del territorio nacional no hubiesen sido adjudicados, pertenecían al Estado en su categoría de baldíos, sujetos o regulados por las disposiciones vigentes en el dicho año de 1932, como el artículo 96 del C. F., el cual señaló el procedimiento que debía observarse para la reserva o destinación de baldíos "para un servicio público o un uso público por disposición de una ley o por decreto ejecutivo"; y con fundamento en esta disposición, previo el lleno y cumplimiento de todas las formalidades legales, el Gobierno destinó el predio La Loma para fines del servicio público, como cuarteles, hospitales, etc., etc., obras ahora ya realizadas.

De lo anterior se deduce que tal destinación no se llevó a efecto por las vías de hecho o mediante una expropiación de facto, sino previo el cumplimiento del procedimiento jurídico previsto en las leyes vigentes en el dicho año; y en consecuencia, quienes se consideraran como propietarios de tal fundo, en todo o en parte, han debido dar la prueba en contrario haciendo uso del procedimiento previsto en el artículo 3º de la Ley 53 de 1909 o bien de los artículos 80 y siguientes de la Ley 130 de 1913; pero como nada de ésto hicieron los supuestos propietarios dentro de los plazos legales allí previstos, su derecho, en caso de que hubiese existido, habría caducado en forma irrrevocable, sin que sea posible que normas posteriores puedan modificar situaciones de derecho ya consumadas.

En este proceso los supuestos propietarios no han presentado un título de adjudicación anterior al año de 1932, sino que han invocado el artículo 7º de la Ley 200 de 1936, al cual no se le puede dar efecto retroactivo, porque este principio jurídico es la aplicación del principio de no contradicción, según el cual "una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto"; y, en consecuencia, el Gobierno en el año de 1932 no podía considerar el predio La Loma como baldío y a la vez como de propiedad privada, en este último supuesto con fundamento en una norma inexistente en 1932, pues se dictó cuatro años más tarde mediante una reforma de última hora propuesta por el senador Pedro Juan Navarro y otros, aprobada por 27 votos afirmativos contra 12 negativos en votación nominal según aparece en el Nº 116 de 9 de diciembre de 1936 de los Anales del Senado (Historia de las Leyes de 1936, Paginas 108, 248, etc.).

En síntesis, resulta del todo imposible, con imposibilidad ontológica, que el Gobierno hubiera procedido a expropiar el predio La Loma en el año de 1932 como de propiedad privada, mediante la aplicación de una ley entonces inexistente.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ALTA CORTE DE JUSTICIA

PETROLEOS

Aducción de pruebas en Inspecciones Oculares

1. Una de las condiciones para que prospere la pretensión procesal en estos juicios de oposición a propuestas de exploración y explotación de hidrocarburos, y sobre propiedad privada de tales substancias, es, como claramente lo establece la ley orgánica de la materia y en repetidas ocasiones lo ha expresado esta Sala, que se demuestre que los terrenos donde se dice o se supone que existen esos hidrocarburos salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha en que entró en vigencia el Código Fiscal que los reservó para el Estado, en virtud de un título jurídico o modo de adquirir el dominio.

2. Respecto de la oportunidad para la aducción de pruebas, la Sala ha venido sosteniendo, en varios fallos, que la permisión del ordinal 2º del artículo 597 para presentar pruebas en inspecciones oculares y otras diligencias en que intervienen el juez y las partes, no se refiere a toda clase de procesos y a cualquiera especie probatoria, sino a los juicios en que no se ha establecido período probatorio y a las pruebas que durante una inspección ocular se presentan para esclarecer puntos oscuros relacionados con hechos que son materia de la diligencia. Si en el juicio ordinario hay lugar a estimar pruebas presentadas durante una diligencia, encaminadas a comprobar extremos de la acción, no es, así pues, por razón de lo dispuesto en el mencionado ordinal, sino de lo prescrito en el 3º de la misma norma que permite practicar hasta la citación para sentencia las pruebas pedidas "dentro de los términos señalados al efecto". Nada tiene la Sala que agregar, a este respecto, a lo expuesto en sentencia de 1º de agosto de 1959, sino antes bien reiterar la doctrina allí expuesta. (G.J. t. XCI, 637, 638).

Juicio ordinario (Petróleos) de **Anselmo Mesa Preciado** contra la **Nación**. (Se absuelve a la Nación).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero ocho (8) de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

(Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo).

El señor **Anselmo Mesa Preciado**, mayor de edad y vecino de la ciudad de Bogotá, demandó a la Nación, por medio de apoderado, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de única instancia se hagan en su favor las siguientes declaraciones:

Primera

..."**Que el inmueble o predio denominado 'El Cebadero'**, ubicado en la vereda o fracción de **'Tobaca'**, jurisdicción del municipio de **Pesca**, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan y de propiedad de **Anselmo Mesa Preciado**, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguientes:

"Por los costados oriente y sur, con propiedades del doctor Luis Angel Rodríguez, cimiento de piedra al medio; por el norte, con el potrero de El Molino, de propiedad de la señora Enriqueta Montoya de Angel, cimiento de piedra al medio; y por el Occidente, con propiedades de Zoilo Camargo,

cimiento al medio, y con una faja de tierra de propiedad de la vendedora, dividida por cerca de alambre y encierra".

Segunda

"Que el inmueble o predio denominado 'Estancias' o 'Vegas'," ubicado en la vereda de Alcaparral y Gotua, jurisdicción del municipio de Firavitoba, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, y de propiedad de Anselmo Mesa Preciado, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguientes:

"Norte, con el callejón servidumbre, cerca de alambre de por medio, que conduce por entre el potrero llamado 'La Manga', a la antigua casa de la hacienda; oriente, con terreno de los mismos señores Angel Montoya, prometido en venta a Antonio Forero y con tierras pertenecientes al potrero 'La Manga' y 'El Molino', de propiedad hoy de José de los Reyes Plazas, paredes y alambre al medio, y con el potrero de 'El Cebadero' en parte, de propiedad hoy del mismo Anselmo Mesa P.; por el sur, con el cimiento y cerca de alambre que limitan los terrenos de Zoilo y Julio Camargos, encontrándose de por medio la entrada al potrero de 'El Cebadero', comprada por Anselmo Mesa a la señora Montoya de Angel; occidente, con terrenos de 'El Jazminal', de propiedad de los vendedores (señores Angel Montoya), cimiento de piedra de por medio y encierra".

Tercera

"Que los inmuebles o predios denominados 'El Jazminal' y 'La Elvira', ubicados en la vereda de 'El Alcaparral', jurisdicción municipal de Firavitoba, Departamento de Boyacá, comprendidos dentro de los linderos que adelante se expresan, salieron legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Dichos inmuebles fueron adquiridos por mi poderdante por sucesivas compras de derechos y acciones, hasta reunir la totalidad de los que existían sobre ellos y formar, entonces, un cuerpo cierto, cuyos linderos son:

"Por un costado, con tierras de los señores Isaías Venegas, José de los Reyes Plazas y Zoilo Camargo o de herederos o compradores de ellos; por otro costado con la quebrada llamada 'El Fraile', cerca de alambre de por medio, con tierras de herederos de Zoilo Camargo y Marco Tulio Becerra; por otro costado, quebrada de 'El Fraile', hasta encontrar las cercas de alambre que separan el terreno de las estancias llamadas 'El Jazminal' y por estas cercas hasta encontrar otra vez las tierras de José de los Reyes Plazas, con lo cual queda encerrado todo el terreno con el potrero llamado 'Las Vegas'. Estos terrenos formaron parte de la antigua hacienda de La Compañía".

Cuarta

"Que el inmueble o predio denominado 'La Maruja', ubicado en la vereda de 'Alcaparral', de la jurisdicción de Firavitoba, de propiedad de Anselmo Mesa Preciado, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguientes:

" 'Por el pie, el potrero denominado 'Elvira', de propiedad de herederos de la señora Enriqueta Montoya de Angel, cerca de alambre al medio; por un costado, con propiedad que fue de Marco Tulio Becerra, hoy de la señora Margarita Camargo Vda. de Becerra, cerca de alambre al medio; por otro, con propiedad que fue de la misma señora, hoy de Anselmo Mesa, cerca de alambre al medio; y por el último costado, con propiedad de Marco Tulio Becerra, hoy de la misma señora de Becerra, vallado al medio'.

Quinta

"Que el inmueble o predio denominado 'El Rosario', (parte), con una cabida de 5 fa-

negadas aproximadamente, ubicado en la vereda de Alcaparral, jurisdicción del Municipio de Firavitoba, de propiedad de Anselmo Mesa Preciado, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Sus linderos son los siguientes:

" 'Por el oriente, con Julio Camargo, cerca de alambre al medio, por el norte, con callejuela pública en parte, y con propiedad de José Miguel Monroy, con la escuela pública y con lote de Julio Camargo, cerca de alambre al medio; por el occidente, con terrenos del doctor Rafael González, cerca de alambre al medio; y por el sur, con terrenos de Anselmo Mesa (El Jazminal y La Elvira) y de Julio Camargo, cerca de alambre al medio y encierra'.

Sexta

"Que el inmueble o predio denominado 'El Peñón' y 'El Pantano', (hoy 'Las Margaritas)', ubicados en la vereda de Alcaparral, jurisdicción del Municipio de Firavitoba, de propiedad de Anselmo Mesa Preciado, comprendidos dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguientes:

" 'Por el pie, con terrenos de María Camargo de Castro, cerca de alambre al medio; por un costado, con terreno de Marco Tulio Becerra, y con el potrero de Las Delicias, del señor Zoilo Camargo, cerca de cimiento al medio; por otro costado, cimiento arriba, vuelve por la cabecera, por una cerca de alambre a dar a la peña, todo el pie de la peña a dar a una puerta y de ahí, vallado abajo a dar al primer lindero'.

Séptima

"Que el inmueble o predio denominado 'San Miguel', ubicado en la vereda de El Alcaparral, jurisdicción del Municipio de Firavitoba, de propiedad de Anselmo Mesa Preciado, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguientes:

" 'Por el pie, con propiedades de Margarita Camargo Vda. de Becerra, cimiento al medio; por un costado, con propiedad de herederos de Zoilo Camargo, quebrada al medio; por la cabecera, con tierras de Isaías Venegas, linderos reconocidos, sigue por la ceja de un peñón a dar al camino; y por el último costado, con la callejuela de entrada de Comuneros, cimiento al medio, con tierras de Anselmo Mesa y encierra'. Los anteriores lotes forman un solo globo.

Octava

"Que el inmueble o predio denominado 'Lamedero', ubicado en la vereda de Tobaca, jurisdicción de Pesca, de propiedad de Anselmo Mesa P., comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguientes:

" 'Por costado sur, con terrenos del doctor Luis Angel Rodríguez, cimiento de piedra al medio; por el oriente, con la callejuela que conduce a la finca del doctor Luis Angel Rodríguez y que también es la entrada para el lote que se alindera; por el norte, con el resto del potrero de 'Lamedero', hoy con propiedad de Juan Navor Medina, cerca de alambre y palos al medio; 'por el occidente, con terrenos del General Manuel Castro B., cerca de cimiento y pared al medio y encierra'.

Novena

"Que el inmueble o predio denominado 'Las Fuentes', ubicado en la vereda de Toquilla, jurisdicción del Municipio de Iza, de

propiedad de Anselmo Mesa P., comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Este predio se integra de dos lotes, que forman hoy un solo globo, juntamente con el denominado 'Palenque', que más adelante se relaciona; los linderos parciales de dichos dos lotes son los siguientes:

" 'a) Por el oriente, con terrenos de herederos de Gabriel López y Francisco Cerón; por el sur, con terrenos de la señora Luisa Chaparro de Ojeda, en la loma y sembradero, desde un punto que hace frente a un eucaliptus que se halla en uno de los potreros de los señores Mendoza (vendedores), en recta hasta encontrar éste y vuelve hacia el sur por un cimiento, linderos reconocidos, y en el potrero cercas de alambre y cimiento al medio; por el occidente, con la calle pública que conduce de Iza a Sogamoso, cerca de tapias al medio; por el norte, con propiedades de Marco Aurelio Patiño, cerca de cimiento y alambre al medio, en el potrero, y al terminar esta última vuelve hacia el sur por el cimiento que sirve de cerca, partiendo de un mojón de piedra enterrada, hasta donde se halla otro mojón de piedra también enterrado y mide este trayecto cincuenta y un metros diez centímetros (51,10 mts.); vuelve hacia el oriente en línea recta pasando por una piedra grande que se halla incrustada en la loma, hasta encontrar el filo de la cuchilla, en donde hay unas piedras grandes y se encuentra con terreno de herederos de Gabriel López y encierra'.

"b) 'Por el oriente, el camino que conduce para la ciudad de Sogamoso, paredes al medio; por el sur, con terreno que era de Clemente Mendoza, hoy de Anselmo Mesa, cimiento de alambre al medio, en los potreros hasta dar a una depresión o zanjón, formado por las avenidas de las aguas lluvias, vuelve hacia el sur por el cimiento que sirve de cerca al potrero que fue de Clemente Mendoza, hoy de Anselmo Mesa, hasta dar frente al filo de una cuchilla de la loma en donde se clavó un mojón de piedra y mide cincuenta y un metros, diez centímetros (51.10 mts.), vuelve hacia el oriente en línea recta, pasando por una piedra grande que se halla incrustada en la loma, hasta encontrar el filo de la cuchilla, en donde hay unas piedras grandes que se encuentran con terrenos de Gabriel López y Basilio Cerón, portachín, hasta encontrar con terreno de la Hacienda de La Compañía de propiedad de los señores Sánchez; por el norte, con propiedad de la misma hacienda de La Compañía, de propiedad de los mismos señores Sánchez, hoy de Luis Vargas Ospina, barranco, cimiento, alambre y pared al medio, a dar al primer lindero y encierra'.

Décima

"Que el inmueble o predio denominado 'Palenque', ubicado en la vereda de Toquilla, jurisdicción del Municipio de Iza, de propiedad de Anselmo Mesa P., comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguientes:

" 'Por el norte, con terrenos que fueron de la antigua Hacienda de La Compañía, hoy de Luis Vargas Ospina, cimiento de piedra al medio; por el oriente, con terreno de Milcíades Alvarado, por ceja y tachín al medio; por el sur, sigue con terrenos del mismo Milcíades Alvarado, partiendo de una mata de conume, por matas y pino y zanjón al medio en línea recta; y por el occidente, con terrenos del señor Anselmo Mesa, tachines al medio, a dar al primer lindero y encierra'.

Undécima

"Que el inmueble o predio denominado 'El Molino', ubicado en la vereda de Aguacaliente, jurisdicción del Municipio de Iza, de propiedad de Anselmo Mesa P., comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octu-

bre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguientes:

" 'Por un costado, con la calle pública que va del río de Iza a la vereda de Aguacaliente; por otro costado, linda con propiedades de los señores Rito Antonio Mariño y Rosa María Rodríguez de Mariño, paredes y cerca de alambre al medio; por otro costado, con propiedades del doctor Rómulo Peñuela y Josefina Peñuela, cerca de cimiento y alambre al medio; por otro costado, o sea el último, con propiedades de Samuel Vargas, cercas de alambre y paredes al medio, sigue con terrenos de propiedad de Pedro Agustín Rojas, Ismael Pedraza, calle pública, Florencio Guerrero, Antonio Becerra y Luis Martínez, a dar al primer lindero y encierra, río al medio en toda la extensión de los últimos colindantes'.

Duodécima

"Que el inmueble o predio denominado 'La Vega', ubicado en la vereda de Aguacaliente, jurisdicción del Municipio de Iza, de propiedad de Anselmo Mesa Preciado, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguientes:

" 'Por el norte, con propiedad que fue del doctor Rómulo Peñuela, hoy de la señora Josefina Peñuela, cerca de alambre al medio, cerca que está a cargo de la citada señora Peñuela; por el oriente, con propiedad de Matilde Rodríguez, Pascual Pedraza, Moisés Avella y Carmen Pedraza, Abdías Ruiz y Pedro Agustín Rojas, río al medio; por el sur y el norte, con propiedad de Anselmo Mesa'.

Décimatercera

"En subsidio, los inmuebles denominados 'El Cebadero', y 'Lamedero', ubicados en jurisdicción del Municipio de Pesca, 'Estancias' o 'Vegas', 'Jazminal', 'La Elvira', 'La Maruja', 'El Rosario', 'El Peñón o Las Margaritas', 'San Miguel', en jurisdicción del Municipio de Firavitoba; 'Las Fuentes', 'Palenque', 'El Molino', y 'La Vega', en jurisdicción del Municipio de Iza, de propiedad de Anselmo Mesa Preciado, dentro de los linderos ya señalados, salieron del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.

Décimacuarta

"Como consecuencias de las anteriores declaraciones principales o de la subsidiaria, el subsuelo petrolífero de los mencionados inmuebles, o sea, el petróleo y los demás hidrocarburos, gases y substancias de que trata el Art. primero del Código de Petróleos, que en ellos se hallen, son de propiedad del dueño de los terrenos y pueden explotarse como de propiedad privada.

Décimaquinta

"Igualmente, como consecuencia de la declaración o declaraciones anteriores, el área correspondiente a los citados inmuebles, en su suelo y en su subsuelo petrolífero, se excluye de la propuesta número 949, formulada por la **Texas Petroleum Company**, para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional. En el evento de que, en desarrollo de la propuesta mencionada, se hubiese celebrado contrato entre la Nación y la **Texas**, tal contrato debe declararse terminado en lo concerniente al subsuelo petrolífero de los citados inmuebles'."

El actor funda su demanda en los siguientes hechos:

Primero

"El señor **Anselmo Mesa Preciado**, es actual poseedor inscrito del predio denominado **'El Cebadero'**, por haberlo adquirido por compra a la señora Enriqueta Montoya de Angel, según escritura pública número 1968

de 5 de septiembre de 1936 de la Notaría Primera del Circuito de Bogotá.

Segundo

"El señor Anselmo Mesa Preciado, es actual propietario y poseedor inscrito del predio denominado 'Lamedero', por haberlo adquirido por compra al señor Eulvio Alejandro Mesa Grosso, según escritura pública número 1514 de 13 de octubre de 1955, de la Notaría Primera del Circuito de Sogamoso.

Tercero

"El señor Anselmo Mesa Preciado, es actual poseedor inscrito y propietario del predio denominado 'Estancias' o 'Vegas', por haberlo adquirido por compra a los señores Alberto, Alfonso, Francisco y Jorge Angel Montoya, según escritura pública número 1341 de 4 de abril de 1946, de la Notaría Quinta del Circuito de Bogotá.

Cuarto

"El señor Anselmo Mesa Preciado, es actual propietario y poseedor inscrito de los predios denominados 'Jazminal' y 'La Elvira', por haberlos adquirido en la siguiente forma:

"1. Una quinta parte, por compra a Alfonso Angel Montoya, según escritura pública número 1612 de fecha 21 de junio de 1947, de la Notaría Primera del Circuito de Bogotá.

"2. Otras dos quintas partes, por compra a los señores Alberto Angel Montoya y Jorge Angel Montoya, según escritura pública número 2092 de 16 de agosto de 1947, de la Notaría Primera del Circuito de Bogotá.

"3. Una cuarta parte de otra quinta parte, por compra al señor Alfonso Angel Montoya, según escritura pública número 1913 de 24 de julio de 1947, de la Notaría Primera del Circuito de Bogotá.

"4. Otra quinta parte, por adjudicación que se le hizo en remate dentro del juicio de sucesión de Hernando Angel Montoya, verificado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sogamoso, dentro de la mortuoria de Hernando Angel Montoya, que cursa o cursó en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, adjudicación que se halla protocolizada por escritura pública número 118 de 14 de febrero de 1957 de la Notaría 2ª del Circuito de Sogamoso.

"5. Otra quinta parte, por compra a Matilde Pombo de Angel Montoya, según escritura pública número 2318 de 28 de abril de 1954, de la Notaría Primera del Circuito de Bogotá.

Quinto

"El señor Ánselmo Mesa Preciado, es actual propietario y poseedor inscrito del predio denominado 'La Maruja', por compra a la señora María Camargo de Castro, según escritura pública número 27 de 22 de enero de 1941, de la Notaría 2ª de Sogamoso.

Sexto

"El señor Anselmo Mesa Preciado, es actual propietario y poseedor inscrito del predio denominado 'El Rosario', por haberlo adquirido por compra a Alcibíades de Jesús Guevara A., según escritura pública número 1586 de 24 de noviembre de 1959 de la Notaría 2ª del Circuito de Sogamoso.

Séptimo

"El señor Anselmo Mesa Preciado, es actual propietario y poseedor inscrito del predio denominado 'El Peñón, o 'El Pantano', (hoy La Margarita), por haberlo adquirido por compra a Margarita Camargo Vda. de Becerra, según escritura pública número 425 de 13 de mayo de 1940 de la Notaría Primera del Circuito de Sogamoso.

Octavo

"El señor Anselmo Mesa Preciado, es actual propietario y poseedor inscrito del predio denominado 'San Miguel', por haberlo adquirido por compra a Margarita Camargo Vda. de Becerra, según escritura pública 1668 de 17 de diciembre de 1946 de la Notaría 2ª del Circuito de Sogamoso.

Noveno

"El señor Anselmo Mesa Preciado, es actual propietario y poseedor inscrito del predio denominado 'Las Fuentes', por haberlo adquirido así: dos lotes de terreno por compra a Carlos Alberto Mendoza y otros, según escritura pública número 2146 de 7 de diciembre de 1933, de la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, y el resto, por compra a Santos Lemus Rojas y Lucrecia Gómez de Lemus, según escritura pública número 1158 de 10 de septiembre de 1954 de la Notaría 2ª de Sogamoso.

Décimo

"El señor Anselmo Mesa Preciado, es actual propietario y poseedor inscrito del predio denominado 'Palenque', por haberlo adquirido por compra a los hermanos Ismael y Carlos Emilio Acevedo, según escritura número 636 de 22 de julio de 1957 de la Notaría Primera del Circuito de Sogamoso.

Undécimo

"El señor Anselmo Mesa Preciado, es actual propietario y poseedor inscrito del predio denominado 'El Molino', por haberlo adquirido por permuta con Luis Angel Rodríguez, según escritura pública número 436 de 21 de julio de 1935 de la Notaría 2ª del Circuito de Sogamoso.

Duodécimo

"El señor Anselmo Mesa Preciado, es actual propietario y poseedor inscrito del predio denominado 'La Vega', por haberlo adquirido por compra a Samuel Vargas, según escritura pública 475 de 28 de mayo de 1942 de la Notaría Primera del Circuito de Sogamoso.

Décimotercero

"La tradición de los predios de que tratan los hechos anteriores, se encuentra acreditada por un tiempo que excede el período de la prescripción extraordinaria con los correspondientes títulos de propiedad y los certificados del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

Décimocuarto

"Los predios de que tratan los hechos anteriores, hacían parte, de un globo de mayor extensión que salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

Décimoquinto

"Tanto los predios de que tratan los hechos anteriores, como el globo de mayor extensión del cual hicieron parte, se encuentran debidamente delimitados en los títulos correspondientes y son determinables sobre el terreno.

Décimosexto

"Los predios de que tratan los hechos anteriores, es decir, los inmuebles denominados 'El Cebadero', 'Lamedero', 'Estancias', o 'Vegas', 'El Jazminal, 'La Elvira', 'La Maruja', 'El Rosario', 'El Peñón', o 'Pantano' (hoy La Margarita), 'San Miguel', 'Las Fuentes', 'Palenque', 'El Molino' y 'La Vega', lo mismo que todo el globo de mayor extensión del cual hicieron parte, han sido objeto, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y desde tiempo inmemorial, de una intensa explotación económica, consistente en la ocupación con ganados, cultivos, casas de habitación, cerramientos, etc.

Decimoséptimo

"El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución número 0227 de 18 de marzo de 1959, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional, registrada bajo el número 949 (Iza), formulada por la Texas Petroleum Company, sobre un globo de terreno de cuarenta y nueve mil cuatrocientas setenta y seis (49.476) hectáreas con 2.247.43 metros cuadrados de extensión, ubicado en jurisdicción de los municipios de Sogamoso, Firavitoba, Iza, Cuitiva, Pes-

ca, Tota y Puebloviejo, en el Departamento de Boyacá, y comprendido dentro de los siguientes linderos:

" 'Como punto de referencia, se toma el mojón astronómico denominado 'Piedra Pintada', situado a 50 metros de la piedra conocida con el nombre de 'Piedras Pintadas', y a 200 metros del centro del puente de la carretera llamada de 'Río Cusiana', sobre la quebrada también llamada Piedra Pintada en la vereda Las Cañas, municipio de Sogamoso, Departamento de Boyacá, y cuyas coordenadas astronómicas, son:

"Latitud: cinco grados, treinta y cinco minutos, treinta y un segundos y ochenta y una centésimas de segundo, al norte del Ecuador (5º 35' 31".81 N).

"Longitud: un grado, quince minutos, veintinueve segundos y veinticinco centésimas de segundo al este de Bogotá (1º 15' 29".25 E.).

"Del mojón en referencia, se traza una recta de 1.222 metros con 32 centímetros (1.222.32 mts.) y un rumbo noroeste de cuarenta y dos grados cincuenta y nueve minutos, trece segundos y doscientas veintiuna milésimas de segundo (N. 42º 59' 13".221 W), hasta llegar al punto marcado en el plano con la letra A, base de la alinderación de la propuesta.

Décimoctavo

"Tanto los inmuebles expresados y enumerados en el hecho décimosexto de esta demanda, de propiedad de Anselmo Mesa Preciado, como el globo de mayor extensión del cual formaba parte, se encuentran comprendidos dentro de la propuesta número 949 de la Texas Petroleum Company, cuyo perímetro se superpone a ellos.

Décimonono

"Estoy dentro del término señalado en el Art. 2º del Decreto número 3050 de 1956, para instaurar esta demanda".

En derecho, invoca la parte actora para sustentar la acción, lo dispuesto en el Decreto 3050 de 1956, artículo 2º y disposiciones concordantes; en el Código de Petróleos, artículos 34, 36 y 69 y demás disposiciones concordantes y pertinentes; en la Ley 50 de 1936, artículo 1º; en los Códigos Civil y de Procedimiento, artículos 669 y 673, Título XVIII, respectivamente; en la Ley 157 de 1887; en el Código Fiscal de 1873; Reales cédulas de la Corona Española sobre tierras y sobre bienes de la Compañía de Jesús (temporalidades) y disposiciones del Código de Indias que las adicionan.

Con la demanda trajo a los autos los siguientes documentos:

a) Certificado expedido por el Ministerio de Minas y Petróleos sobre admisión de la propuesta número 949 para contratar la exploración y explotación de petróleos y sobre término hábil para instaurar este juicio;

b) Un ejemplar del Diario Oficial número 30051 de fecha 18 de septiembre de 1959, debidamente autenticado, en el que aparece publicado el aviso de admisión de la propuesta número 949 formulada para contratar la exploración y explotación de hidrocarburos; y

c) Copias de las escrituras públicas números 1968 de 1936, 1514 de 1955, 1341 de 1946, 1612 de 1947, 2092 de 1947, 1913 de 1947, 118 de 1957, 2318 de 1954, 27 de 1941, 1586 de 1959, 425 de 1940, 1668 de 1946, 2146 de 1933, 1158 de 1954, 636 de 1957, 436 de 1935, y 475 de 1942, por medio de las cuales el demandante señor Anselmo Mesa Preciado adquirió los predios materia de esta demanda.

Admitida la demanda, de ella se dio traslado al señor Procurador delegado en lo Civil, quien la contestó oponiéndose a la acción, y manifestando en lo relativo a los hechos, no constarle ninguno de ellos y atenerse a la eficacia y conducencia de las pruebas que se produjesen durante el juicio para establecerlos.

Recibido el negocio a pruebas, la parte actora solicitó e hizo practicar las que aparecen en el respectivo cuaderno. Por su par-

te, la demandada, no aprovechó el respectivo término, absteniéndose de solicitarlas.

Una de las condiciones para que prospere la pretensión procesal en estos juicios de oposición a propuestas de exploración y explotación de hidrocarburos, y sobre propiedad privada de tales substancias, es, como claramente lo establece la ley orgánica de la materia y en repetidas ocasiones lo ha expresado esta Sala, que se demuestre que los terrenos donde se dice o se supone que existen esos hidrocarburos salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha en que entró en vigencia el Código Fiscal que los reservó para el Estado, en virtud de un título jurídico o modo de adquirir el dominio.

Respecto de la oportunidad para la aducción de pruebas, la Sala ha venido sosteniendo, en varios fallos, que la permisión del ordinal 2º del artículo 597 para presentar pruebas en inspecciones oculares y otras diligencias en que intervienen el juez y las partes, no se refiere a toda clase de procesos y a cualquiera especie probatoria, sino a los juicios en que no se ha establecido período probatorio y a las pruebas que durante una inspección ocular se presentan para esclarecer puntos oscuros relacionados con hechos que son materia de la diligencia. Si en el juicio ordinario hay lugar a estimar pruebas presentadas durante una diligencia, encaminadas a comprobar extremos de la acción, no es, así pues, por razón de lo dispuesto en el mencionado ordinal, sino de lo prescrito en el 3º de la misma norma que permite practicar hasta la citación para sentencia las pruebas pedidas "dentro de los términos señalados al efecto". Nada tiene la Sala que agregar, a este respecto, a lo expuesto en sentencia de primero de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, sino antes bien reiterar la doctrina allí expuesta:

"(...) son la igualdad de oportunidades y de medios entre las partes y la lealtad que en el debate recíprocamente se deben y que deben al juez, que excluyen los recursos sopresivos y los procederes imprevistos como instrumentos procesales de ataque o de defensa, los principios en que generalmente se inspira el sistema probatorio, y en especial el artículo 597 del Código de la materia. Su inobservancia en la organización y en la aplicación de los procedimientos alteraría ese equilibrio entre los contendientes que es condición sine qua non para que puedan conducir a soluciones de equidad. Por eso la doctrina ha sido constante en condicionar la estimación legal de la prueba a la existencia de una providencia que la admita y le reconozca aquella calidad, a fin de procurar a los litigantes la oportunidad de impugnarla por cualquiera de los medios que establece la ley, y así lo expresa claramente el fallo de 20 de febrero de 1945 en el aparte que se deja copiado.

"De ahí también que además de las oportunidades y formas que para la aducción de pruebas previenen los artículos 597, 630 y 636 del mismo Código, el artículo 752 disponga: 'Cuando se decrete alguna prueba en los tres últimos días del primer período, o después de vencido, puede la parte contraria solicitar dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto que las decreta, la práctica de las que tenga a bien respecto de los mismos hechos'. Es que habiendo lugar a distinguir entre la prueba principal como puede ser denominada la suficiente prima facie, esto es, la suficiente salvo prueba en contrario, y su invalidación mediante la prueba en contra que puede aportar el adversario, lo que constituye el derecho de contraprobar que se reconoce a las partes, no sería razonable que decretada una prueba cuando ya aquél a quien perjudica se encuentra procesalmente imposibilitado para obtener la invalidación, se le niegue una oportunidad adicional para que pueda hacerlo. Ello violaría el principio de igualdad que es fundamental en el proceso.

"Pues bien, aducida en una diligencia una prueba relativa a hecho distinto del a que la diligencia se refiere, la parte contra quien se presente podría verse privada del derecho de contraprobar debido a la preclusión del primer período que prevé el artículo 746 y tampoco ser el caso contemplado en el 752. Por este motivo, en uno de los

pasos de la sentencia de 24 de junio de 1954, también transcrito en lo pertinente, la Sala de Casación Civil hubo de reconocer que cuando la prueba se aduce en una inspección ocular, la parte a quien se opone tiene menos garantías para contraprobar que cuando se trata de la aducción directa en el término probatorio, esto es, que lleva una desventaja; y como observa Wach, 'la desventaja procesal de una parte es la ventaja del adversario. La desventaja es siempre la consecuencia de una emisión o de una actuación procesal defectuosa, y, por eso, perjudicial' (El Juez y las partes).

"Esta restricción de la garantía probatoria de una de las partes pone de manifiesto, en cuanto destruye la igualdad que en el debate debe conservarse entre ellas, la dificultad de admitir la procedencia de aducir indiscriminadamente pruebas en inspecciones oculares u otras diligencias, sin que hayan mediado instancia y aceptación, cuando se trata de juicio en el cual se ha previsto una oportunidad distinta para producirlas, como es el caso del ordinario. La disposición del artículo 597, que es de carácter general, tiene por objeto relacionar todos los casos en que en los distintos procedimientos hay lugar a presentación de pruebas por las partes, sin atender a las peculiares modalidades de cada proceso, y si en el numeral 2º menciona las 'inspecciones u otras diligencias', es porque, habiendo procedimientos en los cuales no se ha previsto un período probatorio especial, las pruebas deben ser presentadas en ellas, como acontece, por ejemplo, en el deslinde y en el verbal; y además, porque es obvio que en las inspecciones oculares puede ser conveniente producir pruebas relacionadas con los hechos que son materia del reconocimiento judicial, aunque no, como se viene expresando, con otros distintos. Así lo enseña abundante jurisprudencia de la Corte, reiterada, en lo que al último punto se refiere, en el fallo de 3 de julio de 1954, en el que expuso la Sala Civil de Casación: " 'Como acertadamente lo asienta el Tribunal, si en el acto de la diligencia de una inspección ocular puede el Juez hacer una investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos que juzgue necesario para ilustrarse, conforme al artículo 728 del C. J., tales hechos 'son aquéllos a que se contrae la diligencia de inspección ocular y no otros, pues de lo contrario quedarían burladas las estrictas normas sobre términos probatorios', como documentos privados, instrumentos públicos, partidas de estado civil y muchas otras que en ocasiones ni siquiera pudieron ser presentadas dentro de los términos legales, algo propio para privar a la contraparte del empleo de los medios de que goza dentro de la tramitación legal para hacer la defensa de sus derechos, lo que equivaldría, según la sentencia acusada, 'a aceptar como correctas situaciones sorpresivas'... No obra en contra de lo dicho lo dispuesto en el artículo 597 del Código Judicial, el cual ordena que para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso: ... 2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el juez y las partes...', porque esto debe entenderse de los elementos allegados a ellas regularmente, dado que la inspección ocular es un acto de mero reconocimiento de los hechos o cosas que se tengan a la vista, con o sin intervención de peritos y testigos, no para acreditar cosas de otra índole' (G.J., LXXVIII, 15. El subrayado es de la Sala de Casación Civil).

"Esto no obsta, por supuesto, para que cuando la prueba ingresa a los autos por admisión expresa en auto ejecutoriado deba ser apreciada en la sentencia según el mérito que la ley le asigna, aunque haya sido producida en una inspección ocular sin petición formulada en oportunidad, pues que, a pesar de tal irregularidad, la preclusión del término para interponer recursos y la consiguiente ejecutoria otorgan a la parte que presentó la prueba la ventaja que ella implica, por ser la aducción de pruebas acto de los llamados de adquisición procesal, 'que se enderezan a poner a disposición del juez los elementos lógicos y físicos que ha menester para decidir la litis', y haberse consumado dicha adquisición con la ejecutoria de la providencia que creó la situación procesal correspondiente. Y no puede ser de otro modo, porque, a más de que el sistema del Código se inspira en el principio de la eventualidad, la falta de impug-

nación o reclamo oportuno hace suponer la aquiescencia de la parte a quien la prueba perjudica, y ya se puso de presente con la transcripción anterior que la voluntad de las partes es la suprema ley del juicio". (G. J. t. XCI, 637, 638).

En la demanda con que se instauró este proceso solo se expresa, en relación con el título en que pretende fundar la parte actora su derecho a los petróleos en litigio, que los predios donde se supone la existencia de ellos "hacían parte de un globo de mayor extensión que salió legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado", pero sin determinar en forma alguna dicho título; y recibido el negocio a pruebas, se abstuvo de pedir el allegamiento a los autos del que más tarde vino a invocar como aquél en virtud del cual salieron los inmuebes mencionados del patrimonio nacional, pero más aún, omitió incluso citarlo o aludir a él, al punto de que expirado ya el período probatorio aún se desconocía procesalmente cuál pudiera ser dicho título. Fue durante la práctica de la inspección ocular, realizada, como ya se dijo, una vez vencido el término de prueba, cuando la parte actora presentó ante el juez comisionado para hacer el reconocimiento judicial, en copia expedida por el Archivo Histórico Nacional, la escritura pública de veinte de abril de mil setecientos setenta y tres, en la cual don Francisco Antonio Moreno y Escandón aparece vendiendo, en su condición de fiscal de la Junta de Temporalidades, mediante remate público, a don Benito de Agar, la hacienda de Firavitoba que el demandante identifica con el globo del cual se desprendieron los lotes que se individualizan en la demanda. A que tal prueba instrumental, encaminada no a esclarecer puntos obscuros objeto de la diligencia sino relativa a un extremo fundamental de la acción, fuera admitida como prueba, se opuso, en nombre de la Nación el vocero de ésta, constituido por el Procurador Delegado en lo Civil para asistir a la diligencia, por lo cual el fallador debe abstenerse de apreciarla por las razones que arriba han quedado expuestas. Y como fuera del mencionado título, que ha de desestimarse por el motivo anotado, en los autos no aparece ninguna otra prueba que acredite que los terrenos o lotes aludidos salieron del dominio de la Nación con anterioridad a la fecha varias veces indicada en virtud de un título emanado del Estado, las pretensiones consignadas en la demanda no pueden prosperar.

Huelga decir, por otra parte, en lo que atañe a la "justa prescripción" por explotación económica que alega también el demandante, que aún en el caso de que fuera procedente una declaración de tal naturaleza —que no lo es conforme a la doctrina acogida por la Corte en sentencia de trece de septiembre de mil novecientos sesenta y tres, dictada en el juicio ordinario de única instancia de Mercedes Pava de Barrero y otros contra la Nación—, la prueba traída a los autos para acreditar esa "justa prescripción" no sería suficiente para ello: el dictamen pericial, en efecto, únicamente se funda en referencias a tal explotación contenidas en el instrumento público que por los motivos expuestos no es el caso de tener en cuenta, el que, por lo demás, nada vendría a establecer sobre el lapso de aquella explotación, y los testimonios recibidos durante la inspección ocular, además de adolecer de la misma informalidad que se deja anotada en relación con el título —no fueron solicitados oportunamente—, se refieren a la explotación económica actual que es a todas luces ineficaz para consumar la prescripción en favor de particulares de substancias que el Estado se reservó expresamente desde 1873.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara infundada la oposición de la parte actora en este juicio a la celebración del contrato sobre exploración y explotación de hidrocarburos propuesto a la Nación por la Texas Petroleum Company, y consiguientemente, se absuelve a la Nación de los car-

gos formulados en la demanda con que se inició este juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Minas y Petróleos, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Los Magistrados,

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

El Secretario de la Sala, *Jorge García Merlano.*

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

No se probó que los daños o desperfectos sobrevenidos a una edificación fueran imputables al constructor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, 16 de marzo de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau).

Autorizado por Resolución Ejecutiva Nº 156, de 26 de mayo de 1961, el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, obrando a nombre de la Nación, presentó demanda contra el señor Gonzalo Alarcón Contreras, vecino de Cali, impetrando las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el demandado, señor Gonzalo Alarcón Contreras, contrató con la Nación, representada por el Ministerio de Justicia, la construcción de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá, con todas las dependencias y anexidades correspondientes, por un valor total, a precio fijo, de siete millones quinientos setenta y tres mil cuatrocientos noventa y seis pesos con treinta y cuatro centavos ($ 7.573.496.34)".

"Segunda. Que la Nación cumplió debidamente y en su totalidad las obligaciones estipuladas, pagando al demandado señor Gonzalo Alarcón Contreras el valor de las obras ejecutadas de conformidad con los términos contractuales".

"Tercera. Que la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá presenta graves desperfectos ocasionados por defectos de construcción imputables al contratista señor Gonzalo Alarcón Contreras".

"Cuarta. Que el demandado, señor Gonzalo Alarcón Contreras, es civilmente responsable frente a la Nación por los perjuicios inherentes a los defectos de construcción de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá".

"Quinta. Que el demandado, señor Gonzalo Alarcón Contreras, debe pagar a la Nación, en su totalidad, al día siguiente de la ejecutoria del fallo que se profiera, la suma que aparezca demostrada en este juicio por concepto de los perjuicios a que se refiere el punto anterior".

"Sexta. Que el demandado, señor Gonzalo Alarcón Contreras, debe pagar a la Nación los intereses legales de la cantidad que se deduzca, computados hasta la fecha del pago y desde el día de la notificación de esta demanda o, subsidiariamente, desde el día de la ejecutoria del fallo que recaiga en este juicio".

"Séptima. Que el demandado, señor Gonzalo Alarcón Contreras, debe pagar las costas de este juicio".

Como fundamentos de hecho de tales pedimentos adujo los siguientes:

"Primero. Entre la Nación, representada por el señor Ministro de Justicia, autorizado éste por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros y facultado especialmente por el Decreto número 1149 de 26 de abril de 1955, y el ingeniero Gonzalo Alarcón Contreras, vecino de Cali, con cédula de ciudadanía número 2662760 de Rionegro (Santander), Libreta Militar número B5822601 del Distrito Militar de Cali y Matrícula Profesional número 2156 del Consejo Nacional de Ingeniería, se celebró el día

doce (12) de abril de mil novecientos cincuenta y seis (1956) un contrato para la construcción de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá, con todas las dependencias y anexidades correspondientes".

"Segundo. De acuerdo con las cláusulas contractuales, el ingeniero Gonzalo Alarcón Contreras se comprometió a construir íntegramente, de conformidad con un anteproyecto elaborado por él mismo y según las especificaciones acordadas por separado, los edificios para la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá y todos sus anexos, a un precio fijo, por metro cuadrado de construcción, de ciento sesenta pesos ($160.00) sobre treinta y tres mil quinientos metros (33.500) cuadrados o sea la suma de cinco millones trescientos sesenta mil pesos ($ 5.360.000.00), destinándose hasta un diez por ciento (10%) de la expresada cantidad, o sea la suma de quinientos treinta y seis mil pesos ($ 536.000.00) para la ejecución de obras adicionales fuera de las zonas cubiertas".

"Tercero. Se estipuló en el contrato de que tratan los puntos anteriores que la responsabilidad total por los planos, cálculos, estabilidad, instalaciones, construcciones y terminación de las obras correspondería al contratista Gonzalo Alarcón Contreras; que la aprobación o recibo de ellas por parte del Ministerio de Justicia o del Interventor no lo eximiría de su obligación de responder a la Nación por la buena ejecución de las obras, de conformidad con el numeral tercero del artículo 2060 del Código Civil".

"Cuarto. En documento anexo al contrato de fecha doce de abril de mil novecientos cincuenta y seis el contratista Gonzalo Alarcón Contreras y el Ministro de Justicia, en representación de la Nación, firmaron el pliego de especificaciones para la construcción de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá".

"Quinto. En contratos adicionales de fechas tres (3) de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), y veintisiete (27) de enero de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) se aumentó el valor del convenio primitivo en las cantidades de novecientos mil pesos ($ 900.000.00), quinientos quince mil treinta y cuatro con veintidós ($ 515.034.22) y setecientos noventa y ocho mil cuatrocientos sesenta y dos con doce ($ 798.462.12) respectivamente, para la ejecución de obras complementarias y reajuste de precios de materiales, siendo por tanto la cantidad de siete millones quinientos setenta y tres mil cuatrocientos noventa y seis con treinta y cuatro ($ 7.573.496.34) el valor total de las obras contratadas".

"Sexto. Para fiscalizar la construcción de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá, la Nación celebró contratos de interventoría con el ingeniero Alfonso González Martínez el cuatro (4) de mayo de mil novecientos cincuenta y seis (1956), el quince (15) de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) y el veintitrés (23) de julio de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) por las cantidades de cuarenta y nueve mil pesos ($ 49.000.00), seis mil doscientos cincuenta y uno con veintisiete ($ 6.251.27) y veinte mil trescientos diez con sesenta y ocho ($ 20.310.68) respectivamente, o sea por un valor total de setenta y cinco mil quinientos sesenta y uno con noventa y cinco ($ 75.561.95)".

"Séptimo. La Nación cubrió el valor total de las obras contratadas con el ingeniero Gonzalo Alarcón Contreras, de conformidad con las estipulaciones contractuales respectivas".

"Octavo. Con fecha quince (15) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) y veintiséis (26) de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), se firmaron las correspondientes Actas de Entrega de las obras contratadas con el ingeniero Gonzalo Alarcón Contreras".

"Noveno. Con posterioridad a las fechas de entrega de las obras de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá el Ministerio de Justicia verificó la existencia de graves desperfectos imputables al contratista Gonzalo Alarcón Contreras, ocasionados por deficiencias en las construcciones".

"Décimo. Con fecha quince (15) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1961) la Nación se vio en la necesidad de contratar con la Sociedad Gómez Mejía y Moreno Guerrero Limitada las reparaciones indispensables para el normal funcionamiento de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá, por un valor total de dos millones ciento noventa y cuatro mi novecientos siete pesos con tres centavos ($2.194.907.03)".

"Undécimo. El veintiocho (28) de junio de mil novecientos sesenta y dos, la Nación contrató con la firma Asociación de Proyectistas y Consultores Ingenieros —Apron Limitada— la interventoría de las obras de reparación de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá, por un valor total de ochenta y ocho mil quinientos veintitrés con sesenta ($ 88.523.60)".

En cuanto a fundamentos jurídicos expuso: "La presente demanda se basa, en derecho, en las disposiciones de los artículos 1602, 1613, 1614, 2060, 2061 y demás normas concordantes del Código Civil y en los artículos 205 y 737 del Código de Procedimiento Civil".

Al descorrer el traslado del libelo, el demandado se opuso a que se hicieran los pronunciamientos impetrados. Expresamente alegó las excepciones de solución, y de inexistencia de la obligación, "non adimpleti contractus", falta de causa o de derecho.

En su alegato de conclusión el señor Procurador Delegado se limitó a expresar lo siguiente: "Descorro el traslado que se me dio para alegar de conclusión".

"El artículo 593 del C.J. señala al Juzgador una rigurosa pauta a la cual debe atenerse para decidir los pleitos de su conocimiento".

"La H. Corte Suprema de Justicia se ha caracterizado siempre por la búsqueda y aplicación de las más sanas doctrinas, por su apego a las normas jurídicas para interpretarlas del modo más conveniente a la justicia".

"La Procuraduría Primera Delegada en lo Civil no cree necesario alegar en el presente juicio. Considera que debe dejar al solo criterio de la H. Sala de Negocios de la Corte, la decisión del negocio".

Agotada la tramitación de ley, se procede a decidir mediante las consideraciones que siguen.

1. Se trata, como bien puede apreciarse, de una acción de responsabilidad contractual, dirigida a obtener la condena del demandado a pagar los daños y perjuicios sufridos por la Nación como consecuencia de los defectos de construcción sobrevenidos a la cárcel que éste construyera. En las dos primeras peticiones se impetran pronunciamientos de mera declaración, pero por carecer de todo apoyo en los fundamentos de hecho, entre los cuales habría debido aparecer indicado el interés en obrar al respecto, es lógico concluir que el demandante no quiso incoar acciones de mera declaración conjuntamente con la de condena a que se ha aludido, y tan solo formuló esas peticiones por estimarlas íntimamente vinculadas a las otras, configuradoras ellas sí, de la acción de condena instaurada. Por otra parte, las citas de los fundamentos de hecho no dejan duda sobre cuál fue la verdadera intención del demandante respecto a la acción incoada. Además la resolución ejecutiva en cuya virtud obró el señor Procurador Delegado ninguna autorización contiene respecto a acciones de mera declaración.

2. En la contestación de la demanda el demandado aceptó los hechos primero, segundo, tercero, quinto, sexto y octavo, o sea, que admitió haber construido, en virtud de contrato celebrado con la Nación, la "Cárcel Modelo" a que se refiere el demandante, y haberla entregado a su terminación, así como la circunstancia de haberse obligado expresamente a responder de todo daño debido a mala o deficiente ejecución de la obra o a mala o deficiente calidad de los materiales empleados.

Además, consta en los autos la celebración del contrato de construcción en referencia, así como los de posteriores modificaciones, según relacionan ejemplares del Diario Oficial debidamente autenticados allegados al proceso.

3. El demandado Alarcón, como se dijo, se opuso a las pretensiones de la parte actora, afirmando categóricamente que los daños sobrevenidos a la cárcel no se deben a causas a él imputables, sino a la obra destructora de los reclusos y a la falta de oportunas reparaciones.

4. La prueba por excelencia en casos como el de autos, en que se trata de determinar si los daños o desperfectos sobrevenidos a una edificación se deben a deficiencias imputables al constructor, a que alude el artículo 2060 del C.C., es la prueba pericial. Debe, pues, referirse la Sala al dictamen que rindieron los peritos que, a solicitud de una y otra parte, fueron llamados a conceptuar sobre los daños que dice el demandante sufrió la obra de la Cárcel Modelo.

De tal dictamen uniforme de los peritos, que no fue objeto de observación alguna por las partes, cabe destacar, para los fines de esta providencia, los siguientes pasajes:

"a) Situación de la Cárcel.

Los peritos después de un exhaustivo análisis de los documentos presentados y de la inspección ocular llevada a cabo, se permiten conceptuar sobre los siguientes puntos:

1) Las estructuras de concreto y acero de la Cárcel, no han perecido ni perecen;

2) Los muros de ladrillo se encuentran en buen estado y no observamos lesiones imputables a fallas de cimentación o mala ejecución de las mismas;

3) Los acabados se encuentran en un estado aceptable dado el fuerte uso a que está sometido el edificio;

4) En algunos sitios de las cubiertas, especialmente los correspondientes a las juntas de dilatación, se observan humedades que obedecen a roturas en los filtros asfálticos de la impermeabilización. Estos daños obedecen seguramente a la falta de conservación, máxime si se tiene en cuenta que sobre estas cubiertas caminaban guardianes de la prisión, sin que en el proyecto se hubiese contemplado este tipo de tráfico.

5) Encontramos muy conveniente la mejora de especificaciones consistente en reemplazar los calados de concreto de los corredores por rejas de hierro, así como en cerrar en muros de ladrillo las ventilaciones superiores de los Talleres. Asimismo el cambio de sistema de cierre de las puertas metálicas de algunas celdas para facilitar la operación de apertura y cierre de éstas".

"(...) c) **Desperfectos debidos a deficiente o mala construcción.** En el detenido cuestionario que respondimos a solicitud de la parte demandada, hemos contestado en forma exhaustiva esta pregunta que podemos sintetizar así: **la obra en general no presenta desperfectos imputables a deficiente o mala construcción...**" (Se ha subrayado).

6) Además de la prueba pericial, absolutamente adversa, como se ha visto, a las pretensiones de la parte actora, existe en el proceso, aducida por el demandado, una copiosa prueba testimonial, tendiente a demostrar que con posterioridad a la entrega de la edificación carcelaria, ésta fue objeto de diversos actos de violencia por parte del personal de reclusos, y no quedó sometida a las necesarias labores de mantenimiento.

7) No estando probado, pues, que el edificio carcelario construido por el demandado hubiera sufrido desperfectos o deterioros imputables a su culpa, se impone la desestimación de la acción de condena incoada por el señor Procurador Delegado a nombre de la Nación, lo que hace innecesario el estudio en detalle de las excepciones.

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:

Absuélvase al demandado Gonzalo Alarcón Contreras de los cargos de la demanda. Sin costas.

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

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

Jorge García Merlano, Secretario.

TRABAJOS PUBLICOS

Indemnización por ocupación de bienes de propiedad privada. — Valorización. El acto de aforo, liquidación y distribución es de carácter administrativo.

1. Cuando se trata de indemnizar al propietario de una zona de terreno, incluida o incorporada a una obra pública, el precio que debe tenerse en cuenta para fijar la cuantía de aquélla, no es el de la fecha de la demanda, sino el que hubiese tenido antes de la construcción de la obra y aún más, antes de disponer su construcción, pues la sola disposición de construir, como en este caso, una autopista, determina por sí misma una valorización de los predios aledaños, que resultan favorecidos y mejorados con tal obra, por la posibilidad de convertirse de predios rurales en urbanos con el consiguiente aumento del precio unitario.

2. La plusvalía, o sea, la diferencia de valores asignados al predio o predios antes de la construcción de la obra, con el alcanzado después, es la materia imponible o base para la distribución del impuesto cuyo monto está formado por el costo de la obra y otras cantidades, como lo indican las leyes y decretos sobre esta materia (leyes 25 de 1921; 51 de 1926; 107 de 1936; 88 de 1940; 1ª de 1943; 79 de 1946; decretos reglamentarios 219 y 1702 de 1923; 1284 de 1925 y 438 de 1928).

Según se deduce de los artículos 3º y 4º de la Ley 25 de 1921, y de las otras normas que regulan la contribución de valorización, el acto de aforo, liquidación y distribución es de carácter administrativo, que no corresponde cumplirlo o realizarlo a los peritos nombrados en un juicio ordinario de carácter civil, cuya finalidad se reduce a fijar el precio o valor de la indemnización que el Estado debe pagar al propietario por la zona ocupada, de acuerdo con el precio que haya tenido antes de la ejecución de la obra; de ahí, pues que los cálculos de los peritos para la fijación y aforo del posible impuesto de valorización que corresponderá a la parte actora resulta del todo impertinente e ineficaz, porque no es dable usurpar funciones que corresponden a otra rama del poder público, que en el caso de la autopista a Eldorado está reglamentado en el Decreto 0598 de 1956.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, 24 de marzo de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña).

Los herederos de Felipe Santiago García, mediante apoderado, demandaron a la Nación ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que, previa la tramitación del correspondiente juicio ordinario, en la sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que es del dominio privado de la sucesión ilíquida del señor Felipe Santiago García Campo, ... una zona o globo de terreno ubicado en la ciudad de Bogotá, Distrito Especial, que hace parte de mayor extensión de propiedad de la misma sucesión, que tiene una extensión superficiaria aproximada de siete fanegadas y dos mil setecientos treinta y una varas cuadradas, con noventa y cuatro centésimos de vara cuadrada (7-2731, 94), o sean setenta y dos mil setecientas treinta y una varas cuadradas con noventa y cuatro centésimas de vara cuadrada (72.731.94 V2)..." comprendidas

dentro de las lindes descritas en esta petición.

"Segunda. Que la Nación debe restituir a la sucesión demandante el inmueble determinado en el punto anterior, dentro del término de seis (6) días contados a partir de la fecha de la respectiva sentencia, junto con sus frutos naturales y civiles percibidos o los que la sucesión propietaria hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad de haber tenido el inmueble en su poder, desde la fecha de la ocupación del mismo por la Entidad Pública demandada, hasta el día en que se realice la restitución.

"Tercera. Que si no fuere posible ordenar la restitución del inmueble a la sucesión demandante, junto con sus frutos naturales y civiles, tal como se pide en el punto anterior, por haber sido destinado al uso público con carácter permanente, que se condene a la entidad pública demandada a pagar a la sucesión propietaria, la indemnización correspondiente, consistente tal indemnización en el valor comercial del inmueble, que desde ahora estimo en la cantidad de **cuatro millones trescientos sesenta y tres mil novecientos diez y seis pesos cuarenta centavos** ($ 4.363.916.40) o en la cantidad que determinen los peritos en el curso del juicio, y los intereses de tal cantidad desde la fecha de la sentencia hasta el día del pago". (Fs. 11 a 11 vto. C. Nº 1º).

Los hechos son los siguientes:

"a) En el mes de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), la Nación ocupó por conducto del Ministerio de Obras Públicas, un globo de terreno de propiedad de la sucesión demandante, que hace parte de mayor extensión de los inmuebles denominados 'La Selva', 'El Estío' y 'Las Mangas', pertenecientes a la misma sucesión ubicada en el Distrito Especial de Bogotá...", y continúa insertando otra vez las lindes de la parcela ocupada por el Estado, ya especificadas en la primera petición.

"b) Desde la fecha de su ocupación por la Entidad Pública demandada, el globo de terreno determinado en el punto anterior, fue destinado por la Nación para las obras de ampliación de la Avenida Veintinueve (29) o Avenida al Aeropuerto Internacional, cuyos trabajos se iniciaron inmediatamente de manera que desde la fecha en que se privó a los demandantes de la posesión de su propiedad, ésta quedó destinada en forma permanente al uso público.

"c) La ocupación relacionada en los puntos anteriores ha causado a la sucesión demandante los graves perjuicios correspondientes a la privación de la posesión de su propiedad y los consiguientes a no haber podido percibir desde que la ocupación se cumplió los frutos naturales y civiles del inmueble.

"d) La sucesión demandante ha estado en todo momento dispuesta a autorizar, legalizándola, la ocupación que da origen a esta demanda, mediante el pago del valor comercial de los terrenos ocupados y de sus intereses desde la fecha de la sentencia hasta el día en que el pago se verifique.

"e) La sucesión demandante es titular del derecho de dominio sobre el inmueble que ha sido materia de la ocupación por la Nación y a que se refieren los hechos anteriores, y además poseedora inscrita del mismo, porque el causante señor don Felipe Santiago García Campo lo adquirió por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Timoteo García y Gricelda Campo de García según consta en la escritura pública número dos mil ochenta y cinco (2.085) de veintisiete (27) de junio de mil novecientos veintiocho (1928) otorgada en la Notaría Primera de Bogotá y por compra a Javier Say y otra por escritura pública quinientos cincuenta y dos (552) de diez (10) de noviembre de mil novecientos nueve (1909) de la Notaría Primera de Bogotá; y hasta la fecha en que la Nación lo ocupó, tuvo la posesión quieta y pacífica del mismo". (Fs. 12 a 12 vto. ib.).

En derecho invoca los artículos 26 y 30 de la Constitución; el título 1º del L. II del C. C., artículos 946, 950, 961, 964 y siguientes, 1612, 1613, 1614 y siguientes, todos del citado Código.

Contestó la demanda, en representación de la Nación el fiscal 4º del Tribunal, en esta forma:

"Niego el derecho que asista a la parte demandante para formular las peticiones hechas en la demanda, las cuales solicito en consecuencia sean negadas y se absuelva a la Nación de los cargos formulados".

Sobre los hechos dijo que no le constaban.

Surtida la primera instancia, el Tribunal del conocimiento, mediante fallo de dos de julio de 1962, desató la litis así:

"1º Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

"2º Condénase a la Nación a pagar a la sucesión de Felipe Santiago García y Campo la cantidad de un millón, ciento setenta y cinco mil ochocientos ochenta y tres pesos, noventa y dos centavos moneda legal ($ 1.175.883.92), monto de los perjuicios que le causó con la ocupación permanente de la zona de terreno determinada en la petición primera de la demanda —cuya propiedad se reconoce como adquirida por la Nación— y deducida la cuantía de la valorización del resto del inmueble del demandante, con los intereses legales de la mencionada cantidad desde a fecha de la ocupación de la zona hasta el día en que el pago se verifique.

"3º El pago deberá hacerse dentro del término de noventa días contados desde la fecha de la ejecutoria de este fallo, así: deduciendo un veinte por ciento (20%) para imputar a la valorización, si ésta no se hubiere liquidado. Si ya estuviere liquidada, el pago deberá hacerse en la forma ordenada en el numeral anterior.

"4º Niéganse las demás peticiones de la demanda.

"5º Regístrese esta demanda, en lo referente a la declaración del derecho de dominio de la Nación, en el libro respectivo". (Fs. 35 a 35 vto. ib.).

La anterior sentencia se halla a la revisión de la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto y concedido a ambas partes; y al efecto, se anteponen las siguientes consideraciones:

El fiscal del Tribunal, en el alegato de primera instancia dice que por Decreto 0023 de 1958, "...se revocó la cesión que se había hecho al Distrito Especial de Bogotá por el Decreto 0227 antes citado y se dispuso que la construcción de la citada autopista fuera ejecutada directamente por la Empresa Colombiana de Aeródromos a cuyo favor se cedió el impuesto de valorización para reembolsarle las sumas invertidas en las obras de construcción de la autopista y para que adquiriera las zonas de terreno necesarias para la citada obra.

"Así pues, la responsable del valor de los terrenos ocupados por la Avenida al aeropuerto internacional es la Empresa Colombiana de Aeródromos que es un establecimiento público creado por Decreto legislativo número 3269 de 1954, que está vigente según lo disponen las Leyes 2ª de 1958, 105 de 1959 y otras del año próximo pasado, que está dotado de personería jurídica autónoma y que posee patrimonio propio, persona jurídica distinta de la Nación.

"Es por lo tanto la Empresa Colombiana de Aeródromos quien debe responder a la parte demandante del terreno materia de la demanda o de su valor y por lo tanto a dicha entidad ha debido demandarse y no a la Nación con lo cual se ha incurrido en la excepción perentoria de inepta demanda por ilegitimidad de la personería de la parte demandada, excepción que propongo para que sea fallada en la sentencia". (Fs. 25 a 26 ib.).

Respecto de la excepción alegada por el fiscal del Tribunal, cabe aducir las siguientes razones, para poner de manifiesto que carece de fundamento jurídico:

a) Sería inobjetable la argumentación del fiscal si la Empresa Colombiana de Aeródromos hubiese consumado la ocupación de he-

cho de las propiedades de los demandantes; porque como persona administrativa autónoma, aun cuando preste un servicio público descentralizado a nombre o en representación de la Nación, tiene capacidad procesal y sustancial para comparecer en juicio como persona jurídica distinta de ésta; pero como así no sucedió, sino que la ocupación se llevó a efecto por el Ministerio de Obras Públicas, el Estado debe responder directamente de este hecho conforme a lo previsto en el artículo 2341 del C.C.

b) Si la Nación, con posterioridad a la ocupación, mediante los decretos citados por el fiscal, cedió o traspasó la construcción de la obra a la Empresa Colombiana de Aeropuertos, con la carga de pagar las zonas necesarias para la autopista, no podía desligarse por un acto unilateral de las obligaciones ya contraídas, porque la subrogación legal o convencional opera en cuanto al cambio de acreedor, mas no respecto del deudor y por la sola voluntad de éste.

Desechada, pues, esta excepción previa alegada por el fiscal, procede estudiar los otros elementos de la acción, a saber: propiedad de la parte actora sobre los predios; ocupación de la zona incorporada a la autopista; identificación tanto de los predios como de la parcela objeto del litigio y, en fin, el valor comercial de ésta en la fecha de la expropiación de facto, con exclusión de la valorización ocasionada por la construcción de la autopista.

1º De acuerdo con los títulos presentados con la demanda, los predios La Selva y La Manga le fueron adjudicados al causante Felipe Santiago García Campo en la sucesión acumulada de Timoteo García y Griselda Campo, de acuerdo con los documentos que se protocolizaron en la Notaría Nº 1º de Bogotá, bajo la escritura pública Nº 2085. En la respectiva hijuela se describieron las lindes de los dos predios, ambos ubicados en el antiguo municipio de Fontibón.

Según el certificado Nº 12032 expedido por el Registrador de Bogotá el 22 de abril de 1960, Felipe Santiago García vendió varias parcelas del inmueble nominado La Selva, pues en tal documento se lee: "...Por escritura Nº 2662 de 26 de agosto de 1929, Notaría 1ª de Bogotá a Pablo E. Melo un lote con área de 1.200 V2. Esta escritura fue registrada el 7 de mayo de 1930. Por escritura 2616 de 22 de agosto de 1929, Notaría 1ª de Bogotá, registrada el 1º de febrero de 1930, a Luis Medrano un lote con área de 1.000 V2. Por escritura 2615 de 22 de agosto de 1929, Notaría 1ª de Bogotá, registrada el 22 de febrero de 1930, a Alfonso Medrano, un lote con cabida de 1.000 V2.— 4º Que únicamente del primero de enero de mil novecientos treinta a hoy, la parte que pueda quedarle a Felipe Santiago García y Campo en la finca relacionada en lo que se refiere a dicho señor, no aparece con hipoteca ni demanda y no aparecen más enajenaciones". (Fs. 6 a 6 vto. C. Nº 2º).

El otro lote lo adquirió el causante mediante el contrato de compraventa contenido en la escritura pública Nº 552 de 10 de noviembre de 1909, pasada ante el Notario 1º de Bogotá, según la cual Javier Fabiano Say y Tránsito Antonia Say le vendieron, el primero, una parte del lote Nº 19 del resguardo de Fontibón, con la salvedad de una parcela descrita en el propio instrumento; y la segunda le transfiere el derecho de dominio sobre la otra mitad del citado lote Nº 19 del mencionado resguardo, según adjudicación hecha a los tradentes el 27 de diciembre de 1862.

Conforme al certificado Nº 14829 del registrador de Bogotá, expedido el 14 de mayo de 1962, la primitiva inscripción se halla vigente, por no haber sido cancelada por ninguno de los medios legales, si bien advierte, tanto respecto de este lote como en lo que atañe a los nominados La Selva y La Manga, la existencia de un auto de embargo, inscrito el 14 de noviembre de 1936 por orden del juez municipal de Fontibón.

Con los documentos examinados queda demostrada la propiedad de los actores, como herederos de Felipe Santiago García, respecto de los inmuebles antes mencionados.

2º Con el fin de identificar los inmuebles, objeto del litigio, tanto en lo que atañe al to-

do como a la parte ocupada con la autopista, se practicó por el magistrado ponente, con la intervención de peritos, una inspección ocular, en la cual, si bien primero se identificó o determinó la parte, también se hizo lo propio respecto de los inmuebles principales, pues se dijo: "...El personal de la diligencia procedió a identificar los predios denominados La Selva y Las Mangas, que se encontraron delimitados así:..."; y después de describir las lindes de cada uno de ellos, agrega: "Los dos globos forman en la actualidad uno solo, que es el identificado en el plano. La zona ocupada está en su totalidad enclavada dentro del globo general, tal como aparece de plano levantado por el doctor Paul Van Cotten...".

Ya antes, después de mencionar los títulos, los certificados del registrador y también el plano levantado en junio de 1957 por el ingeniero antes citado, se dejó el siguiente expreso testimonio en el acta: "...se estableció dentro de la misma zona una calzada en proyecto. Es decir, que toda la zona está destinada a uso público. En este estado el Sr. Dr. Rueda Teherán solicitó que los expertos dictaminen si la zona ocupada por la Nación y de cuya reivindicación se trata en el juicio, se halla enclavada dentro de las propiedades de la sucesión demandante, llamados La Selva y Las Mangas, teniendo en cuenta para ello los títulos y plano aducidos al expediente". (Fs. 8 vto. a 9 C. Nº 2º).

Los peritos, en el concepto rendido en este juicio, con relación a las parcelas enajenadas por el causante y a las cuales se refiere el certificado Nº 12032 del Registrador de Bogotá, dicen: "Estos lotes no formaron parte de las fincas deslindadas, como fácilmente se deduce del plano de la finca y también por haberse apreciado así en la inspección ocular".

Para ratificar lo dicho en la inspección ocular y aclarar algunas de sus conclusiones, los peritos expresan:

"Analizadas con la debida atención las precitadas escrituras y los referidos certificados, en relación con los linderos de las fincas La Selva y La Manga, que los peritos pudimos recorrer, junto con todo el restante personal de la diligencia de inspección ocular, inclusive el señor Magistrado ponente doctor Venegas Gil, debemos expresar que, conforme reza el acta correspondiente verificamos y comprobamos, en forma objetiva, la exactitud y coincidencia de los expresados linderos, señalados en dichas escrituras y certificados; por lo cual podemos afirmar y así lo hacemos, que aquellos linderos corresponden a la realidad; que el globo de terreno o finca que fue del finado Señor García Campos es un polígono irregular o superficie plana de mucho mayor extensión del lote a que se contrae la acción reivindicatoria de que se trata, puesto que este último es parte integrante de tal polígono (acción incoada por la sucesión ilíquida de don Felipe Santiago García y Campos) identificado y alinderado así mismo por el señor Magistrado, en dicha inspección ocular, terreno éste último que, conforme al orden del cuestionario que estamos absolviendo, alinderaremos, determinaremos e identificaremos a continuación". (Fs. 21 vto. a 22 C. Nº 2º).

En lo concerniente a la zona incorporada en la autopista, los peritos, previa relación de las lindes y extensión de cada uno de los lados del rectángulo, concluyen así:

"Repetimos que este terreno litigioso acabado de deslindar, corresponde a la misma zona identificada por el señor Magistrado doctor Venegas Gil y por nosotros durante la inspección ocular y es el mismo alinderado y determinado en la primera petición de la demanda; su extensión superficiaria es de 46.584.44 metros cuadrados que equivalen a 72.731.94 varas cuadradas.

"No creemos necesario hacer un nuevo levantamiento topográfico porque el plano presentado por el actor está conforme con toda exactitud con las apreciaciones y verificaciones hechas por nosotros sobre el terreno; por tanto lo aceptamos como ceñido a la realidad en un todo, y por eso lo prohijamos expresamente. Repetimos que por haber sido levantado el plano por ingeniero civil matriculado tiene el carácter de prue-

ba con amplia capacidad de convicción". (Fls. 22 vto. a 23 ib.).

Por consiguiente, los inmuebles fueron debidamente determinados sobre el terreno, en su realidad geográfica y de acuerdo con los títulos de propiedad de la sucesión demandante.

3º La ocupación de la zona incorporada a la autopista que conduce al aeropuerto internacional de Eldorado, tampoco puede remitirse a duda alguna, porque resulta del testimonio dejado en la inspección ocular con fundamento en una directa percepción del sentido de la vista tanto por el funcionario que en ella intervino, como por los peritos, hecho que debe considerarse como plenamente probado de acuerdo con los artículos 722 y 730 del C. J.

Además, obra en el expediente el certificado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, en el cual se lee: "Que según consta en los archivos y demás documentos referentes a la construcción de la Avenida al aeropuerto internacional, la Nación, por conducto de los contratistas 'Pardo Restrepo & Santamaría', ocupó las zonas de terreno en donde hoy se encuentra construida dicha Avenida". (Fs. 37 vto. ib.).

No se hace alusión concreta de la copia expedida por la Sección de Catastro y Nomenclatura de Bogotá, registrada bajo el Nº 12410 de 21 de septiembre de 1960, porque tal prueba no fue pedida ni decretada, sino que fue presentada por la parte y agregada al expediente por voluntad del secretario del tribunal.

La zona ocupada por la Nación con destino a la autopista tiene un área de 4 hectáreas con 6.584.44 metros cuadrados, de acuerdo con lo dicho en la inspección ocular y en el concepto de los peritos, cabida que podría verificarse en las carteras de trabajo, estudios y planos del Ministerio de Obras Públicas o de la entidad en cuyo poder reposen actualmente.

4º Probados los elementos básicos de la acción y como se demanda la indemnización de los perjuicios ocasionados con la expropiación de facto, habrá que proceder, si fuere posible, a determinar la cuantía de ellos, o en caso contrario, disponer que se fijen mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.

a) Predio Urbanizable. Cuando se trata de indemnizar al propietario de una zona de terreno, incluída o incorporada a una obra pública, el precio que debe tenerse en cuenta para fijar la cuantía de aquélla, no es el de la fecha de la demanda, sino el que hubiese tenido antes de la construcción de la obra y aún más, antes de disponer su construcción, pues la sola disposición de construir, como en este caso, una autopista, determina por sí misma una valorización de los predios aledaños, que resultan favorecidos y mejorados con tal obra, por la posibilidad de convertirse de predios rurales en urbanos con el consiguiente aumento del precio unitario.

En este proceso, los peritos, para tratar de fijar el precio comercial de la zona ocupada con la autopista, lo consideraron ya como urbanizable, es decir, con posterioridad a la construcción de la vía, porque antes ni remotamente podía atribuirsele tal calidad; y en esta forma, incluyeron un valor o una plusvalía que se debe a los dineros invertidos por el Estado.

Para establecer lo anterior, basta leer los siguientes párrafos del concepto:

"No podríamos decir que el lote en litigio está situado o localizado en un sector realmente urbano. Pero sí podemos afirmar, sin lugar a la más leve duda, que se encuentra en una zona hoy semirural, pero en potencia muy próxima a ser verdaderamente urbana. Así lo demuestran la cercanía al aeropuerto de Eldorado; a las ya construidas urbanizaciones denominadas Normandía, Santa Cecilia y otras; al propio barrio distrital de Fontibón; al lote escogido y determinado para la construcción del moderno Hotel Hilton; a la Urbanización de Las Granjas Judiciales; al Instituto de Física Nuclear; y en fin, a las grandes fábricas de drogas, etc., que actualmente se construyen en aquel sector". (Subraya la Sala).

Más adelante añaden que, aun cuando se trata de un polígono de contornos o lados irregulares, "pero de superficie plana, sin que tal topografía implique más tarde para fábrica de viviendas, costos excesivos por el movimiento de tierras, drenajes, etc. De consiguiente, tal terreno es apto para su objeto o destinación más aconsejable, como es la urbanización y construcción".

En estos apartes, fácilmente se pone de manifiesto el error de los expertos, primero, porque sientan las bases para computar, en el precio de la zona, el mayor valor adquirido por el inmueble gracias a la construcción de la autopista; y luego al considerar como urbanizable la zona incorporada en la calzada o en la vía, sin tener en cuenta que, por tal destinación, ha perdido su valor económico o de cambio como parte de un bien de uso público inenajenable; sin embargo, tales consideraciones son inobjetables y ciertas en cuanto se predica la calidad de urbanizables de las tierras aledañas, que en tal forma adquirieron una considerable plusvalía, gracias a la inversión del Estado, y aun cuando esta circunstancia no se haya reflejado todavía en las más recientes estimaciones catastrales del Distrito Especial de Bogotá.

Los peritos citan varias transacciones hechas con posterioridad a la iniciación de la obra o cuando menos, a la decisión de construir la autopista al aeropuerto Eldorado, que no pueden servir de punto de referencia, porque tales transacciones se efectuaron, precisamente en vista de que la obra convertiría una zona rural en urbanizable.

Por esto, pues, resulta del todo inaceptable el precio de diez pesos la vara cuadrada, porque ya considera como urbanizable la dicha zona, cuando el valor o precio de la parcela incorporada a la calzada o a la vía debe estimarse como simplemente rural, o sea, por el precio que tenía antes de que se ordenara la construcción de la avenida a Eldorado.

En la sentencia de fecha 2 de junio de 1960, inserta en el número 2225-2226 de la G. J., página 1176, se lee lo siguiente:

"En primer término, el valor de un inmueble, destinado a la construcción de una obra pública, debe estimarse en sí mismo, sin tener en cuenta la valorización ocasionada por la obra, pues constituye un elemento extraño o extrínseco al valor del mismo predio, valorizado o mejorado por la inversión de dineros públicos, ajenos al patrimonio del vendedor, a quien no le es lícito enriquecerse sin causa, menos todavía a expensas del erario público, formado por las contribuciones de todos los ciudadanos, con evidentísimo desconocimiento de las más elementales normas de justicia.

"Precisamente, para restablecer las exigencias de la justicia distributiva, siquiera parcialmente, se ha establecido el impuesto de valorización o de plusvalía, que afecta al resto del predio beneficiado; pero el propietario no tiene derecho alguno para exigir una prestación semejante del erario, respecto de la zona incorporada en la obra pública, porque, además de invertir los papeles, impondría al Estado la obligación de pagar, como precio, la propia inversión de los dineros públicos, hecha en la obra, causa determinante del mayor valor obtenido por los inmuebles aledaños, comprendidos dentro de la zona de influencia de la obra respectiva; en consecuencia, si el propietario se beneficia con la valorización del resto del inmueble, no puede suceder lo propio respecto de la zona destinada a la construcción de la obra pública, sin incurrir en una palmaria y manifiesta injusticia y en una petición de principio, considerando como propio lo que ha pasado a ser un bien de uso público, en virtud de que el aprovechamiento útil de la propiedad privada ha desaparecido, con el jus utendi, fruendi y abutendi.

"En conclusión, pues, no puede aceptarse el dictamen de los dos peritos, en virtud de haber incurrido en el grave error de incluir como precio de la zona, elementos extraños al patrimonio del actor, como son los dineros públicos invertidos en la construcción de la autopista".

b) Devaluación Monetaria. Los peritos, para la fijación de un mayor precio a la vara

cuadrada, hacen nuevos cálculos, comenzando por la devaluación del peso entre los años de 1956 y 1960, que estiman en 62.50%, y así avalúan la vara en $ 16.25, que luego fijan en $ 28.00 en consideración a que en tal año, las urbanizaciones Santa Cecilia y Normandía negociaron lotes a precios superiores; y en consecuencia, la zona ocupada por la calzada de la autopista la estiman en $ 2.036.494.32 en el dicho año de 1960.

Sin embargo, estos nuevos cálculos también resultan inaceptables, porque el precio debe fijarse en relación con un predio rural en el año de 1956, antes de que tuviese siquiera la calidad de urbanizable, que la obtuvo posteriormente gracias a la construcción de la vía, que fue la causa para que los predios aledaños y no destinados al uso público se valorizaran como terrenos aptos para la urbanización.

En cuanto a la desvalorización de la moneda, como el Estado adquirió la obligación de pagar la zona ocupada al precio vigente en el año de 1956, solamente deberá cancelar "la suma numérica" de aquella fecha, una vez que la moneda legal tiene un poder liberatorio ilimitado cualquiera que sea su poder adquisitivo entre una época y otra, como lo enseña el artículo 2224 del C. C.

c) Liquidación del Impuesto de Valorización. Finalmente, los peritos para contestar a las preguntas sobre valorización de las tierras aledañas como efecto de la construcción de la vía, en lugar de absolverlas según los cálculos ya hechos, la confunden con el impuesto de valorización, que después de largos razonamientos y cálculos lo fijan en $ 754.087.92 como gravamen a cargo de la sucesión demandante.

Si la zona ocupada por la autopista, es, según los cálculos de los mismos peritos, la quinta parte en relación con la totalidad de los predios de la parte actora, como aquella se ha estimado por ellos en la cantidad de $ 2.036.494.32, el valor total de los inmuebles resultará de multiplicar esta cantidad por cinco, o sea, $ 10.182.471.60 en el año de 1960, y si a la diferencia de estas dos cantidades ($ 10.182.471.60 — $ 2.036.494.32 = $ 8.145.977.28) le restamos el valor de los predios en 1956, antes de que el Gobierno ordenara la construcción de la vía y del aeropuerto, por ejemplo las 4/5 partes de la cantidad de $ 124.000.00 estimación catastral en el año de 1956 (boletín catastral G-98288, Fls. 15 C. Nº 4º del expediente), tendremos una diferencia de $ 8.046.777.28, que representaría la plusvalía o valorización o enriquecimiento obtenido por la parte actora como efecto de la obra ejecutada por el Gobierno, en cuanto atañe al resto del predio o predios de la sucesión que no han perdido su valor de cambio ni económico una vez que no se hallan fuera del comercio, como sucede con la parcela incorporada a la vía; por el contrario, como efecto de la apertura de ésta, se produjo una valorización económica al transformar predios rurales en urbanizables, creando así una demanda que antes no existía.

La plusvalía, o sea, la diferencia de valores asignados al predio o predios antes de la construcción de la obra, con el alcanzado después, es la materia imponible o base para la distribución del impuesto cuyo monto está formado por el costo de la obra y otras cantidades, como lo indican las leyes y decretos sobre esta materia (Leyes 25 de 1921; 51 de 1926; 107 de 1936; 88 de 1940; 1ª de 1943; 79 de 1946; Decretos reglamentarios 219 y 1702 de 1923; 1284 de 1925 y 438 de 1928).

El artículo 3º de la Ley 25 de 1921 estableció "el impuesto de valorización" con el fin exclusivo de "atender a los gastos que demanden dichas obras".

En el artículo 4º de la citada Ley establece el procedimiento para "la tasación de este impuesto"; y "la organización, percepción, manejo e inversión de la contribución a que se refieren los dos artículos anteriores, estarán a cargo de juntas especiales que para el efecto se nombrarán...", según palabras del Art. 4º, el cual, propiamente, se refiere a la liquidación y cobro del respectivo impuesto más tarde modificado por otras disposiciones legales según se trate de obras nacionales, departamentales o municipales.

Según se deduce de la alusión que acaba de hacerse de algunas de las disposiciones que regulan la contribución de valorización, el acto de aforo, liquidación y distribución es de carácter administrativo, que no corresponde cumplirlo o realizarlo a los peritos nombrados en un juicio ordinario de carácter civil, cuya finalidad se reduce a fijar el precio o valor de la indemnización que el Estado debe pagar al propietario por la zona ocupada, de acuerdo con el precio que haya tenido antes de la ejecución de la obra; de ahí, pues que los cálculos de los peritos para la fijación y aforo del posible impuesto de valorización que corresponderá a la parte actora resulta del todo impertinente e ineficaz, porque no es dable usurpar funciones que corresponden a otra rama del poder público, que en el caso de la autopista a Eldorado está reglamentado en el Decreto 0598 de 1956.

En la sentencia apelada por las partes, el Tribunal invocó el Art. 268 del C. C. A., en cuanto dispone que, al precio del inmueble ocupado, se le deduzca la suma que "los peritos hayan apreciado por concepto de valorización por el trabajo público realizado" y si no lo han hecho, "siempre se deducirá el veinte por ciento"; sin embargo, si tal disposición no estuviese comprendida en la sentencia de inexequibilidad de fecha 20 de junio de 1955, resulta inaplicable en este caso, porque el artículo citado parte de la base de que el predio valorizado no esté sujeto a la correspondiente contribución, porque si lo estuviera, como sucede en este caso, resultaría injusto hacerle dos deducciones, o bien sustituir el impuesto por el dicho veinte por ciento o por la cantidad estimada por los peritos prescindiendo de las normas legales y del procedimiento en ellas señalados para el aforo, liquidación y distribución de tal impuesto.

Por tanto, como no se ha fijado el precio de la zona ocupada por la autopista antes de la construcción de la avenida a Eldorado, o por lo menos a la fecha de la ocupación de hecho, no puede determinarse en este fallo la cantidad líquida que el Estado debe satisfacer a la parte actora; y de ahí que deba recurrirse al procedimiento previsto en el Art. 553 del C. J.

Con tal fin se tendrán en cuenta los siguientes factores:

a) El precio de la zona incorporada a la vía que conduce al aeropuerto Eldorado será el comercial que tuvo en la fecha de la ocupación, en la forma antes explicada.

b) Se tendrán como puntos de referencia los contratos celebrados sobre compraventa de lotes o parcelas aledañas a la zona de que se trata con antelación al mes de junio de 1956;

c) También se considerarán los avalúos catastrales coetáneos a la época a que alude el aparte anterior.

Si bien en esta sentencia no puede fijarse el monto del impuesto de valorización, como pretendieron hacerlo los peritos, ni determinarlo con fundamento en el Art. 268 del C. C. A., como lo hizo el Tribunal, no significa que la parte demandante quede exonerada de la obligación de satisfacer tal contribución, sino que se declarará sujeta a la compensación hasta la concurrencia del impuesto de valorización liquidado o que se liquide, según alegaciones hechas por los representantes de la Nación en este proceso.

Como en la segunda petición de la demanda se suplica el pago de los "frutos naturales y civiles percibidos" o los que se hubieran podido percibir sus propietarios, se ordenará pagar los intereses legales desde la fecha de la ocupación, sobre la cantidad que tuviese que pagar el Estado, por concepto de lucro cesante y en armonía con lo dispuesto por el Art. 1617 del C. C.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma y sustituye la sentencia apelada, así:

1º CONDENASE a la Nación a pagar a los herederos de Felipe Santiago García el valor de la zona incorporada a la autopista que conduce al aeropuerto Eldorado, con un área de cuatro hectáreas 6.584.44 metros cuadrados, ubicada en el Distrito Especial

de Bogotá y comprendida dentro de estas lindes:

"Norte, parte en extensión de trescientos cuarenta y cinco metros, cuarenta y cinco centímetros (345.45 mts.) con terrenos de 'La Selva' y 'El Estío' de propiedad de la sucesión demandante hasta llegar a terrenos que fueron de propiedad de Leopoldo Prieto y otros y en otra parte en extensión de noventa y ocho metros (98.00 mts.) hacia el occidente hasta llegar a terrenos de propiedad de la señora Dora Clement de Piedrahita, con terrenos de La Selva y El Estío de propiedad del demandante; sur, con propiedades de la sucesión demandante denominados 'La Selva', 'El Estío', y 'Las Mangas', en extensión aproximada de quinientos cuarenta y un metros ochenta centímetros (541,80 mts.); occidente, en extensión aproximada de cien metros (100 mts.) con la Autopista que conduce al Aeropuerto Internacional Eldorado construída en terrenos de propiedad de Pedro Reyes y N. Rodríguez; oriente, en extensión aproximada de cien metros (100 mts.) con la Autopista que conduce al Aeropuerto Internacional Eldorado construída sobre terrenos de Visitación y Samuel Suárez, globo de terreno de forma rectangular que está comprendido dentro de las letras y cifras 1 — 8 — A — B — C — D — 9 — 21 — 39 — 23 — 1 — del plano levantado por el ingeniero Paul Van cotten en junio de mil novecientos cincuenta y siete (1957), copia del cual se adjunta a la presente demanda".

2º El valor de la zona a que se refiere el aparte anterior se fijará previo el procedimiento señalado en el Art. 553 del C. J. teniendo en cuenta las bases fijadas en la parte motiva de esta sentencia.

3º Del valor así determinado se deducirá o compensará el impuesto de valorización que, como cantidad líquida, estuviese pendiente de pago a cargo de la sucesión demandante con ocasión de la construcción de la dicha vía.

4º Sobre el saldo que quedare a cargo del Estado, una vez efectuada la compensación, abonará con imputación al lucro cesante los intereses legales a partir de la fecha de la ocupación hasta el pago efectivo.

5º Esta sentencia, una vez inscrita en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados, servirá de título traslaticio de dominio en favor del Estado.

6º SE ABSUELVE a la Nación de las demás peticiones contenidas en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y, previas las cancelaciones de rigor, devuélvase al Tribunal de origen.

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

Jorge García M., Secretario.

HONORARIOS PERICIALES

Pruebas. — El juez debe atenerse a la verdad procesal. — Economía procesal.

1. En derecho, no obstante la confianza que el Juez tenga en la veracidad de las personas que litigan o que por cualquier motivo tengan interés en determinada declaración judicial, es menester probar con los medios que la ley señala los hechos en los cuales se funda cualquier pretensión. Ni la ciencia privada del juzgador, ni el conocimiento subjetivo que él tenga de las condiciones morales de las partes constituyen criterio de verdad judicial, sino que debe atenerse a la verdad procesal, esto es, a lo que resulte probado en los autos.

2. El principio de la economía procesal, fundamental en la conducción de la causa, y que el Juez no puede olvidar, no se refiere solamente a la economía de formas y de tiempo sino también a la del coste que para las partes representa que se les administre justicia. La justicia es un servicio público que el Estado está en el deber de procurar que se obtengan del modo más económico posible, ya que no es posible su absoluta gratuidad, pues de lo contrario se desvirtuarían sus finalidades y objetivos: la justicia no lo sería verdaderamente si la controversia judicial llegara a representar para las partes en litigio menoscabo patrimonial distinto del que pudiera provenir de los efectos mismos del fallo judicial. He ahí por qué tarifas profesionales que pueden ser tenidas en cuenta, por considerárselas equitativas, cuando por ellas se rigen relaciones convencionales de índole particular, no puedan ser tenidas como única pauta para la fijación de ciertas cuantías cuando no se trata de servicios contratados libremente por persona que los solicita, sino que se prestan como auxiliares de la administración de justicia. Cuando esto ocurre, los hechos en que se funda la pretensión respectiva deben ser acreditados, como ya se ha expresado, estableciendo la verdad de estos hechos.

3. El artículo 60 de la Ley 63 de 1936, fija un límite del dos y medio por mil del monto del avalúo, cuando de esto se trata, a los honorarios que pueden reconocerse a los peritos; norma que no puede echarse en el olvido cuando la base que pudiera servir para el señalamiento es tan cuantiosa como lo sería en el caso presente, pues la ley, atendiendo al principio de economía a que arriba se hizo referencia y a los fines que persigue la administración de justicia por ningún motivo autoriza la fijación de honorarios demasiado cuantiosos como los que resultarían si con base en un avalúo del monto del establecido en este juicio no se tuviera en cuenta lo prescrito en esa disposición.

Juicio ordinario de la **Beneficencia de Cundinamarca** contra la **Nación.** (Se fijan los honorarios de los peritos).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

(Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo).

En este juicio se decretó, en auto de cinco de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, la práctica de una inspección ocular con intervención de peritos, con el fin de identificar los terrenos objeto de la litis y los inmuebles que los ocupan, confrontar algunos planos entre sí y con las áreas territoriales respectivas, establecer los presupuestos de construcción de todas las obras proyectadas en aquellos terrenos, calcular

los beneficios o compensaciones que la parte actora hubiera podido derivar de la realización de tales obras, etc. La diligencia se verificó en los días veinticuatro y veintiséis de abril de mil novecientos sesenta y tres, y los peritos rindieron su dictamen el nueve de noviembre del mismo año en veintiún folios, en los cuales estudian pormenorizadamente todos los puntos técnicos a que se refieren las solicitudes formuladas por las partes. Al dictamen acompañaron numerosos anexos, consistentes en planos, informes y documentos oficiales, cuadros y cálculos matemáticos y fotografías tomadas por los mismos peritos.

Como el magistrado sustanciador estimase los honorarios de los aludidos peritos en más de doscientos pesos, dispuso hacer la correspondiente regulación mediante el procedimiento indicado en el artículo 395 del Código Judicial.

Recibido el incidente a pruebas, los peritos interesados presentaron, para que fuera tenida en cuenta como prueba, un "Proyecto de honorarios mínimos profesionales, aprobado por la Comisión X —Asuntos Profesionales—" de la Sociedad Colombiana de Ingenieros. La copia respectiva aparece en papel común, refrendada por el secretario ejecutivo de la mencionada corporación.

Con fundamento en este documento, los peritos ingenieros solicitan que se les señale en este caso un honorario de ochenta mil quinientos pesos para cada uno de ellos, así:

Por concepto del avalúo ....$	44.500.00
Por concepto de la consulta .	36.000.00
	80.500.00

Expresan, para justificar este cálculo, que durante más de seis meses hubieron de dedicar todo su tiempo y actividad al estudio de los complejos problemas que fueron sometidos a su dictamen, para lo cual hicieron repetidas visitas a los terrenos en litigio y ejecutaron mensuras topográficas y de las áreas de los edificios construídos o en construcción, y obtuvieron del Ministerio de Obras Públicas, de las Oficinas del Distrito de Bogotá y de los contratistas de las distintas obras proyectos y presupuestos relativos a la construcción del Centro Administrativo Nacional, habiendo realizado además sondeos tanto de los terrenos como de los edificios y dependencias. Asimismo se refieren a los prolijos estudios que hubieron de hacer para establecer el avalúo de tales terrenos y la valorización alcanzada por ellos en virtud de las obras realizadas, y a los cálculos matemáticos que para ello tuvieron que ejecutar; y terminan manifestando: "La prolija recopilación de documentos, la amplia ejecución de los dibujos, cuadros, diagramas, diseños, etc., nos impuso la necesidad de solicitar el concurso de dibujantes y topógrafos expertos, que trabajaron por más de cuatro meses en la elaboración de los anexos que tuvimos la oportunidad de incluir en nuestro informe".

En derecho, no obstante la confianza que el juez tenga en la veracidad de las personas que litigan o que por cualquier motivo tengan interés en determinada declaración judicial, es menester probar con los medios que la ley señala los hechos en los cuales se funda cualquier pretensión. Ni la ciencia privada del juzgador, ni el conocimiento subjetivo que él tenga de las condiciones morales de las partes constituyen criterio de verdad judicial, sino que debe atenerse a la verdad procesal, esto es, a lo que resulte probado en los autos. Se recuerda este principio, porque ninguna de las afirmaciones que hacen los peritos para justificar la cuantía de los honorarios que sugieren aparece establecida en el expediente, de suerte que la Corte carece de base probatoria para dar por acreditados los hechos que la justifiquen. Ni la cooperación de dibujantes y topógrafos, ni el costo de los trabajos y elementos de que los expertos hubieran menester para la elaboración y presentación del dictamen, ni la consagración de todo su tiempo durante seis meses a la labor que éste implicaba, etc., etc., fueron objeto de prueba en el incidente que por el procedimiento de articulación se tramitó precisamente con el fin de que tuvieran la oportunidad de comprobar tales hechos. Y en estas condiciones, como es obvio, al fallar el incidente la Sala se encuentra con que ca-

rece de apoyo probatorio para tener en cuenta los hechos invocados.

Se dirá, sin embargo, que al expediente se trajo la tarifa aprobada por la Sociedad Colombiana de Ingenieros para trabajos de la misma índole de los contenidos en el dictamen. Si; pero el principio de la economía procesal, fundamental en la conducción de la causa, por lo cual el juez no puede olvidarlo, no se refiere solamente a la economía de formas y de tiempo sino también a la del coste que para las partes representa que se les administre justicia. La justicia es un servicio público que el Estado está en el deber de procurar que se obtenga del modo más económico posible, ya que no es posible su absoluta gratuidad, pues de lo contrario se desvirtuarían sus finalidades y objetivos: la justicia no lo sería verdaderamente si la controversia judicial llegara a representar para las partes en litigio menoscabo patrimonial distinto del que pudiera provenir de los efectos mismos del fallo judicial. He ahí por qué tarifas profesionales que pueden ser tenidas en cuenta, por considerárselas equitativas, cuando por ellas se rigen relaciones convencionales de índole particular, no puedan ser tenidas como única pauta para la fijación de ciertas cuantías cuando no se trata de servicios contratados libremente por persona que los solicita, sino que se prestan como auxiliares de la administración de justicia. Cuando ésto ocurre, los hechos en que se funda la pretensión respectiva deben ser acreditados, como ya se ha expresado, estableciendo la verdad de estos hechos.

Las razones que se dejan expresadas son las que justifican la prescripción del artículo 60 de la Ley 63 de 1936, el cual fija un límite del dos y medio por mil de monto del avalúo, cuando de ésto se trata, a los honorarios que puedan reconocerse a los peritos; norma que no puede echarse en el olvido cuando la base que pudiera servir para el señalamiento es tan cuantiosa como lo sería en el caso presente, pues la ley, atendiendo al principio de economía a que arriba se hizo referencia y a los fines que persigue la administración de justicia por ningún motivo autoriza la fijación de honorarios demasiado cuantiosos como los que resultaría si con base en un avalúo del monto del establecido en este juicio no se tuviera en cuenta lo prescrito en esa disposición.

En el presente caso, debido al evidente mérito del trabajo realizado y presentado por los distinguidos ingenieros que han actuado como peritos, y habida consideración de la falta de pruebas que establezcan con precisión el valor de los honorarios que debe reconocerse a los peritos, se estima que ellos no deben ser inferiores, pero tampoco superiores a la cantidad de quince mil pesos, suma que deben pagar por iguales partes la institución demandante y la demandada pues que la prueba fue solicitada por ambas.

En consecuencia, se señala a cada uno de los peritos que dieron dictamen en este negocio quince mil pesos ($ 15.000.00) moneda corriente, por concepto de honorarios, suma que pagarán por iguales partes la parte demandante y la demandada.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García Merlano, Secretario.

DEMANDA

La presentación del poder ante funcionario que no es el que la ley indica, da lugar a suspender la aceptación de la demanda mas no a su inadmisión ad limine.

Teniendo la presentación personal ante cierto funcionario la finalidad de establecer la identidad del otorgante, y estando ella acreditada mediante la presentación personal que el demandante hizo ante la Corte del memorial en que ratifica el poder; y no habiendo duda alguna sobre que la parte que pudiera invocar su mala representación, no solamente consiente que quien figura como su apoderado judicial la represente sino que expresamente ratifica el mandato que ha comenzado a ejercer, no sería dable rehusar el reconocimiento de su personería o desconocerle validez a su actuación anterior, en vista de lo preceptuado en los ordinales 3º y 4º del citado artículo 450. No se trata en este caso de la revocación oficiosa de una providencia ejecutoriada, como equivocadamente lo supone el recurrente, sino reconocerle a tales disposiciones el obvio efecto jurídico que les asignó el legislador.

Parece oportuno, por otra parte, recordar lo que en auto de catorce de abril de mil novecientos sesenta y uno, sentó esta Sala respecto de la inadmisibilidad de demanda (G.J. XCV. 731 ss.).

En el caso presente, no se trata, como claramente se nota por los antecedentes referidos, de una omisión que afecte una condición intrínseca o elemento fundamental de la acción, sino de una deficiencia de carácter estrictamente formal, cual es la que resulta de la presentación de un poder ante funcionario que no es el que la ley indica, que da lugar a suspender la aceptación de la demanda mas no a su inadmisión ad-limine; mayormente cuando el requisito omitido es subsanable conforme a las prescripciones del artículo 450 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, nueve de abril de mil novecientos sesenta y cinco.

(Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo).

Invocando la calidad de apoderado judicial del señor Lisandro Leyva Pereira, el abogado Eduardo Leyva Venegas provocó, contra la Nación, juicio ordinario de única instancia sobre propiedad privada de hidrocarburos, y para legitimar su actuación acompañó a su demanda un memorial-poder presentado ante el secretario del juzgado municipal de Bogotá por el señor Leyva Pereira en el cual éste le confiere su personería. Pero la Sala se abstuvo de reconocérsela, y consiguientemente de aceptar la demanda, por los siguientes motivos que se expresan en la providencia correspondiente.

"Por mandato del artículo 256 del mencionado código (el judicial), tal presentación debe hacerse como lo dispone la regla primeramente citada (el artículo 223 de la misma obra), o sea personalmente ante quien se dirige el memorial o ante un juez de la residencia del que la hace. De modo que el poder otorgado por el señor Lisandro Leyva Pereira al citado abogado ha debido ser presentado directamente en la secretaría de la Sala de Negocios Generales de la Corte o a un juez de la residencia del demandante. Pero ocurre que en el expediente se desconoce por completo la vecindad o residencia del actor, ya que ni en el poder ni

en la demanda misma se habla de tal circunstancia, y de otra parte, el memorial fue presentado ante el secretario del Juzgado 5º Municipal de Bogotá contrariando así los requisitos establecidos en los artículos arriba citados".

Varios meses más tarde el demandante Leyva Pereira, en memorial presentado personalmente por él en la secretaría de la Sala, manifiesta:

"Quiero por medio del presente ratificar de manera expresa el poder que conferí al doctor Eduardo Leyva Venegas, por medio de memorial que obra en el expediente que cursa en la secretaría sobre propiedad del subsuelo de las fincas denominadas 'El Cerrito', 'Santa Helena' y 'El Retazo', de mi propiedad, y las facultades que en él otorgo al mismo Leyva Venegas".

Por razón de esta declaración del demandante, la Sala, en providencia de la cual ahora solicita reposición el señor procurador delegado en lo civil, admitió la demanda y reconoció la personería del abogado Leyva Venegas para obrar en representación del señor Leyva Pereira.

El señor Procurador funda el recurso en que hallándose ejecutoriado el auto de inadmisión de la demanda, no puede ya ser revocado ni a petición de parte ni oficiosamente, y en que la ratificación del poder, hecha por el señor Lisandro Leyva Pereira, carece de virtualidad para sanear la viciada actuación anterior. Agrega que la demanda es inadmisible porque carece de los requisitos legales.

Conforme al artículo 450 del Código Judicial la actuación procesal adelantada con un poder insuficiente o no conferido en legal forma queda saneada cuando la parte mal representada ratifica lo actuado o de los autos resulta claramente que consiente en que la persona que figura como apoderado representa sus derechos aunque carezca de poder.

Teniendo la presentación personal ante cierto funcionario la finalidad de establecer la identidad del otorgante, y estando ella acreditada mediante la presentación personal que el demandante hizo ante la Corte del memorial en que ratifica el poder; y no habiendo duda alguna sobre que la parte que pudiera invocar su mala representación, no solamente consiente que quien figura como su apoderado judicial la represente sino que expresamente ratifica el mandato que ha comenzado a ejercer, no sería dable rehusar el reconocimiento de su personería o desconocerle validez a su actuación anterior, en vista de lo preceptuado en los ordinales 3º y 4º del citado artículo 450. No se trata en este caso de la revocación oficiosa de una providencia ejecutoriada, como equivocadamente lo supone el recurrente, sino reconocerle a tales disposiciones el obvio efecto jurídico que les asignó el legislador.

Parece oportuno, por otra parte, recordar lo que en auto de catorce de abril de mil novecientos sesenta y uno sentó esta Sala respecto de la inadmisibilidad de demanda. Dijo así en esa providencia:

"Expresa el artículo 738 del Código Judicial que 'si la demanda no contiene las designaciones a que se refiere el artículo (737), o se halla oscuridad en lo que se pide, el juez se abstiene de darle curso mientras no sea corregida o aclarada, expresando en el auto los defectos de que ella adolece'. El 737 dice, por su parte, que 'la demanda en juicio ordinario, fuera de las indicaciones que, en general, ordena el artículo 205, debe enunciar con claridad y precisión las peticiones que se hacen y expresar los hechos en que ellas se apoyan, debidamente clasificados y enumerados'. El 205 dispone, a su turno, que toda demanda debe contener la designación del juez a quien se dirige, el nombre de las partes y el de sus representantes, su vecindad o residencia, lo que se demanda, los hechos en que se apoya la respectiva pretensión y los fundamentos de derecho de la misma. El artículo 208 permite por último, aclarar, corregir, enmendar, e incluso variar la demanda mientras no se

haya notificado el auto que abre la causa a prueba o hasta la notificación del auto de citación para sentencia cuando no hay recepción a pruebas.

"Considerando la relación existente entre las anteriores disposiciones, se observa que en ellas se prevén ciertos motivos o presupuestos de suspensión de la admisibilidad de la demanda —omisión de las designaciones indicadas en los artículos 205 y 737 y oscuridad (que es mera falta de diafanidad o transparencia) en lo que se pide— cuya existencia en el libelo autoriza la abstención de darle curso hasta tanto no se satisfagan los requisitos omitidos o se aclare el petitum; de modo que si el defecto que impide tramitarla no es su oscuridad o la omisión de una de las formalidades aludidas, sino que se refiere a los elementos mismos de la acción, entonces ese defecto no constituye ya solamente un presupuesto de suspensión de admisibilidad, sino de inadmisibilidad pura y simple, que da lugar a la repulsa ad-limine, y al replanteamiento de la acción en caso de que el actor insista en su pretensión; replanteamiento que, como es obvio, no constituye una simple corrección ni aclaración, pues que nada hay que aclarar o corregir, sino un nuevo planteamiento del litigio, esto es, una nueva demanda. En otras palabras, la aclaración o corrección que autoriza el artículo 738 es de simple forma, pues que la oscuridad a que él se refiere y las omisiones que permite subsanar son de ese carácter, lo que excluye que la aclaración o corrección puedan comprender el cambio o modificación de cualquiera de los elementos de la acción, pues ello implica un nuevo planteamiento que rebasa la enmienda de errores o deficiencias de carácter meramente formal.

Son tres en suma las oportunidades en que puede haber lugar a corrección o enmienda de la demanda; 1º cuando, por virtud de lo dispuesto en el artículo 738 del Código Judicial, el juez la ordena de oficio, suspendiendo la admisión mientras no se aclare la petición oscura o se satisfaga una exigencia de orden estrictamente formal. En este caso la corrección, por su naturaleza, no implica una alteración de la demanda, y ésta se entiende presentada en su fecha y no en la de la corrección. 2ª, cuando, una vez presentada la demanda pero antes de su admisión, se le introducen modificaciones que alteran sus elementos constitutivos, en cuyo caso hay transformación o cambio de demanda, por lo cual la fecha de la presentación no puede ser sino la de la corrección o enmienda. Como es obvio, el actor tiene facultad de disponer libremente de su acción antes de haberse trabado la relación jurídica procesal, pero cuando obra así formula una nueva demanda que se entiende presentada en la fecha en que lo sea la reforma. 3ª cuando, aceptada la demanda y surtido el correspondiente traslado, se le introducen modificaciones que pueden no ser de simple forma, pero sí han de estar de acuerdo con la naturaleza de la acción incoada, en cuyo caso puede llegarse a alteraciones en los elementos de la acción, aunque no sustanciales, pues como lo ha expresado un procesalista, 'de acuerdo con la técnica procesal se cambia la acción cuando se sustituye cualquiera de sus elementos: personas, petitum y causa petendi. Y como el derecho del actor a la corrección no va hasta poder variar la acción, se puede de ello deducir que no le es dable sustituir la persona del demandado, ni el objeto de la acción, ni la causa jurídica en que ésta se basa, porque estas modificaciones equivadrían a un cambio sustancial de la acción'. Fuera de las correcciones simplemente formales que autoriza el artículo 738, tanto antes como después de admitida la demanda se la puede reformar, por tanto, con toda amplitud en la primera oportunidad, con restricciones en la segunda, pero en todo caso dentro del término que la ley haya señalado para la presentación de la demanda —como ocurre con el juicio sobre propiedad privada del petróleo—, pues así lo exigen el replanteamiento de la acción, en la primera oportunidad, y en ambas el efecto preclusivo de los plazos judiciales". (G.J. XCV, 731 ss.).

En el caso presente no se trata, como claramente se nota por los antecedentes referidos, de una omisión que afecte una condición intrínseca o elemento fundamental de la acción, sino de una deficiencia de ca-

rácter estrictamente formal, cual es la que resulta de la presentación de un poder ante funcionario que no es el que la ley indica, que da lugar a suspender la aceptación de la demanda mas no a su inadmisión **ad-limine**; mayormente cuando el requisito omitido es subsanable conforme a las prescripciones del artículo 450 del Código Judicial.

Por los motivos expuestos, no se repone la providencia que es objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, e insértese en la Gaceta Judicial.

Carlos Peláez Trujillo.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE PROPIEDAD PRIVADA DE HIDROCARBUROS

Sus condiciones axiológicas. — Formación del consentimiento cuando interviene un complejo de operaciones sucesivas.

1. La cuestión de la propiedad privada de hidrocarburos frente al Estado, supone, para su solución favorable a las pretensiones de la demanda, según reiterada doctrina de esta Sala, que aparezcan suficientemente probados los siguientes extremos de la acción: 1) Que los respectivos yacimientos salieron del patrimonio público en virtud de un título jurídico o modo de adquirir el dominio, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha en que entró en vigencia el Código Fiscal que lo reservó para el Estado; 2) Que habiendo salido del patrimonio nacional en la forma indicada, no han vuelto a él por nulidad, caducidad, resolución de la adjudicación o cesión, o por cualquiera otra causa; 3) Que el predio donde se encuentran o se supone que existen es el mismo singularizado en la demanda; 4) Que ese predio es asimismo el que fue objeto de enajenación por el Estado o forma parte de él, total o parcialmente; 5) Que este último inmueble corresponde a una realidad geográfica y topográfica, esto es, que es identificable sobre el terreno: 6) Que las áreas territoriales a que se viene haciendo referencia se hallan comprendidas total o parcialmente dentro del perímetro de la propuesta de contrato, o sea, que el área de esta propuesta se superpone total o parcialmente a ella; 7) Que el demandante es el propietario actual del inmueble.

Este supuesto fáctico, que claramente se infiere de la naturaleza de la acción y de las normas que en el Código de Petróleos reglamenta su ejercicio, obliga al demandante a demostrar, con medios idóneos: a) La salida del inmueble del dominio de la Nación antes del 28 de octubre de 1873; b) La realidad geográfica y topográfica de los terrenos donde se ubican los hidrocarburos, y en general, de los que fueron objeto de enajenación o cesión por parte del Estado, para establecer, mediante su identificación, que la descripción que de ellos se hace en el libelo y en los títulos corresponde a aquella realidad; c) La superposición del área de la propuesta a la del predio respecto de cuyos petróleos subyacentes se solicita la declaración de propiedad particular; y de la propiedad actual del demandante sobre el inmueble.

2. Cuando el reglamento que rige a la convención exige la autorización previa o la aprobación posterior, dadas por una autoridad superior, para que pueda producir el efecto que se pretende, el acto que carece del requisito previsto no puede tener las consecuencias jurídicas que de él se esperan, pues se entiende que dada la estructura orgánica de las entidades o instituciones públicas, y en consideración a los fines que ellas persiguen y al motivo determinante de la actividad administrativa, que es el interés público, la voluntad contractual no se forma por un acto simple, sino de manera compleja, mediante un proceso de operaciones sucesivas encaminadas a asegurarse de que el acto que mueve la actividad del servicio responde a las necesidades o conveniencias de éste. El consentimiento no se forma sino mediante un proceso de integración que se consuma con el cumplimiento de todas las formalidades exigidas en la ley.

3. Cualquiera que sea la solución que técnicamente pueda darse al problema que fre-

cuentemente plantean los alindamientos imperfectos o perímetros abiertos, no podría ser admisible en este caso en que de esa solución, que desde luego descansaría en consideraciones más o menos hipotéticas, resultaría la localización de un inmueble dentro o fuera de determinado perímetro sin que pueda afirmarse que tal hubiera sido la realidad geográfica que se tuvo en cuenta en el momento de hacer la adjudicación correspondiente. Soluciones de esa naturaleza, útiles obviamente cuando se trata de deslindar terrenos, no pueden ser aplicadas sin embargo cuando lo que se discute es precisamente si cierta extensión superficiaria se halla o no comprendida dentro de otra para por ese hecho llegar al conocimiento de quién es el propietario. Como reiteradamente lo ha expuesto la Corte, una de las condiciones axiológicas de la acción de propiedad privada de hidrocarburos es que los distintos globos sean determinados y determinables sobre el terreno.

Juicios Ordinarios Acumulados (de petróleos) de **Luis Eduardo Roca Castellanos** y otros contra la **Nación.**

Se absuelve a la Nación

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintidós (22) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

(Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo).

En virtud de haber sido declaradas infundadas por la Corte, en juicios breves y sumarios, las oposiciones hechas por los condueños de los predios denominados "Río del Pescado", "Torcoroma o La Raya" y "Torcoroma Grande o Minas de San José" a las propuestas de contrato para la exploración y explotación de petróleos formuladas ante el ministerio del ramo por la Compañía de Petróleos Tolima y Miguel Samper, hoy Compañía de Petróleos Atlántico S. A., distinguidas con los números 143 y 144, los señores Luis Eduardo Roca Castellanos y Manuel Roca Castellanos, primero; Luis Eduardo Roca Castellanos y María Roca de Brokate, más tarde; y, finalmente, José Manuel Luna Rincón, José de Jesús Prada y Paulina Rosa Merlano Luna, incoaron, por medio de apoderado, tres juicios ordinarios contra la Nación, sobre oposición a las citadas propuestas de contrato y de propiedad particular o privada de los hidrocarburos que existan o puedan existir en predios en los cuales se dicen condóminos, mediante demandas que contienen las siguientes solicitudes:

1) La de Luis Eduardo y Manuel Roca Castellanos:

"Que la comunidad dueña de los terrenos denominados Río del Pescado, situados en jurisdicción del distrito de Río del Oro (Departamento del Magdalena), comprendidos dentro de los linderos que se dejaron determinados en el hecho tercero de esta demanda, es igualmente propietaria privada del petróleo y demás hidrocarburos y substancias similares que puedan hallarse en su subsuelo, por haber salido legítimamente dicho predio del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y no haber vuelto al dominio del Estado por ninguno de los medios previstos en las leyes".

Son hechos en los cuales se funda la pretensión transcrita, los que a continuación se expresan:

"Primero. El Ministerio de Minas y Petróleos admitió, por resolución expedida el 12 de junio de 1944 la propuesta de contrato, registrada bajo el número 144, sobre exploración y explotación de los petróleos que se encontraran en el subsuelo de un globo de terreno de 49.874 hectáreas y 3.624 metros cuadrados de extensión, ubicado en los municipios de Aguachica y Río de Oro, en el Departamento del Magdalena, y posiblemente en el distrito de Abrego (Departamento de Norte de Santander), encerrado dentro de los linderos que se relacionaron en dicha propuesta, y los cuales aparecen publicados en el Diario Oficial Nº 25616, correspondiente al 12 de agosto de 1944, y reproducidos en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 20 de mayo de 1950.

"Segundo. Esta propuesta fue presentada inicialmente por el señor Miguel Samper y luego traspasada a la Compañía de Petróleos Atlántico S. A., y a ella hicieron oposición en la oportunidad legal los señores Carlos Daniel, Joaquín y Manuel Roca Niz, María Roca de Brokate, Magdalena Roca de Jácome Niz y Federico Brokate Roca, en su carácter de condueños de los terrenos conocidos con el nombre de Río del Pescado, por considerar que se superponen en parte al área de la concesión solicitada, y cuyo subsuelo petrolífero igualmente pertenece a la Comunidad en cuyo nombre presentaron la oposición mencionada y los cuales salieron del dominio del Estado desde la época de la Colonia Española y no han vuelto a él ni entonces ni bajo la República.

"Tercero. En el memorial de la oposición referida se describe el terreno Río del Pescado, reclamado como de propiedad particular, expresándose que se halla situado en el municipio de Río de Oro, Departamento del Magdalena y encerrado dentro de los siguientes linderos: 'Desde el paso real de la quebrada de Las Guaduas, por el antiguo camino de San Vicente, aguas arriba por dicha quebrada hasta ponerse en frente de una posesión de Germán Salazar, hacia el Norte; de este punto en línea recta al Oriente, hasta encontrar la quebrada de San Andrés, llamada también de San Alberto o Espíritu Santo, aguas abajo hasta su desembocadura en el Río Lebrija, siguiendo éste aguas abajo hasta la desembocadura o confluencia de la quebrada de La Raya en dicho río; tomando éste aguas arriba hasta el punto de La Barqueta o Astillero; de aquí se toma en línea recta hasta encontrar con terrenos del señor Manuel María Ujueta, y siguiendo la misma dirección hasta encontrar la quebrada de Tisquirama; siguiendo ésta aguas arriba hasta encontrar el lindero que tiene en su escritura el señor Felipe Quintero Navarro, y de éste punto línea recta hasta encontrar el paso real, camino de San Vicente, de la quebrada de Las Guaduas primer lindero".

"Cuarto. En el memorial de oposición se indica que el terreno descrito por sus linderos en el hecho anterior se encuentra comprendido dentro de otro con mayor extensión, delimitado así: 'Por el Río del Pescado, desde donde se junta dicho río con el de Cachirí, siguiendo para el Occidente hasta juntarse con el río llamado Lebrija; siguiendo éste para el mismo Occidente hasta encontrar el Río Magdalena; de éste punto siguiendo río abajo para el Norte hasta ponerse frente del Cerro Pelado, que está hacia el Oriente; de éste punto siguiendo para dicho Oriente por sobre el citado Cerro Pelado y línea divisoria de las antiguas provincias de Ocaña y Pamplona, hasta la cabecera de la quebrada de San Pablo y las jurisdicciones; de éste punto siguiendo toda la quebrada dicha de San Pablo para el Sur, hasta entrar al citado Río del Pescado; de éste abajo a su primer lindero, juntas de éste río con el de Cachirí, lindando quebrada de San Pablo por medio con terrenos que fueron de Luciano Jaime, y Río del Pescado por medio con terrenos de José María Valenzuela'.

"Quinto. Por sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia (Sala de Negocios Generales), de fecha 20 de mayo de 1930, la cual quedó ejecutoriada el día 16 de junio del mismo año, se declaró infundada la oposición a la indicada propuesta número 144.

"Sexto. Por resolución del Ministerio de Minas y Petróleos, de fecha 4 de febrero de 1944, fue admitida la propuesta, registrada bajo el Nº 143, formulada por la Compañía Colombiana de Petróleos Tolima, referente a un contrato de exploración y explotación de los petróleos que se encontraran en un lote de terreno de 49.799 hectáreas y 2.118 metros cuadrados de extensión, ubicado en los municipios de Aguachica y Río de Oro, del Departamento del Magdalena, y alinderado en la forma que aparece en dicha propuesta y en el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia el 8 de marzo de 1951.

"Séptimo. Dentro del término oportuno presentaron oposición a esta propuesta de contrato, entre otros, mi mandante Luis E. Roca Castellanos, Manuel y Joaquín Roca Niz y María Roca de Brokate, a nombre de la Comunidad propietaria de los terrenos Río del Pescado y de los petróleos que en él puedan hallarse, y en el escrito de oposición

expresaron que la ubicación y linderos de dicho lote son los mismos que se dejan relacionados en el hecho tercero de esta demanda.

"Octavo. Surtido el juicio breve y sumario correspondiente, la Corte Suprema de Justicia declaró infundada la oposición de que se habla, por medio de la sentencia de 8 de marzo de 1951.

"Noveno. Los terrenos descritos en el hecho Tercero pertenecen en parte a los demandantes, pro indiviso con otras personas, por habérseles adjudicado los respectivos derechos en común con los demás herederos del señor Luis Felipe Roca Niz, en el juicio de sucesión de éste, según aparece de la escritura pública número 182 extendida el 5 de diciembre de 1930 en la Notaría Primera de Ocaña, y en las cuotas en este instrumento señaladas.

"Décimo. El señor Luis Felipe Roca Niz había adquirido sus derechos en la referida propiedad por venta hecha al mismo y a otras personas por Manuel Roca Niz, según consta del instrumento público número 81, de 12 de febrero de 1926, otorgado ante el Notario Público de Ocaña; a su vez el señor Manuel Roca Niz había adquirido tales derechos por compra a Guillermo Roca & Compañía, de acuerdo con la escritura pública número 80 otorgada en la Notaría de Ocaña el 11 de febrero de 1926; la sociedad vendedora los adquirió de Federico Brokate, de acuerdo con la escritura 684 de 25 de abril de 1921, extendida ante el Notario Segundo de Barranquilla, y de Julio R. Jácome Niz, de conformidad con la escritura número 79 de 11 de febrero de 1926, de la Notaría de Ocaña; el señor Brokate hubo tal propiedad por venta que le hicieron Luis Felipe Roca Niz y otras personas, conforme resulta de la escritura número 386 de 9 de marzo de 1921 extendida en la misma Notaría de Barranquilla, y el señor Jácome Niz los obtuvo por partición de los bienes de su legítima esposa señora Sara Roca Niz, según la hijuela a que se refiere la escritura número 174 de 7 de abril de 1923, de la Notaría de Ocaña; y, finalmente, el señor Luis Felipe Roca Niz había adquirido los derechos que transmitió a mis mandantes, por adjudicación que se le hizo en el sucesorio de Manuel Roca Rincón, protocolizado por medio de la escritura pública número 294, de 17 de julio de 1914, otorgada en la Notaría de Ocaña.

"Undécimo. El lote que se dejó descrito, según el alinderamiento que aparece en los hechos Tercero y Cuarto de este libelo hace parte de un terreno que por mayor extensión fue concedido mediante mercedes otorgadas en la época colonial, por el Soberano Español al Gobernador Don Juan Marrufo y Negrón, Don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Joseph Naranjo y Cristóbal Vallejo, como está plenamente acreditado con la copia auténtica de los documentos originarios que se llevarán al juicio en la oportunidad legal.

"Duodécimo. Los terrenos objeto de las mercedes reales ya mencionadas, cubren la superficie del lote descrito en el hecho Tercero de esta demanda, y éste es, por consiguiente, lo mismo que su subsuelo y los petróleos en él contenidos, de propiedad privada de la Comunidad formada por mis mandantes y otras personas, ya que habiendo salido legalmente del patrimonio del Estado en época anterior al 28 de octubre de 1873 no han vuelto a dicho patrimonio.

"Décimotercero. El globo de tierra comprendido en dichas mercedes, y de cuya extensión superficiaria hace parte el lote Río del Pescado fueron objeto de sucesivas transferencias de dominio durante la época Colonial y los primeros tiempos de la República hasta cuando el señor Juan de D. Vargas Parra adquirió los derechos de dueño del mismo por compra a los herederos de Antonio José Rincón y Antonia Moreno, según aparece de las escrituras extendidas a su favor por Evangelista Rincón, Fermín Rincón y Timoteo Rincón, de fechas 30 de enero de 1840, 3 de abril de 1843, extendidas en la Villa de Barichara, y 9 de febrero de 1853 otorgada en Bucaramanga.

"Décimocuarto. El adquirente, señor Juan de Dios Vargas Parra transfirió sus derechos al señor Samuel Gómez por medio de la escritura pública número 168, de 14 de abril de 1873 otorgada en la Notaría de Bu-

caramanga, por los linderos relacionados en el hecho Cuarto de esta demanda.

"Décimoquinto. A su vez el señor Samuel Gómez transfirió a Manuel Márquez, una parte de sus derechos en el mencionado terreno, según resulta de la escritura pública número 203 de fecha 9 de octubre de 1877, extendida en la Notaría de Girón, porción comprendida dentro de los mismos linderos que aparecen determinados en el hecho Tercero de esta demanda.

"Décimosexto. El señor Manuel Márquez dio en venta la mitad de los terrenos de que se trata a los señores Manuel Roca Rincón y Natividad Posada R., de acuerdo con los términos de la escritura pública 583, del 16 de septiembre de 1893, extendida en la Notaría de Ocaña.

"Decimoséptimo. Por medio de la escritura pública número 372, de fecha 24 de mayo de 1920, otorgada ante el Notario Público de Ocaña, los herederos en la cuota del señor Manuel Roca Rincón, de una parte, y Ulpiano A. de Valenzuela, Carlos de Valenzuela y Elvira de Valenzuela de Germán Ribón, fijaron la línea divisoria de los terrenos de "Río del Pescado", o sean los descritos en el hecho Tercero de esta demanda.

"Décimoctavo. Los comuneros, actualmente propietarios del globo de terreno tantas veces mencionado, lo mismo que sus antecesores —desde los primeros en el dominio del predio— han tenido una posesión quieta, pacífica y continua en el mismo, y han realizado actos permanentes de explotación económica por un lapso de tiempo muy superior al necesario para adquirirlo por prescripción".

2. La de Luis Eduardo Roca Castellanos y María Roca de Brokate:

"Que las comunidades dueñas de los terrenos denominados "Torcoroma Grande o Minas de San José", "Río del Pescado" y "Torcoroma y La Raya", todos tres ubicados en el Municipio de Río de Oro, Departamento del Magdalena, e individualizados por los linderos que expresan los hechos 5º, 15 y 17 de esta demanda, son igualmente propietarios privados del petróleo y demás hidrocarburos y substancias similares que puedan encontrarse en su subsuelo, por haber salido legítimamente los referidos predios del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y no haber vuelto al dominio del Estado por ninguno de los medios previstos en las leyes sobre la materia".

Los demandantes apoyan sus pretensiones en los hechos que a continuación se transcriben:

"1º El cuatro (4) de febrero de 1944 expidió el Ministerio de Minas y Petróleos la resolución por medio de la cual decidió admitir la propuesta registrada en ese Despacho bajo el número 143, formulada por la "Compañía Colombiana de Petróleos Tolima", sociedad anónima del domicilio de Bogotá, referente a un contrato de exploración y explotación de los petróleos que se encontraran en un globo de terreno de cuarenta y nueve mil ciento noventa y nueve (49.199) hectáreas y dos mil ciento diez y ocho (2.118) metros cuadrados de extensión, ubicado en jurisdicción de los municipios de Aguachica y Río de Oro, en el Departamento del Magdalena, y alindado conforme aparece de dicha propuesta, del Diario Oficial número 25483, de fecha 29 de febrero de 1944 y de la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia proferida el 8 de marzo de 1951;

"2º En la oportunidad legal hicieron oposición a la referida propuesta de contrato, entre otras personas, mis mandantes María Roca de Brokate y Luis Eduardo Roca Castellanos, en su carácter de comuneros de los predios denominados "Río del Pescado", "Torcoroma y La Raya" y "Torcoroma Grande" (llamado también "Minas de San José") por estimar que se superponen en parte al área de los terrenos descritos en la indicada propuesta número 143;

"3º Definido el juicio breve y sumario correspondiente, la H. Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala de Negocios Generales, declaró infundada la referida oposición, mediante sentencia que lleva fecha

ocho (8) de marzo de mil novecientos cincuenta y uno (1951);

"4º Los terrenos "Río del Pescado", "Torcoroma y La Raya" y "Torcoroma Grande" o "Minas de San José", situados en el municipio de Río de Oro, Departamento del Magdalena, son de propiedad privada de las comunidades formadas por mis mandantes y otras personas por razón de la indivisión de estos predios e igualmente son de su propiedad privada los petróleos, hidrocarburos y sustancias similares que puedan encontrarse en el subsuelo de los mismos por haber salido dichos terrenos del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y no haber vuelto, a ningún título, al patrimonio nacional, como en seguida se verá.

" 'Torcoroma Grande' o Minas de San José'

"5º El señor José Dolores Rincón adquirió por remate verificado el 16 de marzo de 1851 los terrenos denominados 'Torcoroma Grande', conforme aparece de la escritura pública extendida en Ocaña el 22 de mayo del mismo año, la cual recoge los antecedentes de la diligencia de remate, pago de derechos, etc.; y el 26 de octubre de 1851, el señor Gobernador de la Provincia de Ocaña extendió al adjudicatario el respectivo título por medio del cual éste quedó en posesión de dichos terrenos por los linderos que los referidos documentos expresan, y que son los siguientes: 'Desde las ajuntas de la quebrada de 'Bonilla' donde desemboca en la quebrada de Torcoroma, aguas abajo hasta llegar a un pozo de la dicha quebrada de Torcoroma, que llaman de 'Bocachico' y de aquí girando el cuerpo a la izquierda y marchando rectamente teniendo al mismo lado la serranía o la cordillera que desde allí se advierte, hasta llegar a la quebrada que denominan del Bagre, en el lugar donde desemboca la quebradita o caño que llaman de las minas de 'San José', continuando en la misma dirección de frente pasando por la quebrada llamada 'La Colorada' en línea recta hasta llegar a la quebrada llamada de 'San Pablo' aguas arriba de éste hasta llegar al mismo pie de la serranía alta o cordillera de 'Cerro Pelado', y de aquí volviendo el cuerpo a la izquierda y marchando de frente rectamente por todo el pie de dicha serranía grande atravesando las mencionadas quebradas y chorros por sus cabeceras correspondientes, inclusa la quebrada que llaman de 'La Candelaria' que desemboca en la de Torcoroma, hasta llegar a las precitadas ajuntas de Bonilla, primer lindero';

"6º Por escritura pública de 31 de agosto de 1852, otorgada en Ocaña, el adquirente José Dolores declaró que el remate de las tierras en referencia lo había hecho en compañía con el señor Juan C. Pacheco y que, por consiguiente, correspondía a éste la mitad de aquel inmueble; y más tarde, por instrumento público número 134, extendido el 10 de abril de 1929 ante el Notario 2º del Circuito de Ocaña, los causahabientes de José Dolores Rincón ratificaron el contenido de las anteriores declaraciones;

"7º El 20 de abril de 1854, mediante la escritura pública número 32, otorgada en la Notaría de Ocaña, se protocolizó el juicio de sucesión de José Dolores Rincón, y a sus herederos legítimos —entre ellos a su legítimo hijo José S. Rincón— se le adjudicó la mitad del lote "Torcoroma Grande"; y después, por medio de la escritura pública número 717, de fecha 31 de diciembre, también de la Notaría de Ocaña, se hizo la protocolización de varias sucesiones acumuladas y de los inventarios adicionales en el sucesorio de José Dolores Rincón. Aparece de este último instrumento la adjudicación hecha a favor del señor Manuel Roca Rincón —representado por sus herederos— en su carácter de cesionario de los derechos de José S. Rincón en los terrenos de "Torcoroma Grande", de acuerdo con la escritura pública número 326, otorgada en Ocaña el 31 de junio de 1891;

"8º La hijuela correspondiente al señor Manuel Roca Rincón, en su carácter dicho de cesionario de José S. Rincón, aparece extendida a favor de sus hijos legítimos María Roca de Brokate, mi mandante en este juicio, y de sus hermanos Magdalena, Manuel y Luis Felipe Roca Niz (este último padre de mi poderdante Luis Eduardo Roca Castellanos) y por medio de ella se les ad-

judicó la cuota de su causante Manuel Roca Rincón en el condominio de las expresadas tierras de "Torcoroma Grande" por los mismos linderos señalados en el título originario y en el hecho 5º de esta demanda;

"9º En el juicio de sucesión de don Manuel Roca Rincón, protocolizado por medio del instrumento público número 294, de 17 de julio de 1914, otorgado en la Notaría de Ocaña, se adjudicó a cada uno de sus hijos —entre los cuales se cuenta mi mandante señora María Roca de Brokate— la séptima parte de los derechos adquiridos por el causante en los terrenos de "Torcoroma Grande" o "Minas de Torcoroma" por la escritura ya citada, número 326, de 31 de julio de 1891, y por los linderos expresados en el hecho 5º de esta demanda;

"10. Igualmente se adjudicó en el mismo sucesorio al señor Luis Felipe Roca Niz (hijuela Nº 2) otra séptima parte de aquellos derechos; y a su muerte, fue distribuída entre sus hijos legítimos, correspondiendo una cuarta parte a mi mandante Luis Eduardo Roca Castellanos, todo conforme aparece de la escritura pública número 82, de 5 de diciembre de 1930 por medio de la cual se protocolizó en la Notaría Primera de Ocaña el sucesorio del mencionado señor Roca Niz.

"Terrenos 'Río del Pescado'

"11. El terreno conocido con el nombre de "Río del Pescado", situado en jurisdicción del Municipio de Río de Oro, en el Departamento del Magdalena, objeto de la oposición a la propuesta de contrato número 143 y de la presente demanda, hace parte de un globo de tierra que por mayor extensión fue concedidó en la época Colonial por el Soberano español al Gobernador Don Juan Marrufo y Negrón, a don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, a Joseph Naranjo y Cristóbal Vallejo, todo lo cual se acredita con la copia que de los títulos originarios se acompaña a este escrito;

"12. El globo de terreno comprendido en dichas mercedes reales fue objeto de sucesivas transferencias de dominio durante la Colonia y los primeros tiempos de la República, de lo cual dan fe los documentos públicos que en copias debidamente autenticadas se agregan a esta demanda y los demás que se allegarán al juicio en la oportunidad legal;

"13. De conformidad con los instrumentos públicos, de fechas 30 de enero de 1840, 3 de abril de 1843, extendidos en la Villa de Barichara y 9 de febrero de 1853, otorgado en Bucaramanga, el señor Juan de Dios Vargas Parra adquirió de Evangelista, Fermín y Timoteo Rincón los derechos que tenían en el globo de tierra denominado "Río del Pescado", y el cual, según la última de las escrituras citadas, estaba comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Desde la quebrada de La Mona río abajo de Cachirí a dar al río Magdalena, volviendo de para arriba por todo el río del Pescado a dar al cerro del manzano, cogiendo todas las aguas que entran a dicho río de un lado y otro, tomando el punto del peñoncito i río de Cachira a línea recta a buscar el primer lindero de la quebrada de la Mona...';

"14. El señor Juan de Dios Vargas Parra transfirió, a título de venta, al señor Samuel Gómez un globo de tierra que hace parte del que acaba de describirse, y cuyos linderos se determinan en la escritura pública número 168, de fecha 14 de abril de 1873, otorgada en la Notaría de Bucaramanga, de la siguiente manera: 'Por el Río del Pescado, desde donde se junta dicho río con el de Cachirí, siguiendo para el Occidente, hasta juntarse con el río llamado Lebrija, siguiendo por el mismo Occidente hasta encontrar el río Magdalena; de este punto siguiendo río abajo para el Norte, hasta ponerse enfrente del cerro Pelado que está hacia el Oriente; de este punto siguiendo para el dicho Oriente sobre el citado Cerro Pelado y línea divisoria de las antiguas Provincias de Ocaña y Pamplona hasta la cabecera de la quebrada de San Pablo y las jurisdicciones; de este punto siguiendo toda la quebrada dicha de San Pablo para el Sur, hasta encontrar el citado río del Pescado; de éste abajo hasta su primer lindero, juntas de este río con el de Cachirí, lindando quebrada de San Pablo por medio con terrenos que fueron de Luciano Jaime, y río del Pescado por medio con terrenos de José María Valenzuela';

"15. El adquirente, señor Samuel Gómez, mediante escritura pública número 203, de fecha 9 de octubre de 1877, extendida en la Notaría de Girón, dio en venta al señor Manuel Márquez una parte del predio descrito en el anterior numeral, porción que se determinó en aquel documento por los siguientes linderos: 'Del paso real de las Guaduas, por el camino de San Vicente, aguas arriba por dicha quebrada hasta ponerse enfrente de una posesión de Germán Salazar, hacia el Norte; línea recta de este punto hacia el Oriente hasta encontrar con la quebrada de San Andrés, esta aguas abajo hasta su desembocadura en el río Lebrija; este aguas abajo hasta el desemboque de la quebrada de la Raya en dicho río; tomando éste aguas arriba hasta el punto de La Barqueta o Astillero, de aquí se toma en línea recta hasta encontrar con terrenos de los señores Ujueta Hermanos; de aquí hasta encontrar la quebrada de Tisquirama; por esta aguas arriba hasta encontrar con el lindero que tiene en su escritura el señor Felipe Quintero Navarro, en dicha quebrada, y por esta línea recta por el dicho lindero hasta encontrar el paso real de la quebrada de las Guaduas, camino de San Vicente, su primer lindero, quedando así los cuatro puntos cardinales del terreno'.

"La primera copia de la escritura pública últimamente nombrada —número 203, del 9 de octubre de 1877, debidamente registrada, fue protocolizada en la Notaría Segunda de Barranquilla, bajo el número 1102, de fecha 3 de mayo de 1926, y registrada en la Oficina de I. P. y Privados de la misma ciudad el 8 de dicho mes, bajo el número 127;

"16. Mediante escritura pública número 583, extendida el 16 de septiembre de 1893 en la Notaría de Ocaña, e inscrita en la Oficina de Registro de Río de Oro, el señor Manuel Márquez dio en venta la mitad de los terrenos descritos en el hecho anterior a los señores Manuel Roca Rincón y Natividad Posada.

"Posteriormente, por medio de la escritura número 372, de fecha 24 de mayo de 1920, otorgada ante el Notario Público de Ocaña, los herederos en la cuota del señor Manuel Roca Rincón, de una parte y Ulpiano de Valenzuela, Carlos de Valenzuela y Elvira de Valenzuela de Germán Ribón, por la otra, señalaron la línea divisoria de los terrenos de "Río del Pescado", de acuerdo con los linderos que se dejaron indicados en el hecho 15 de esta demanda.

"Terrenos de 'Torcoroma y La Raya'

"17. Con anterioridad a esta venta, el señor Manuel Márquez, mediante escritura pública número 102, otorgada en la Notaría de Ocaña el día 7 de abril de 1883 había comprado a Ramón y Manuel Smith el globo de tierra denominada 'La Raya', o 'Torcoroma y La Raya', situado en la sección de Los Angeles, Municipio de Río de Oro, en el Departamento del Magdalena, e individualizado así: 'Desde la cabecera del potrero de Fundación, tomando un cerrito hacia el oriente y bajando por éste hasta encontrar el camino que va para Santa Paula; aquí tomando siempre hacia el oriente por todo el camino midiendo 10 hectáreas, de aquí girando sobre la derecha en línea recta a encontrar el camino de la Nueva Edén; de éste en línea recta atravesando el caño de Los Pregones hasta llegar al pie de Monte Oscuro, en la quebrada de La Raya; de allí se sigue por la misma línea recta hasta llegar a la quebrada de la Dorada; éstas aguas arriba hasta encontrar la trocha o vereda que va de Santa Paula a la quebrada de Torcoroma Grande; estas aguas abajo hasta su desembocadura en la Ciénaga de Torcoroma; de allí en línea recta hasta el río Lebrija; éste aguas abajo hasta ponerse enfrente de la quebrada de La Raya; tomando por ésta aguas arriba hasta llegar a la desembocadura de Caño Largo; de éste aguas arriba hasta llegar a la cabecera del potrero de Fundación, primer lindero'.

"Este globo de tierra se halla comprendido dentro del área cubierta por los terrenos de "Río del Pescado" descrito en el hecho quince (15); pero habiendo sido adjudicado —según se afirma— por el Gobierno de la Confederación Granadina a Santiago Lindo, y vendido por los herederos de éste a Ramón y Manuel Smith, resolvió el señor Márquez comprarle para evitar litigios, de

suerte que en realidad fue adquirido dos veces por el mismo señor Márquez.

"18. Por escritura pública número 118, extendida en Ocaña el 19 de abril de 1883, Manuel Márquez transfirió a título de venta a don Manuel Roca Rincón la mitad del globo de tierra conocido como 'La Raya' o 'Torcoroma y La Raya', y demarcado conforme aparece en hecho anterior (17); y por escritura pública número 5, otorgada en Aguachica el 25 de julio de 1883, el mismo Márquez enajenó a título de venta en favor de Gabino Courbel la otra mitad del indicado globo de tierra.

"19. Por escritura pública número 114, otorgada en la Notaría de Ocaña el 5 de diciembre de 1885, Gabino Courbel vendió a Sixto Jaramillo sus derechos; y este último dio en venta los mismos derechos al señor Manuel Roca Rincón, según resulta de la escritura pública número 147, extendida ante el Notario Público de Ocaña el 14 de abril de 1887, con lo cual quedó Roca Rincón dueño de la totalidad del lote de terreno, cuyos linderos aparecen relacionados en el hecho 17 de esta demanda;

"20. Conforme se vio en el hecho 9º de esta demanda, a la muerte del señor Manuel Roca Rincón le fue adjudicado a sus herederos, según aparece de la escritura número 294 de 17 de julio de 1914, de la Notaría de Ocaña los derechos del causante en los terrenos "Torcoroma Grande" o "Minas de San José"; e igualmente, y de acuerdo con el mismo instrumento público que acaba de citarse, les fue adjudicado a sus hijos —entre ellos a mi mandante María Roca de Brokate y al señor Luis Felipe Roca Niz— los derechos del causante en los terrenos "Río del Pescado" y "Torcoroma y La Raya", por los linderos ya señalados en esta demanda;

"21. Por escritura pública número 386, de fecha 19 de marzo de 1921, de la Notaría de Barranquilla, el señor Joaquín Roca Niz como apoderado de mi mandante María Roca de Brokate, de Luis Felipe Roca Niz y sus hermanos, transfirió a título de venta al señor Federico Brokate los derechos que ellos tenían en los tres globos de tierra "Torcoroma Grande", "Río del Pescado" y "Torcoroma y La Raya", de acuerdo con los linderos ya descritos para cada uno de estos lotes; el adquirente señor Brokate por escritura 684, de 25 de abril de 1921, otorgada en Barranquilla, vendió a la sociedad "Guillermo Roca & Cía." sus derechos y acciones en las mencionadas tres propiedades (seis séptimas partes); y la misma sociedad adquirió de Julio R. Jácome otra séptima parte de tales terrenos, según escritura pública número 79, de 11 de febrero de 1926, la cual le correspondió en el sucesorio de su legítima mujer Sara Roca Niz de Jácome Niz, protocolizado por medio de la escritura 174 de 7 de abril de 1923, de la Notaría de Ocaña; la sociedad "Guillermo Roca & Cía." enajenó, a título de venta, en favor del señor Manuel Roca Rincón mediante la escritura pública número 80, de 11 de febrero de 1926, otorgada en la Notaría de Ocaña, los derechos que había adquirido en los mencionados tres lotes de terreno; y, finalmente, con arreglo a la escritura pública número 81, de 12 de febrero de 1926, también otorgada en Ocaña, el señor Manuel Roca Rincón vendió a mi mandante María Roca de Brokate, al causante de mi mandante señor Luis Felipe Roca Niz y a sus demás hermanos siete octavas partes, a cada uno, en los derechos y acciones de que era dueño en los citados terrenos de "Torcoroma Grande" o "Minas de San José", "Río del Pescado" y "Torcoroma y la Raya";

"22. A la muerte del señor Luis Felipe Roca Niz se adjudicó a mi mandante Luis Eduardo Roca Castellanos y a sus hermanos Manuel, Cecilia, Carlos Daniel y Sara Roca C. los derechos correspondientes al causante en los tantas veces mencionados terrenos "Torcoroma Grande" o "Minas de San José", "Río del Pescado" y "Torcoroma y La Raya", por los linderos que recogen los hechos 5º, 15 y 17 de la presente demanda, de todo lo cual da cuenta la escritura pública número 82, de 5 de diciembre de 1930 de la Notaría de Ocaña, que contiene la protocolización del juicio sucesorio de don Luis Felipe Roca Niz.

"De acuerdo con los antecedentes relatados mis mandantes son, pues, comuneros pro-indiviso con otras personas de los terre-

nos y los petróleos que se reclaman en este juicio;

"23. La comunidad de que hacen parte mis mandantes actualmente propietaria de los tres lotes de terreno de que ha venido hablándose en los hechos anteriores, lo mismo que sus antecesores en el dominio de dichos predios, han tenido una posesión continua, quieta y pacífica y han realizado actos permanentes de explotación económica por un lapso de tiempo muy superior al necesario para adquirirlos por prescripción, de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes".

3. La de José Manuel Luna Rincón, José de Jesús Prada y Paulina Rosa Merlano Luna:

"Que la comunidad dueña de los terrenos denominados "Torcoroma Grande", ubicados en el Municipio de Río de Oro, e individualizados por los linderos señalados en el hecho tercero de esta demanda, es igualmente propietaria privada del petróleo y demás hidrocarburos y substancias similares que puedan encontrarse en su subsuelo, por haber salido legítimamente dicho predio del patrimonio nacional en fecha anterior al 28 de octubre de 1873, y no haber vuelto a ningún título al dominio del Estado".

Los hechos en que se fundamenta esta pretensión son los que siguen:

"1º El 4 de febrero de 1944, expidió el Ministerio de Minas y Petróleos una resolución por medio de la cual decidió admitir la propuesta, registrada bajo el número 143, formulada por la "Compañía Colombiana de Petróleos Tolima", referente a un contrato de exploración y explotación de los petróleos que se encontraran en un lote de terreno de cuarenta y nueve mil ciento noventa y nueve (49.199) hectáreas y dos mil ciento diez y ocho (2.118) metros cuadrados de extensión, ubicado en jurisdicción de los municipios de Aguachica y Río de Oro, del Departamento del Magdalena, cuyo alindamiento aparece en dicha resolución y en la sentencia de fecha 8 de marzo de 1951;

"2º En la oportunidad legal presentaron oposición, entre otras personas, mis mandantes José Manuel Luna Rincón, José de Jesús Prada y Paulina Rosa Merlano Luna, a nombre de la comunidad propietaria de los terrenos de "Torcoroma Grande", y a los cuales se refiere el presente juicio ordinario, por estimar que se superponen en parte de la indicada propuesta 143;

"3º En el memorial de oposición se describen los terrenos reclamados como de propiedad particular, así: 'Desde las ajuntas de la quebrada de 'Bonilla' donde desemboca en la quebrada de Torcoroma, aguas abajo hasta llegar a un pozo de la dicha quebrada de Torcoroma, que llaman de "Bocachico" y de aquí girando el cuerpo a la izquierda y marchando rectamente teniendo al mismo lado la serranía o la cordillera que desde allí se advierte, hasta llegar a la quebrada que denominan del Bagre, en el lugar donde desemboca la quebradita o caño que llaman de las minas de "San José", continuando en la misma dirección de frente pasando por la quebrada llamada La Colorada, en línea recta hasta llegar a la quebrada llamada de "San Pablo" aguas arriba de éste hasta llegar al mismo pie de la serranía alta o cordillera de "Cerro Pelado", y de aquí volviendo el cuerpo a la izquierda y marchando de frente rectamente por todo el pie de dicha serranía grande atravesando las mencionadas quebradas y chorros por sus cabeceras correspondientes, inclusa la quebrada que llaman de "La Candelaria" que desemboca en la de Torcoroma, hasta llegar a las precitadas ajuntas de Bonilla, primer lindero';

"4º Tramitado el juicio breve y sumario correspondiente, la Corte Suprema de Justicia (Sala de Negocios Generales), declaró infundada la referida oposición, mediante sentencia de fecha ocho (8) de marzo de mil novecientos cincuenta y uno (1951);

"5º Los terrenos de "Torcoroma Grande" y sus petróleos, son de propiedad privada de la comunidad formada por mis mandantes en este juicio y otras personas, por haber salido del dominio del Estado con anterio-

ridad al 28 de octubre de 1873, y no haber vuelto a incorporarse a él conforme a continuación se verá:

"6º Por remate verificado con todas las formalidades legales el 16 de marzo de 1851, adjudicó el Estado al señor José Dolores Rincón el lote de terreno denominado "Torcoroma Grande", cuya ubicación y linderos se dejaron determinados en el hecho tercero (3º) de esta demanda; mediante la escritura pública extendida en Ocaña el 22 de mayo de 1851, el Administrador Provincial de Correos de la misma ciudad hizo la protocolización de la diligencia de remate con todos sus antecedentes de pago de los derechos correspondientes y demás; y el 26 de octubre de 1851, el Gobernador de la Provincia otorgó el título respectivo al señor Rincón, con el cual vino a quedar éste en posesión de los referidos terrenos por los linderos ya conocidos.

"7º El adquirente señor José Dolores Rincón, mediante la escritura pública de fecha 31 de agosto del año siguiente (1852) hizo la declaración de que la compra por remate de los terrenos "Torcoroma Grande" la había hecho en compañía del señor Juan C. Pacheco y que, por tanto, pertenecía a éste la mitad de dicho lote. La anterior declaración y cesión de derechos fue ratificada por los causahabientes de José Dolores Rincón, conforme aparece de la escritura pública 134, de 10 de abril de 1929, otorgada en la Notaría de Ocaña.

"De esta manera, la mitad del lote "Torcoroma Grande" quedó como de propiedad de los sucesores de José Dolores Rincón y la otra mitad, en común y pro-indiviso, de los sucesores de Juan C. Pacheco, mancomunidad actualmente existente.

"8º Mediante la escritura pública número 32, de fecha 20 de abril de 1854, se protocolizó en la Notaría de Ocaña el juicio de sucesión testada de José Dolores Rincón, y en la partición de los bienes relictos se adjudicó a sus hedederos José, Luisa, Petrona, y Gertrudis Rincón (hijos legítimos del causante y Juana Agustina Calderón) y Sara Rincón Carrascal (hija legítima habida en el segundo matrimonio del causante con Eufrasia Carrascal) los derechos de aquel en la mitad de "Torcoroma Grande". Más tarde se practicaron unos inventarios adicionales, los cuales junto con las sucesiones acumuladas de Sebastián Luna, Luis Rincón de Luna, Leopoldo Luna R., José Secundino Rincón y Rafael Quintero fueron protocolizados en la Notaría de Ocaña, según aparece de la escritura pública número 717, del 31 de diciembre de 1923, y en ella se adjudicaron a los respectivos herederos las cuotas de los causantes en el predio de "Torcoroma Grande", según los linderos ya mencionados, correspondiendo una cuota a mis mandantes Manuel Luna Rincón y José de Jesús Prada R.

"9º De acuerdo con la escritura 390, de fecha 21 de septiembre de 1929, otorgada en el circuito de Ocaña la señora Rosa Luna de Merlano dio en venta a mi mandante Paulina R. Merlano la octava parte que le correspondió en las sucesiones de Luisa R. de Luna, Gertrudis Rincón, Sebastián Luna y Leopoldo Luna;

"10. Por la escritura pública, otorgada bajo el número 326, de fecha 13 de junio de 1891 el señor José S. Rincón vendió al señor Manuel Roca Rincón sus derechos y acciones sobre los terrenos de "Torcoroma Grande";

"11. De conformidad con lo expuesto en los hechos anteriores, y después de una serie de transferencias de dominio, de la cual dan cuenta numerosos instrumentos públicos, sobre los terrenos de "Torcoroma Grande" existe una comunidad de hecho, en la cual tienen actualmente derechos, en la mitad, mis mandantes y los demás causahabientes del señor José Dolores Rincón y los sucesores de don Manuel Roca Rincón; y en la otra mitad los causahabientes de don Juan C. Pachecho;

"12. Sobre los mencionados terrenos de "Torcoroma Grande", individualizado por los linderos señalados en el hecho 3º de esta demanda los condueños han ejercido, desde que fue adquirido por compra en remate por el señor José Dolores Rincón, posesión regular y continua, ejecutado actos de dominio y de explotación económica por

un lapso de tiempo muy superior al señalado por las leyes para adquirirlos por prescripción y para extinguir cualquier derecho que pudiera alegarse sobre todo o parte de los indicados terrenos.

"Este hecho está ampliamente respaldado por las pruebas que arroja —además de otras que se aducirán en la oportunidad legal— la escritura pública número 22, de fecha 1º de marzo de 1921, por medio de la cual se protocolizaron en la Notaría de Ocaña unas diligencias de los cuales consta la posesión material y el dominio de las indicadas tierras por los antecesores de los actuales dueños; y por los instrumentos públicos extendidos en la Notaría Primera del Circuito de Cartagena, bajo los números 338 y 340, de 20 y 21 de mayo de 1920, respectivamente sobre arrendamiento de dichos terrenos para la exploración y explotación de petróleos".

De las anteriores demandas se dio traslado al señor Procurador delegado en lo Civil, quien las contestó, en nombre de la Nación, oponiéndose a las respectivas pretensiones, y manifestando atenerse, en lo relativo a los hechos, a lo que se probare como secuela de ellas.

Por solicitud formulada por las tres partes interesadas en los expresados procesos, éstos fueron acumulados al de Luis Eduardo y Manuel Roca Castellanos, mediante providencia dictada por el magistrado actuante, por lo cual se han adelantado conjuntamente y se deciden en la misma sentencia.

Durante el término de pruebas, las partes solicitaron e hicieron practicar las que obran en los respectivos cuadernos del expediente, de las cuales se examinarán adelante las pertinentes a las conclusiones a que se llega en este fallo.

En resoluciones expedidas el cuatro de febrero y el doce de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Ministerio de Minas y Petróleos admitió las propuestas de contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos, formuladas por la Compañía de Petróleos Tolima y Miguel Samper, transpasada esta última a la Compañía de Petróleos Atlántico, S. A., y registradas en el nombrado ministerio con los números 143 y 144.

La 143 aparece determinada por los siguientes linderos:

"Partiendo de un punto "A", cuyas coordenadas geográficas son: Latitud, 7º 50' 28".44 - 0.53 al Norte; Longitud, 4h. 54m. 40s.98 - Os. 04 al Oeste de Greenwich, ubicado en el sitio llamado Las Pavas, en la margen derecha del río Cáchira o Cáchiro del Espíritu Santo, donde se construyó una pilastra de concreto de cemento, se sigue en línea recta con un rumbo verdadero de N. 69º 11' 52" .255 H., una distancia de treinta mil ciento sesenta y cinco metros con tres mil seiscientos cuarenta y seis diezmilímetros (30.165.3646 M.) para llegar al punto "B"; a partir de este punto "B", se sigue en línea recta con un rumbo verdadero de N. 12º 28' 49" W., una distancia de cinco mil novecientos ochenta metros (5.980.00 M.) para llegar al punto "C"; a partir de este punto "C", se sigue en línea recta con un rumbo verdadero de N. 26º 38' 19" W., una distancia de doce mil doscientos veinte metros (12.220.00 M.) para llegar al punto "D", situado sobre la quebrada Tisquirama; de este punto "D", se sigue por la quebrada Tisquirama, aguas abajo, hasta encontrar el punto "E", siendo la distancia en línea recta entre los puntos 'D" y "E" de quince mil ciento cuarenta metros (15.140.00 M.) y el rumbo verdadero de S. 82º 32' 12" W; del punto "E", se sigue en línea recta con un rumbo verdadero de S. 00º 008' 00" E., una distancia de siete mil ochocientos cincuenta metros (7.850.00 M.) para llegar al punto "F"; de este punto "F" se sigue en línea recta con un rumbo de N. 90º 008' 00" W., una distancia de siete mil metros (7.000.00 M.), hasta llegar al punto "G", el cual está situado sobre la línea "B-C" de la concesión solicitada por el señor Alberto Isaza, según consta en la aceptación de la propuesta publicada en el Diario Oficial número 24376, del 31 de mayo de 1940; de este punto "G", se sigue en línea recta con un rumbo verdadero de S. 00º 00' 00" E., una distancia de seis mil ochocientos trein-

ta metros (6.830.00 M.) para llegar al punto "H", situado sobre el río Lebrija, coincidiendo la línea "G-H", en toda su extensión, con parte de la línea "B-C" de la concesión solicitada por Alberto Isaza, y siendo el punto "H" el mismo que en la concesión solicitada por Alberto Isaza lleva la letra "C"; del punto "H", se toma por la margen derecha del río Lebrija, aguas arriba, hasta llegar al punto "I", situado en la margen derecha de la confluencia del río Cáchira o Cáchira de Espíritu Santo con el río Lebrija, siendo la distancia en línea recta entre los puntos "H" e "I" de siete mil quinientos metros (7.500.00 M.) y el rumbo verdadero de S. 5º 56' 15" W; De este punto "I", se sigue por la margen derecha del río Cáchira o Cáchira del Espíritu Santo, aguas arriba, hasta llegar al punto de partida "A", siendo la distancia en línea recta entre los puntos "I" y "A", de tres mil seiscientos treinta y cinco metros con mil setecientos setenta y tres diezmilímetros (3.635.1773 M.) y el rumbo verdadero de S. 21º 58' 05" .23 E.".

Son lindes de la 144 los que en seguida se transcriben:

"Partiendo de un punto "A", cuyas coordenadas geográficas son: Latitud, 7º 50' 28" .44 0" 53 al Norte; Longitud, 4 h. 54 m. 40s. 98 Os. 04 al Oeste de Greenwich, ubicado en el sitio llamado "Las Pavas", en la margen derecha del río Cáchira o Cáchira del Espíritu Santo, donde se construyó una pilastra de concreto, se sigue en línea recta con un rumbo verdadero de N. 69º 11' 52" 255 E., una distancia de treinta mil ciento sesenta y cinco metros con tres mil seiscientos cuarenta y seis diezmilímetros (30.165.3646 m.) para llegar al punto "B"; a partir de este punto "B", se sigue en línea recta con un rumbo verdadero de S. 12º 28' 49" E., una distancia de diez y ocho mil cuatrocientos metros (18.400.00 m.) para llegar al punto "C", situado sobre el río San Alberto del Espíritu Santo; de este punto "C", se toma por el río San Alberto del Espíritu Santo, aguas abajo, hasta llegar al punto "D", donde comienza el brazo del río San Alberto del Espíritu Santo, que va a la quebrada del Hoyo, siendo la distancia en línea recta entre los puntos "C" y "D", de quince mil novecientos metros (15.900.00 m.) y el rumbo verdadero de S. 48º 25' 37" W.; del punto "D", se continúa por el río San Alberto del Espíritu Santo, aguas abajo, hasta llegar al punto "E" situado en la desembocadura del río San Alberto del Espíritu Santo, en el río Cáchira o Cáchira del Espíritu Santo, siendo la distancia en línea recta entre los puntos "D" y "E" de veinticuatro mil novecientos setenta metros (24.970.00 m.) y el rumbo verdadero de N. 53º 05' 36" W; del punto "B" se continúa por la margen derecha del río Cáchira o Cáchira del Espíritu Santo, aguas abajo, hasta llegar al punto de partida "A", siendo la distancia de la recta que une los puntos "B" y "A", de dos mil ochocientos veinticinco metros con setecientos treinta y seis milímetros (2.825.736 m.) y el rumbo verdadero de W 6º 22' 42" 25 W.".

A las mencionadas propuestas se opusieron, en juicios breve y sumarios, algunos, entre otros, de los demandantes en este litigio, oposiciones que fueron declaradas infundadas, en su orden, en fallos de la Sala de Negocios Generales de la Corte de ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y uno y veinte de mayo de mil novecientos cincuenta, lo que dio lugar a la disputa sobre la propiedad privada de los hidrocarburos en litigio, por la vía ordinaria, en los procesos que ahora se deciden.

Para incoar y adelantar estos juicios los demandantes han invocado el carácter de condóminos en los respectivos predios, que han acreditado con títulos suficientes que establecen que Luis Eduardo Roca Castellanos y María Roca de Brokate poseen derechos pro-indiviso en los globos de tierras denominados Río del Pescado, Torcoroma y La Raya y Torcoroma Grande, Manuel Roca Castellanos en Río del Pescado, y José Manuel Luna Rincón, José Manuel Prada y Paulina Rosa Merlano Luna en Torcoroma Grande.

Se plantea en este caso la cuestión de la propiedad privada de hidrocarburos, frente al Estado, el que supone, para su solución favorable a las pretensiones de la demanda, según reiterada doctrina de esta Sala, que aparezcan suficientemente probados los si-

guientes extremos de la acción: 1. Que los respectivos yacimientos salieron del patrimonio público en virtud de un título jurídico o modo de adquirir el dominio, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha en que entró en vigencia el Código fiscal que los reservó para el Estado; 2. Que habiendo salido del patrimonio nacional en la forma indicada, no han vuelto a él por nulidad, caducidad, resolución de la adjudicación o cesión, o por cualquiera otra causa; 3. Que el predio donde se encuentran o se supone que existen es el mismo singularizado en la demanda; 4. Que ese predio es asimismo el que fue objeto de enajenación por el Estado o forma parte de él total o parcialmente; 5. Que este último inmueble corresponde a una realidad geográfica y topográfica, esto es, que es identificable sobre el terreno; 6. Que las áreas territoriales a que se viene haciendo referencia se hallan comprendidas total o parcialmente dentro del perímetro de la propuesta de contrato, o sea, que el área de esta propuesta se superpone total o parcialmente a ellas; 7. Que el demandante es el propietario actual del inmueble.

Este supuesto fáctico, que claramente se infiere de la naturaleza de la acción y de las normas que en el Código de petróleos reglamenta su ejercicio, obliga al demandante a demostrar, con medios idóneos: a) La salida del inmueble del dominio de la Nación antes del 28 de octubre de 1873; b) La realidad geográfica y topográfica de los terrenos donde se ubican los hidrocarburos, y en general, de los que fueron objeto de enajenación o cesión por parte del Estado, para establecer, mediante su identificación, que la descripción que de ellos se hace en el libelo y en los títulos corresponde a aquella realidad; c) La superposición del área de la propuesta a la del predio respecto de cuyos petróleos subyacentes se solicita la declaración de propiedad particular; y d) La propiedad actual del demandante sobre el inmueble.

Para establecer el primero de los extremos enunciados, o sea, que los predios individualizados en las demandas salieron del patrimonio público con anterioridad al 28 de octubre de 1873, los demandantes invocan los siguientes títulos:

a) Compra hecha por José Dolores Rincón del globo de tierras denominado Torcoroma Grande, mediante remate público, el 16 de marzo de 1851, formalizada en escritura pública otorgada el 22 de mayo de 1853 ante el juez letrado del Circuito de Ocaña.

b) Merced de tierras otorgada a Juan Marrufo y Negrón por el presidente del Nuevo Reino de Granada don Diego de Córdoba y Lasso de la Vega el 12 de diciembre de 1707.

c) Mercedes de tierras hechas en favor de Miguel de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo.

El estudio de tales títulos lleva a las siguientes conclusiones:

A. **Remate de José Dolores Rincón.** Copia de la respectiva actuación, expedida por el Archivo Histórico Nacional, da cuenta de lo siguiente: 1. Ante el gobernador de la provincia de Ocaña solicitó José Dolores Rincón la adjudicación, mediante remate público como lo prevenía la ley 3ª, parte 5ª, tratado 1º de la Recopilación Granadina, del globo de tierras conocido con el nombre de Torcoroma Grande, "principiando desde dicha quebrada de Torcoroma al pie de la sierra que ahí se encuentra, cogiendo por todo el pie de dicha sierra pasando por las cabeceras de una quebradita conocida con el nombre de San José, siguiendo rectamente hasta llegar a otra quebrada llamada la Colorada, aguas abajo de ésta hasta llegar a una latitud proporcionada, y de ahí partiendo por derecho teniendo a la vista la mencionada sierra, hasta a la recitada quebrada de Torcoroma, aguas arriba hasta llegar al pie de la sierra, primer lindero". 2. Previas las informaciones suministradas por el cabildo parroquial de Buenavista y el jefe político de Ocaña sobre la inaplicabilidad de los mencionados terrenos a un uso público, el gobernador admitió el denuncio y dispuso la mensura y el avalúo correspondientes, los que se llevaron a cabo en diligencia practicada por el jefe político de Ocaña el 1º de mayo de 1847. Los

agrimensores designados midieron ochocientas fanegadas de tierra, incluyendo doscientas de tierra inútil, que los peritos avaluadores estimaron en un valor total de doscientos veinticinco pesos, a razón de tres reales cada fanegada de las tierras útiles. No dieron valor alguno a las reputadas inútiles. 3. Practicadas la medición y el avalúo el gobernador dispuso el remate de las tierras, que no se llevó a efecto en virtud de lo dispuesto en providencia de diez y seis de agosto de mil ochocientos cuarenta y siete en que el gobernador dispuso: "No habiéndose celebrado el remate el día designado por falta de postor y considerando que el avalúo dado a las tierras a razón de tres reales la fanegada es sumamente ínfimo porque ellas no están a una distancia considerable de la ciudad de Ocaña, se resuelve: suspéndese el remate expresado porque la gobernación no tiene a bien enajenar por tan poco precio tanta cantidad de tierra de que la república puede sacar más provecho. Dese cuenta al Poder Ejecutivo con copia de lo conducente y particípese esta resolución al jefe político de Ocaña para que la haga saber al interesado". 4. Posteriormente José Dolores Rincón insistió en su pedimento de adjudicación de las tierras mediante subasta pública, a lo cual proveyó la gobernación de la provincia el once de marzo de mil ochocientos cincuenta y uno: "Resultado del examen de los documentos que preceden en el denuncio de tierras baldías hecho por el señor José Dolores Rincón se han llenado (sic) todos los requisitos exigidos por la Ley 3ª, parte 5ª tratado 1º de la Recopilación Granadina, se resuelve: cítese para pregón y remate los (sic) terrenos indicados, señalándose el día diez y seis del actual para la celebración de este acto en la sala del despacho de la gobernación e invítese al público por medio de carteles". 5) El remate se verificó en la ciudad de Ocaña en la fecha indicada, y en él se adjudicó el globo de tierras al denunciante Rincón por la suma de doscientos veinticinco pesos en que había sido avaluado inicialmente. 6) "En tal virtud se dispuso remitir a la administración provincial de correos la cantidad consignada por el rematador y copia de (la) diligencia para que procediera a otorgar la correspondiente escritura en los términos y modos establecidos en el artículo 5 del decreto ejecutivo de 2 de mayo de 1843". Como consecuencia, el administrador de correos otorgó ante el juez letrado de Ocaña el instrumento público de 22 de mayo de mil ochocientos cincuenta y tres, en que el nombrado funcionario enajena, como representante de la Hacienda Nacional, en favor de José Dolores Rincón la propiedad de las aludidas tierras de Torcoroma Grande. 7) Remitida la actuación al Poder Ejecutivo central, la Secretaría de Hacienda profirió el veintiocho de marzo de mil ochocientos cincuenta y tres la siguiente resolución: "No resultando de las adjuntas diligencias que el Poder Ejecutivo haya prestado su consentimiento para la enajenación de las tierras baldías de Torcoroma Grande, y resultando por otra parte que en el avalúo y remate se dio una extensión de 600 fanegadas en un globo de tierra que según deponen los peritos tiene 300 varas de ancho y 13.000 de largo, lo que da una superficie de 39.000.000 de varas cuadradas, o sea, 3.900 fanegadas de superficie, impruébase el remate de que se da cuenta. La gobernación de Ocaña hará avaluar de nuevo las precitadas tierras y las sacará a remate, dándoles su verdadera superficie de 3.900 fanegadas, avisando a este despacho el resultado que se obtenga". No hay en los autos constancia de ninguna otra diligencia, ni de que sobre la materia hubiera recaído otra providencia.

Prescribía el artículo 1º de la Ley de 30 de marzo de 1843 (Ley 3ª, parte V, tratado I de la Recopilación Granadina): "Las tierras baldías que a juicio del Poder Ejecutivo no sean necesarias para algún uso público, podrán enajenarse por dinero o por vales de la deuda exterior o de la deuda interior"; y el decreto de 4 de mayo del mismo año (la 35 A de la Cod. Nal.), disponía: "Cuando conforme al artículo 2º de dicha ley se ocurra al gobernador de la provincia denunciando y proponiendo comprar tierras baldías, el mismo gobernador, atendidas las circunstancias de las tierras a que se contrae la solicitud, examinará si ellas pueden aplicarse a algún uso público, y en caso afirmativo lo informará al Poder Ejecutivo para la resolución que convenga, suspendiendo todo procedimiento ulterior (...)".

En desarollo de las disposiciones transcritas, el gobernador de la provincia de Ocaña envió la actuación cumplida para la adjudicación de baldíos a José Dolores Rincón, a la Secretaría de Estado en el despacho de Hacienda, con la providencia en la cual decidía suspender el remate por ser excesiva la cantidad de tierra solicitada e ínfimo el precio que le dieran los peritos, entre otros motivos. El Poder Ejecutivo dio su aprobación a este proveído, con lo que implícitamente resolvió lo que convenía al tenor de lo dispueso en el artículo 1º del decreto de 4 de mayo de 1843. Pero no obstante a resolución de la autoridad superior, el gobernador de la provincia de Ocaña, sin que mediara revocación ni modificación de lo resuelto por el Ejecutivo Nacional, ordenó de nuevo el remate en las mismas condiciones que motivaron la anterior suspensión de él, y adjudicó las tierras a José Dolores Rincón, disponiendo que se corriese la correspondiente escritura, todo ello en resolución que fue también improbada por el gobierno por las razones arriba transcritas.

Como claramente surte de las normas de la ley de 30 de marzo y del decreto de 4 de mayo de 1843, los baldíos nacionales no podían ser enajenados por dinero o por vales de deuda pública sin que mediara resolución del gobierno nacional sobre lo que conviniese, en caso de que el gobierno provincial hubiera encontrado inconveniente su adjudicación. La calificación de este último adversa a la adjudicación, le obligaba, así, pues, a deferir a lo que decidiere la autoridad superior, en cuyas manos quedaba la solución final que debería dársele al asunto.

Ahora bien, frecuentemente el reglamento que rige a la convención exige ciertos requisitos para que ella pueda producir el efecto que se pretende, como pueden ser la autorización previa o la aprobación posterior del acto jurídico proyectado, que deben ser dadas por una autoridad superior. Cuando tal cosa ocurre, el acto que carezca del requisito de la autorización o aprobación prevista no puede tener las consecuencias jurídicas que de él se esperan pues se entiende que dada la estructura orgánica de las entidades o instituciones públicas, y en consideración a los fines que ellas persiguen y al motivo determinante de la actividad administrativa, que es el interés público, la voluntad contractual no se forma por un acto simple, sino de manera compleja, mediante un proceso de operaciones sucesivas encaminadas a asegurarse de que el acto qué mueve la actividad del servicio responde a las necesidades o conveniencias de éste. El consentimiento no se forma sino mediante un proceso de integración que se consuma con el cumplimiento de todas las formalidades exigidas en la ley, de suerte que tratándose de compra en remate de bienes nacionales para cuya enajenación la ley preveía, en ciertos casos, una autorización del Poder Ejecutivo, la voluntad del Estado no podía entenderse comprometida sino mediante la emisión de tal autorización. Pendiente ésta, la adjudicación en subasta no podía tener más valor que el del procedimiento técnico aconsejado para seleccionar al mejor postor, y como lo entiende Jéze, el de acto condición unilateral cuyo cumplimiento permite a los organismos autorizados para concluir el contrato ejercitar la respectiva competencia, pero que en forma alguna crea por sí solo una situación jurídica general o individual.

En el caso que se contempla en estos autos, del texto de las disposiciones que reglamentaban la materia se desprende que los baldíos nacionales no podían enajenarse por dinero o por vales de deuda pública, cuando la decisión del gobierno provincial era adversa, sin la aquiescencia del Ejecutivo Nacional; y es obvio que la decisión, favorable o desfavorable, que éste tomara, era de ahí en adelante obligatoria para el gobierno de la sección. Este no podía, consiguientemente, sacar a remate el predio nuevamente en las mismas condiciones que habían movido al gobierno del Estado a rehusar su aprobación. Es notorio, sin embargo, que así se obró, con preterición de la voluntad expresa del Gobierno, lo que motivó una nueva improbación de lo actuado, por lo cual el remate que ahora se invoca como origen de la propiedad privada sobre el predio no satisface los requisitos necesarios para que sea oponible al Estado, ya que para la respectiva adjudicación no se completó el complejo de actos que eran indispensa-

bles para crear la situación jurídica individual en que pretendía ser colocado don José Dolores Rincón.

B) Merced a Juán Marrufo y Negrón. Esta merced, invocada como fuente de la propiedad particular sobre el globo de tierras denominado Río del Pescado, fue otorgada en favor de Juán Marrufo y Nogrón por el presidente, gobernador y capitán general del Nuevo Reino don Diego de Córdoba y Lasso de la Vega, por "las tierras y estancias contenidas en vuestro pedimento", el que fue presentado en los siguientes términos por el representante de Marrufo y Nogrón "(...) que vuestra señoría se sirva de hacerle merced de unas tierras y dos caballerías en ellas en el sitio que llaman la quebrada de La Mona, jurisdicción de la ciudad de Pamplona, corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena".

Los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular practicada con el fin de identificar los inmuebles y establecer la correspondiente superposición de áreas, ingenieros José Dulcey, Peregrino Ossa y Leonardo Lourido, son de concepto que los terrenos denominados Río del Pescado, a que se refieren los hechos 3º y 15º de las demandas de Luis Eduardo y Manuel Roca Castellanos y de la señora Roca de Brokate, "no están comprendidos dentro de los que salieron del dominio del Estado en virtud de las mercedes reales dadas al gobernador Juan Marrufo y Nogrón, don Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Joseph Naranjo y Cristóbal Vallejo", dictamen que sustentan en las siguientes razones consignadas en la ampliación y aclaración que de su concepto hicieron a petición de la parte actora: Del estudio completo de los títulos llegamos a la conclusión de que el gobernador don Juan Marrufo y Nogrón solicitó unas tierras y dos caballerías en la extensión comprendida entre la desembocadura de la quebrada de La Mona en el río Cachirí, hasta la desembocadura de éste en el Río Grande de La Magdalena; pero el soberano español no le adjudicó sino dos caballerías de tierra, en la confluencia de la quebrada de La Mona y el río Cachirí (...). Ya se ha dicho que una cosa fue lo que pidió el gobernador y otra la que se le adjudicó, basada en su petición, lo cual está perfectamente demostrado en los memoriales y autos transcritos anteriormente. El pidió dos caballerías de tierras en una región comprendida entre la desembocadura de la quebrada de La Mona en el río Cachirí; y éste, aguas abajo, hasta el río Magdalena, región que se ve claramente en el mapa que presentamos. Pero los representantes del soberano español le adjudicaron las dos caballerías alrededor de la quebrada de La Mona, en su desembocadura en el río Cachirí (...). Sacamos la conclusión de que en el siglo XVIII nadie consideraba que el título de El Pescado, con los linderos que figuran en el hecho 14 de la demanda de la señora María Roca de Brokate, sino que eran un cuerpo cierto de un determinado número de estancias (...). Al dibujar en el mapa los terrenos mercedados a Juan Marrufo y Nogrón y a los señores Miguel Francisco de los Ríos Redondo, Joseph Naranjo y Cristóbal Vallejo no dimos linderos, sino que hicimos una representación esquemática de las áreas que tienen las dichas mercedes para que, teniéndose en cuenta la escala en que está dibujado el mapa, los que lo vieren se den cuenta de su magnitud; y la diferencia de superficies entre las mercedes y las correspodendientes a los terrenos alinderados en los hechos 14, 15 y 17 de la demanda de la señora María Roca de Brokate, (...). La merced otorgada a Marrufo y Nogrón fue una merced írrita, que nunca llegó a concretarse ni a ubicarse en la realidad del terreno. Es cierto que, hasta el año de 1743, esas dos caballerías ni se habían localizado, ni se habían medido, ni siquiera se habían regulado. Luego mal pueden estar incluídas en estas mercedes los terrenos alinderados en los hechos 14, 15 y 17 de la demanda de la señora María Roca de Brokate, ni en los linderos de los hechos 3 y 4 de la demanda de los señores Luis Eduardo y Manuel Roca Castellanos".

A las anteriores razones replica la parte actora, tras un minucioso análisis de documentos y actuaciones judiciales de los cuales supone que se infiere la propiedad particular de los terrenos a que se refieren las demandas:

"La exacta coincidencia entre el contenido de los documentos que se dejaron relacionados, y la del tenor literal de los mismos, no deja la menor duda de que se solicitó una merced de **"unas tierras y dos caballerías en ellas en el sitio que llaman la Quebrada de La Mona, jurisdicción de la ciudad de Pamplona, corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de La Magdalena"**; que así le fue concedido, otorgándose en favor del peticionario el título correspondiente "de las tierras y estancias contenidas en vuestro pedimento, incluso", y más tarde el documento de confirmación se hizo "por **las tierras y estancias** que llaman la Quebrada de La Mona, de la jurisdicción de la ciudad de Pamplona, corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el grande del Magdalena..."; que tomó posesión de las mismas el 22 de junio de 1708 conforme al título; que posteriormente en el auto de la Real Audiencia (octubre de 1717), se dispuso ampararlo "en ellas **debajo de los límites y linderos que en el título se contienen** que por el presente le **ampara en dichas tierras** para que como suyas propias las goce y posea según y como las ha poseído **desde dicha merced hasta aquí y le daréis posesión de todas ellas**..."; y que el amparo o nueva posesión (26 de abril de 1722) se refiere igualmente a **"las tierras que constan en dichos autos"**.

"Los peritos que intervinieron en este juicio, con equivocado criterio, conceptuaron sobre el particular, así: 'Del estudio completo de los títulos llegamos a la conclusión de que el gobernador don Juan Marrufo y Nogrón, solicitó unas tierras y dos caballerías en la extensión comprendida entre la desembocadura de la quebrada de La Mona en el río Cachirí, hasta la desembocadura de éste en el río grande de La Magdalena; pero el soberano español no le adjudicó, sino dos caballerías de tierra, en la confluencia de la quebrada de La Mona y el río Cachirí'... Ya se ha dicho: que una cosa fue lo que pidió el gobernador y otra la que se le adjudicó, basada en su petición, lo cual está perfectamente demostrado en los memoriales y autos transcritos anteriormente. El pidió dos caballerías de tierra, en una región comprendida entre la desembocadura de la quebrada de La Mona en el río Cachirí; y éste, aguas abajo, hasta el río Magdalena, región que se ve claramente en el mapa que presentamos. Pero los representantes del Soberano Español le adjuntaron las dos caballerías alrededor de la quebrada de La Mona, en su desembocadura en el río Cachirí. El pidió que fuera en tierras útiles y fructíferas, y al tomar posesión en este lugar, demuestra, que él consideró, que las tierras de las cuales tomó posesión tenían las condiciones por él requeridas, e implícitamente aceptó; que el resto de la región, por él indicada, era de condiciones inferiores a aquellas sobre las cuales tomó posesión".

"Tan desacertado concepto, queda ampliamente refutado no solo con las transcripciones de los antecedentes de la adjudicación, sino con las mismas conclusiones de la H. Corte en su fallo de 14 de julio de 1944 (G.J. T. LVIII, Pág. 417 y ss.), en el cual, después de convenir en que ciertamente el pedimento se hizo con la intención de obtener una extensión de terreno determinado o determinable, agrega: '...pero para hacer la determinación el pedimento dio solamente estos datos: 'unas tierras y dos caballerías en ellas en el sitio que llaman la quebrada de La Mona jurisdicción de la ciudad de Pamplona, río abajo de Cachirí, hasta dar en el río de La Magdalena'. Claramente se indica un punto o sitio, arcifinio, el de la quebrada de La Mona, donde la adjudicación debía tener lugar, y a donde se trasladaron los funcionarios que intervinieron en las diligencias de posesión y entrega. Ese sitio, así llamado por el pedimento, el de la quebrada de La Mona, constituye realmente la única referencia cierta de ubicación; en él debía hacerse la entrega y allí se hizo. Desde luego que el contenido de la entrega tampoco se determinó en su origen, para la localización de las caballerías de tierras adjudicadas. Pero sí es evidente que el título se otorgó, que fue confirmado y que se entregaron, como así lo acreditan las diligencias de posesión y entrega, las tierras a que el título se refirió'.

"No niega, pues, la Corte que lo pedido y otorgado en 1707, y luego confirmado por el Soberano Español fue la extensión com-

prendida dentro de los linderos que van del sitio de la quebrada de La Mona a la desembocadura del río Cachirí o el Lebrija al Magdalena, y que la posesión se le dio conforme a lo expresado en el título y su confirmación.

"Ahora bien, y siendo esto así, pues los documentos aducidos no dan margen para una interpretación distinta, hay forzosamente que concluir que toda la extensión comprendida "desde el sitio de la quebrada de La Mona corriente río abajo de Cachirí hasta dar en el grande de La Magdalena" salió del dominio de la Corona de España y entró a formar parte del patrimonio particular del concesionario Marrufo y Nogrón.

"Que éste tomó posesión de todas las tierras comprendidas dentro de aquellos límites, y no simplemente de las dos caballerías pedidas dentro de éstos, lo establecen irrefutablemente tanto la providencia de entrega cuanto la diligencia de posesión ya que una y otra se refieren a las "tierras contenidas en este real título"; y de otro lado se desprende del hecho de que no se hizo medida alguna, "con declaración de que no se tendió cabuya y se ejecutó lo referido debajo de los linderos pedidos por dicho gobernador...", como dice textualmente esta pieza; y de que, conforme al ritual de aquellos lejanos tiempos, además de los que relata la diligencia, "se revolvió en dichas tierras y amojonó con piedras sus linderos, **por lo que toca a la frente de dichas tierras comenzando el primero desde dicha quebrada de La Mona arriba...**".

"Quedó así determinado, dentro del alindamiento general, una de las líneas o frente de la merced, precisamente la del lindero que comienza en la quebrada de La Mona, como hecho indicativo y suficiente en derecho de la aprehensión material de todo lo adjudicado en la merced real.

"A esta posesión cumplida en 1708 sucedió dos años más tarde (1710) el acto de confirmación, igualmente expedido por **"las tierras y estancias que llaman la quebrada de La Mona, de la jurisdicción de la ciudad de Pamplona, corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el grande del Magdalena...**".

"Los documentos analizados explican y aclaran el sentido y alcance del pedimento por "unas tierras y dos caballerías en ellas", frase que tanto ha torturado y confundido a los intérpretes contemporáneos del documento de petición, y con la cual se quiso significar, conforme lo entendieron las autoridades de la época, no solo las que intervinieron en el otorgamiento de la merced, la posesión y confirmación, amparo, etc., hasta 1721, sino posteriormente hasta 1742, como en otro capítulo se verá, la facultad de escoger dentro de los límites conocidos las dos caballerías en la merced mencionada.

"Esta fiel relación de antecedentes desvirtúa por completo el aserto de los peritos, quienes después de convenir en que la solicitud se hizo por tierras útiles y fructíferas, en el pasaje ya aludido de su dictamen, añaden que al tomar posesión en el indicado sitio de La Mona, se le dio únicamente una extensión superficiaria de dos caballerías, considerando el beneficiario que éstas tierras tenían "las condiciones por él requeridas".

"No es exacto esto, ni tiene fundamento alguno en las piezas estudiadas, desde luego que la posesión se refirió a todas las tierras pedidas en merced real de acuerdo con el título que le había sido expedido; y la confirmación, que fue posterior, así como el amparo de posesión de la Real Audiencia y las diligencias que la ejecutaron, se refieren inequívocamente a todas las tierras señaladas en el pedimento original, es decir, a todas las encerradas dentro de los límites en él indicados".

No es esta la primera vez que esta Sala de la Corte se ocupa en el estudio del título que contiene la adjudicación a don Juan Marrufo y Nogrón. De los varios fallos que en distintas oportunidades se han proferido sobre la materia, obra en estos autos, en copia traida por la parte opositora, el dictado el catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y dos en el juicio promovido por la Nación contra la Richmond Petroleum Company of Colombia, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación, porque contienen conceptos no contestados has-

ta ahora sobre ese título, que además coinciden con las conclusiones de la peritación practicada en este juicio. Dicen así:

"Adjudicación a Juan Marrufo y Nogrón.

"Los documentos en que consta, allegados a los autos, dicen, en lo principal, lo que pasa a transcribirse, respecto al pedimento, la entrega y posesión, la confirmación y una segunda posesión o entrega:

"Pedimento. 'Señor Presidente Governador y Capitán General de este Reyno. —Miguel Gerónimo González en nombre del Governador don Juan Marrufo Nogrón, vecino de esta ciudad, y en virtud de su Poder que presento con la solemnidad necesaria a V. SSa., parezco como mayor aya lugar en dro. y digo que el Dho. mi parte es persona benemérita y se alla con obligaciones y necesita para ayuda de su sustento y el de su familia el que V. Señoría se sirva de acerle mrd. de unas tierras y dos caballerías en ellas en el sitio que llaman la quebrada de La mona, jurisdicción de la ciudad de Pamplona, corriendo río avajo de Cachirí asta dar en el río de la Magdalena respecto a que dha. tierra está despoblada baldía y eriaza siempre desde la conquista del Reyno y poblándola mi parte se sigue utilidad al vien público en cuya conformidad se ha de servir V. Señoría de mandar se despache mandamiento de Diligencias en la forma ordinaria, etc., etc.... Miguel Gerónimo González'. Título: Autos y Vistos... Mediante lo cual libro el presente por él en nombre del Rey Ntro. Señor y en virtud de la facultad que suya tengo ago merced a vos el Governador don Juan Marrufo y Nogrón de las tierras y estancias contenidas en vro. pedimento incluzo en atención averse echo las diligencias que así mismo ban incluzas devajo de los límites y linderos que señalais y en ellas se expresan para que las tengais, poseais y cultibeis como cosa vra. propia, etc., etc... Fho. en la ciudad de Santafé a doce de diciembre de mil setecientos y siete años. Don Diego Córdoba Lazo de la Vega. Por mandado de su señoría. Esteban Gallo, escribano y teniente Real de la Cámara'. --Entrega y posesión: 'En la ciud. de Pamplona, en primero de junio de mil setecientos y ocho años, yo Don Juan Ubaldo Jaimes de Figueroa, Regidor Perpetuo por su Majestad en ella y en quien está depositada la bara de alcalde Hordinario de esta ciudad aviendo sido requerido con este Despacho por parte del Governador don Juan Marrufo y Nogrón, dije se guarde, cumpla y execute según y como en el se contiene, expresa y declara y en ejecución y cumplimiento se da comisión la que sea necesaria y en dr. se requiere para valer Egidio Jaimes para que con vara alta de la Real Justicia entre en posesión desta parte de las tierras contenidas en este título, la cual se dará Real, actual, sivil velquasi conforme a dro. y en caso de que el dho. Governador Don Juan Marrufo no tome dha. posesión personalmente la dará a quien tuviere su poder y lo pondrá por razón para que conste y así lo provey, mandé y firmé y con testigos por no aver Escribano. Juan Ubaldo Jaimes de Figueroa. Tgo. Zptoval Cavallero. Testigo Pedro Carvajal'. 'En el sitio de la quebrada de La Mona y sitio de Vagaloma términos y jurisdicción de la ciudad de Pamplona en veintidós días del mes de junio de mil setecientos y ocho años yo dho. juez aviendo llegado a dho. sitio en compañía del Governador Don Juan Marrufo y Nogrón para efecto de darle posesión de las tierras contenidas en este Real Título y en presencia de los testigos que me acompañaron le mandé a dho. apoderado la tomase, quien en su conformidad arrancó diferentes matas, quebró diferentes palos y se Revocó en dhas tierras y amojonó con piedras sus linderos por lo que toca a la frente de dichas tierras comenzando el primero desde dicha quebrada de La Mona arriba con declaranza, que no se tendió cabuya y que se ejecutó lo referido devajo de los linderos pedidos por dho. Governador y dados por el señor General de la Artillería Don Diego de Córdoba Lago de la Vega del Concejo de su Majestad su Presidente Govern. y Capitán General en este Nuevo Reyno de Granada y el dho. apoderado en nombre de su parte dijo que aceptaba dha. posesión y como cosa suya avida y adquirida con justo título la defendería en todas instancias, etc. etc. ...Egidio Jaimes Calderón, Laurían de Ortega. Diego Carrión'. Confirmación: 'Autos y Vistos apruébase y confírmase la anrd. echa al Governador don Juan Marrufo No-

grón vecino de esta ciudad por el Govierno Superior de este Reino de las tierras y estancias que llaman la quebrada de La Mona de la jurisdicción de la Ciudad de Pamplona corriendo río avajo de Cachirí asta dar en el grande de la Magdalena por constar echas las Diligencias Conbenientes yestar pagado Su Majestad del Interés Equivalente y recaer la mrd. en persona benemérita y Digna de Gratificación y en consecuencia corra el mandamiento de Posesión en virtud del título que sele despachó en dose de diciembre de mil setecientos ysiete años, sinembargo de la contradizión echa por Joseph Esteban, Galán y otros consortes al tiempo que se le dio al dho. Govr. Don Juan Marrufo que fue el día veintidós de junio de mil setecientos y ocho años q. se declara no aver lugar en cuanto a este juisio por aver más tiempo de dos años en que pudieron aver ocurrido a este Juzgado a dedusir su dro. etc., etc... Así lo proveyó, mandó y firmó el señor Licenciado don Vicente de Aramburu Cavallero del Orden de Santiago de el Concejo de Su Majestad, oridor y alcalde de Corthe de la Real Audiencia de este Reino y Juez Privativo de las tierras de este Reino en virtud de Reales Cédulas en Santafé a tres de noviembre de mil setecientos y diez años. Don Vicente de Aramburu. Ante mí don Agustín de la Peñuela Carvajal, Receptor. Mediante lo cual libré el presente y por él en nombre del Rey Nuestro Señor y en virtud de la facultad que suya tengo, confirmo y apruebo la mrd. echa al Govern. Don Juan Marrufo y Negrón por el Govierno Superior de este Reino de las tierras y estancias de la quebrada de La Mona en la jurisdicción de la ciudad de Pamplona, según los linderos contenidos en dha. mrd. por constar estar echas las diligencias necesarias y aver pagado a Su Majestad su importe y recaer dha. mrd. en persona benemérita yen su virtud mando corra el mandamiento de posesión que se libró sinembargo de la contradizión echa por Joseph Estéban, Galán y demás consortes que declaro no aver lugar por no aver ocurrido a los suso dhos. a usar de su dro. a este Juzgado reservándoles éste en quanto al juisio de propiedad y ordeno y mando a todas y cualesquier Justicias de aquel Distrito que siendo requeridos por parte de el dho. Governador Don Marrufo y Nogrón le amparen en la posesión de dhas. tierras y no consientan sea desposeido sin primero ser oido y vencido y así lo cumplan dhas. Justicias sin aser cosa en contrario, etc. etc. Fho. en Santafé a seis de noviembre de mil setecientos y diez años. Don Vicente de Aramburu. Por su Mdo. Don Agustín de la Peñuela Carvajal, Receptor.

Nuevo amparo de posesión: 'Nos el Presidente y oidores de la Audiencia Real de Su Magestad a cuyo cargo está el Govierno de este Virreinato, etc, etc.... Autos y Vistos. Líbrese despacho cometida su ejecusión a Don Juan de Misurio, Alcalde Mayor de las Minas de Betas de Pamplona para que de nuevo ampare y dé posesión al Govern. Don Juan Marrufo y Negrón en las tierras contenidas en el escripto lanzando las personas que en ellas hubiere yntroducidas y en especial a Diego Gatán a quien derribará los bohíos que ubiere echo y ará pagar como está mandado los arrendamientos desde el día que le constó ser las tierras del dho. Don Juan Marrufo y le sacará cien pesos en que la multa por la rebeldía y contumasia que a tenido en ovedecer los mandatos superiores aviendo ocurrido a la Real Auda. y ganado despacho subrreticialmente en virtud de la comisión primitiva y en caso que aya muerto el dho. Diego Galán se sacará la multa de los que en sus bienes ubieren subsedido y se remitirá a mi Juzgado y lo mismo se entienda en los arrendamientos. Mediante lo cual libré el presente y por él os hordeno y mando que siendo requerido por parte del dho. Governador Don Juan Marrufo y Nogrón o como os fuera entregado en cualquier manera veais el auto incluso por mi proveído y lo guardeis, cumplais y excuteis y llevar y llevareis a devida ejecuzión con efecto y sobre que la tenga luego y sin dilazión pasareis de nuebo a dhas. tierras y estando en ellas y con el ejecutorial y posesiones que se le an dado que se le buelbe original para el efecto y o ampareis en ellas debajo de los límites y linderos que en el título se contienen que por el presente le amparo en dichas tierras para que como suyas propias las goze y Posea según y como las a poseído desde dha. mrd. asta aqui y le dareis posesión de todas ellas y executando lo referido si alguna o al-

gunas personas las ocuparen o estubieren yntroducidas las lanzareis y en especial a Diego Galán a quien derribareis los Bohíos que ubiere echo y ganados que tubiere y procederis por todo rigor en dro. Et. etc.... Fho. en Santafé a veintetrés de octubre de mil setecientos y diez y siete años. Don Luis Antonio de Losada. Por mandado de Su Señoría. Don Martin Carlos Saens del Pontón. Mediante lo qual acordamos librar el presente y por él hordenamos y mandamos a el Alcalde mayor actual de las Betas de Pamplona que siendo requerido o como le fuere entregado por parte del Suplicante Govern. Don Juan Marrufo Nogrón vea el Despacho suso ynserto y Decreto por nos proveído y lo guardeis, cumplais y ejecuteis y agais guardar, cumplir y ejecutar según y como en él se contiene y declara asiendo se lleve a pura y devida ejecuzión con efecto sin ir ni pasar contra su tenor y forma en manera alguna pena la contenida en dho. Despacho y de otros cien pesos más aplicados en la forma horda, so la cual mandamos que no aviendo escribano lo notifique persona que sepa ler y escribir con testigos. Fho. en Santafé a veinte y dos de Henero de mil setecientos y veinte y un años. Don Juan Gùtiérrez de Arze. Don Joseph de Leisequille. Por su mandado Don Juan Joseph García'. Segunda posesión o entrega: 'En el sitio de Bagaloma en veinte y seis de abril de mil setecientos y veinte y dos años y don Joseph de Vela Patiño, familiar del Santo Oficio, Alcalde Mayor de los Reales de Minas de los de Vetas y demás de su jurisdicción por su Majestad en virtud de lo mandado di Pozeción a Egidio Jaimes de las tierras que constan en dhos. autos y en señal de dha. Posesión arrancó yervas, mudó piedras y demás seremonias acostumbradas. La qual Posesión fue en nombre del Governador Don Juan Marrufo y Nogrón en virtud del Poder presentado sivil. Leal y Velquasi según dro, y para ello cité Pablos Durán y a Laurián de Ortega vecinos más cercanos y lo firmé y firmó el dho. Egidio Jaimes con tgos. por no aver Escribano, Don Joseph de Vela Patiño. Tgo. Francisco Antonio Idalgo Ladrón de Guevara. Joseph de Cuevas. Egidio Joseph Jaimes'.

" 'Refiriéndose el abogado del opositor a los documentos transcritos, los comenta así:

" ' 'En primer término, el pedimento. Dice así: ...'Se sirva hacerle merced de unas tierras y dos caballerías en ellas en el sitio que llaman la quebrada de la Mona, jurisdicción de la ciudad de Pamplona, Río abajo de Cachirí asia dar en el río de la Magdalena' (1707). Qué debe entenderse por esta petición? Es indudable que la intención del peticionario fue la de obtener una adjudicación que le diera derecho, de acuerdo con su pedimento, a terrenos comprendidos dentro de los linderos mencionados; 'La quebrada de la Mona, río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena'. Los otros documentos, o sean, el título, la confirmación, la entrega y amparo de posesión, se hallan en completa armonía entre sí y con el pedimento. El título (1707) dice: ...'En nombre del Rey Nuestro Señor, y en virtud de la facultad que suya tengo, hago merced a vos el dicho Governador Don Juan Marrufo y Nogrón de las tierras y estancias contenidas en vuestro pedimento incluso en atención a haberse hecho las diligencias que asimismo van inclusas, debajo de los límites y linderos que señalais y en ella se expresan...'. La primera diligencia de entrega o posesión (1708) dice: ...'Yo el dicho Juez, habiendo llegado a dicho sitio (La Mona) en compañía del Governador don Juan Marrufo y Nogrón y para efecto de darle posesión de las tierras contenidas en este real título'... En seguida añade: ...y se amojonó con piedras sus linderos por lo que toca a la frente de dichas tierras comenzando el primero desde dicha quebrada de la Mona arriba con declaración que no se tendió cabuya y se ejecutó lo referido debajo de los linderos pedidos por dicho Governador y dados por el Señor General de la Artillería Don Diego de Córdoba Lazo de la Vega'. (Pedimento y título). La confirmación (1710) dice: 'Autos y Vistos apruébase y confírmase la merced hecha al Governador don Juan Marrufo Nogrón vecino de esta ciudad por el Govierno Superior de este Reino de las tierras y estancias que llaman la quebrada de la Mona de la jurisdicción de la

ciudad de Pamplona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el grande de la Magdalena... y en consecuencia corra el mandamiento de posesión en virtud del título que se le despachó en doce de diciembre de mil setecientos y siete años... que fue el día veintidós de junio de mil setecientos y ocho años... Más adelante añade: 'Mediante lo cual libré el presente y por él en nombre del Rey Nuestro Señor y en virtud de la facultad que suya tengo confirmo y apruebo la merced hecha al Governador don Juan Marrufo y Nogrón por el Gobierno Superior de este Reino de las tierras y estancias de la quebrada de la Mona en la jurisdicción de la ciudad de Pamplona según los linderos contenidos en dicha merced...' El nuevo amparo de posesión (1721) dice: 'Nos el Presidente y Oidores de la Audiencia Real de Su Magestad a cuyo cargo está el Govierno de este Virreinato, etc. etc. ... Autos y Vistos líbrese despacho cometida su ejecución a don Juan de Miaurio, Alcalde Mayor de las Minas y Vetas de Pamplona para que de nuevo ampare y dé posesión al Governador don Juan Marrufo y Nogrón de las tierras contenidas en el escripto'... Más adelante dice: ...'Y le ampareis en ellas debajo de los límites y linderos que en el título se contienen que por el presente le amparo en dichas tierras para que como suyas propias las goce y posea según y como las ha poseído desde dicha merce (sic) hasta aquí y le dareis posesión de todas ellas'... Luego añaden (el Presidente y los Oidores): 'Mediante lo cual acordamos librar el presente y por él ordenamos y mandamos a el Alcalde Mayor actual de las Vetas de Pamplona que siendo requerido o como le fuere entrega por parte del suplicante Governador don Juan Marrufo Negrón vea el despacho suso inserto y decreto por non proveído y los guardeis, cumplais y ejecuteis y hagais cumplir y ejecutar según como se contiene y declara haciendo se lleve a pura ejecución con efecto sin ir ni pasar contra su tenor y forma en manera alguna...' La segunda entrega o posesión (1722) dice: 'En virtud de lo mandado di (habla el Juez comisionado) posesión a Egidio Jaimes de las tierras que constan en dichos autos. ...La cual posesión fue en nombre del Governador don Juan Marrufo y Negrón...' No cabe, pues, duda ninguna, en presencia de los documentos auténticos citados, todos armónicos y contextos entre sí, producidos en el decurso de quince años (1707 a 1722) y autorizados por distintos funcionarios de la Corona Española, de que las tierras de la merced hecha al Governador don Juan Marrufo y Negrón fueron segregadas del conjunto de realengos por sus expresados linderos o sean: 'La quebrada de la Mona corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el grande de la Magdalena', para ser entregadas como lo fueron realmente al citado Governador, a quien se amparó en todas ellas, reconociéndose expresamente la posesión ejercida por éste desde la fecha de la merced (12 de diciembre de 1707) hasta la última entrega realizada el veintiseis de abril de 1722: 'Y lo amparéis en ellas debajo de los límites y linderos que en el título se contienen... para que suyas propias las goce y posea según y como las ha poseído desde dicha merced hasta aquí y le dareis posesión de todas ellas —dice la sentencia de veintitrés de octubre de mil setecientos diez y siete— conforme a la cual se le hizo la entrega el 20 de abril de 1722'.

" 'Para la Corte no tienen los documentos transcritos el significado que pretende deducirles el opositor.

" 'El pedimento se hizo, como lo anota el señor abogado, con la intención de obtener una extensión de terrenos determinada o determinable; pero para hacer la determinación el pedimento dio solamente estos datos: 'unas tierras y dos caballerías en ellas en el sitio que llaman la quebrada de la Mona jurisdicción de la ciudad de Pamplona, río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena'. Claramente se indica un punto o sitio, arcifinio, el de la quebrada de la Mona, donde la adjudicación debía tener lugar, y a donde se trasladaron los funcionarios que intervinieron en las diligencias de posesión y entrega. Ese sitio, así llamado por el pedimento, el de la quebrada de la Mona, constituye realmente la única referencia cierta de ubicación; y en él debía hacerse la entrega y allí se hizo. Desde luego que el contenido de la entrega tampoco se determinó en su origen, pa-

ra la localización de las caballerías de tierras adjudicadas. Pero sí es evidente que el título se otorgó, que fue confirmado y que se entregaron, como así lo acreditan las diligencias de posesión y entrega, las tierras a que el título se refirió. Desafortunadamente las solas indicaciones sobre ubicación contenidas en el pedimento, son las únicas que pueden servir para la identificación de los terrenos, pues el título mismo, las diligencias de posesión y amparo y la confirmación se refieren todas a los datos del pedimento: el título se otorga 'debajo de los límites y linderos que señalais y en ellas se expresan'; la primera diligencia de entrega y posesión, la de 1708, se hizo 'para efecto de darle posesión de las tierras contenidas en este real título'; el amojonamiento 'por lo que toca a la frente de dichas tierras' se practicó 'debajo de los linderos pedidos por dicho Gobernador" y dados por el señor General de la Artillería don Diego de Córdoba Lasso de la Vega', que son los del título; la confirmación se hizo sobre 'las tierras y estancias que llaman la quebrada de la Mona', disponiéndose que 'corra el mandato de posesión en virtud del título' o sea por los linderos indicados en éste; el amparo de 1717 se hizo 'debajo de los límites y linderos que en título se contienen'; y la entrega o posesión de 1722 ratificó la anterior posesión.

" 'Obsérvese cómo la diligencia de posesión del 22 de junio de 1708 advierte la circunstancia de haber llegado el Juez a dicho sitio (el de la quebrada de la Mona) en compañía del Gobernador don Juan Marrufo y Negrón, para efecto de dar la posesión, y que en el mismo día 22, en que se extiende la diligencia y se recibe la posesión, don Juan Marrufo 'amojonó con piedras sus linderos por lo que toca a la frente de dichas tierras'. La diligencia de posesión no se refirió, pues, a varios puntos o lugares, sino al sitio de la quebrada de la Mona, que fue el único que a su vez se indicó como tal, como sitio, en el pedimento de Marrufo. Las otras expresiones y palabras allí consignadas, a saber: 'corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de La Magdalena', no indican un sitio o lugar determinado y podrían entenderse como un complemento indicativo del lugar donde debía encontrarse el sitio que llaman la quebrada de la Mona, en el que la adjudicación habría de hacerse, sitio que debería hallarse 'corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena'. Si el sitio de la quebrada de la Mona podía abarcar las dos caballerías de tierras, en la contigüidad de esa quebrada, como evidentemente las pudo comprender, la referencia a los ríos Cachirí y de la Magdalena apenas podía tener el significado de indicar la zona o región en que a su vez se encontraba o podía hallarse 'el sitio que llaman la quebrada de la Mona'.

" 'Reafirma el concepto expresado acerca de que la adjudicación a Marrufo no debía extenderse a más de dos caballerías de tierras la expresión del pedimento en que dice su apoderado: 'y necesita para ayuda de su sustento y el de su familia el que V. Señoría se sirva hacerle merced...'. No se se trataba, por tanto, de obtener una adjudicación para desarrollar en ella grandes empresas que requerirían grandes extensiones de tierras, sino para derivar lo necesario al sustento del peticionario y de su familia.

" 'Las consideraciones que preceden hacer (sic) ver a la Sala que la merced a Marrufo y Negrón debe razonablemente entenderse ubicada en el lugar a que el título se refirió, como ya se ha visto, en el sitio de la quebrada de la Mona, y no en otros sitios o lugares, y limitada, desde luego, a la extensión de dos caballerías. El área que se pretende cobijada por ese título, según el opositor, es muchas veces mayor, de trescientas mil hectáreas aproximadamente, conforme a los estudios técnicos que obran en el expediente. Lo que se explica porque se extiende a zonas distintas y muy distantes del sitio de la quebrada de la Mona, por todo el río Lebrija hasta el Magdalena. Tan considerable extensión y ampliación se explican asímismo, por las interpretaciones que se le han dado a la merced de Marrufo con base en las palabras de ellas: 'corriendo el río Cachirí abajo hasta dar al río grande de la Magdalena'."

A lo cual cabe agregar, que si se observan los planos de la extensísima región comprendida entre la quebrada de la Mona y

el río Magdalena elaborados por los peritos ingenieros que actuaron en este proceso, y otros trasladados de otras causas, que obran en el expediente, se ve con toda claridad: a) Que el río Cachirí rinde sus aguas al Lebrija, a muchos kilómetros del Magdalena, y no a éste, como pudiera suponerse por el pedimento de "unas tierras y dos caballerías en ellas, en el sitio que llaman la quebrada de La Mona (M.), corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río de la Magdalena"; lo que induce a pensar —como ya en alguna ocasión hubo de anotarlo la Corte— que si Marrufo y Negrón aludió al curso del río Cachirí fue únicamente para indicar la zona donde se hallaba la quebrada de La Mona, y donde, consiguientemente, se encontraba el lugar donde debía hacerse la adjudicación: en el sitio denominado quebrada de La Mona, "corriendo río abajo de Cachirí hasta dar en el río Magdalena", esto es, en el lugar de aquel nombre situado en el trayecto que recorre el expresado río. b) Que siendo la que configuran los ríos Cachirí y Lebrija una línea longitudinal que atraviesa la región desde su extremo suroriental, en la desembocadura de la quebrada de La Mona en el río Cachirí (cerca de Bagaloma), hasta el nororiental, en la desembocadura del Lebrija en el Magdalena, y no un término que separe un globo de tierras de otras por todos sus costados, no puede tenerse como lindero suficiente para determinar o individualizar un predio. c) Que la locución "unas tierras y dos caballerías en ellas" debe entenderse como petición de "dos caballerías" en "unas tierras", "en el sitio que llaman la quebrada de la Mona", extensión que no puede comprender la vastísima región que se observa entre la quebrada de La Mona, el río Lebrija y el Magdalena. Y si a lo expresado se agrega que la desembocadura de La Mona en el río Cachirí, cerca del lugar denominado Bagaloma, donde Marrufo y Negrón solicitó que se le hiciera merced de las dos caballerías, y donde se le dio posesión de ellas según rezan los títulos que exhibe, se encuentra a apreciable distancia de los terrenos donde se supone la existencia de hidrocarburos cuya propiedad reclaman los demandantes, bien se comprende que tal merced no puede ser aceptada como el título en virtud del cual el inmueble que se ha supuesto de propiedad particular salió del dominio del Estado.

C. **Mercedes a Miguel de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo.** Estas tres mercedes constan en el mismo título y fueron otorgadas en la misma providencia, en la que se declaran realengas las tierras denunciadas con tal carácter, no obstante la oposición de los sucesores de Juan Marrufo y Negrón quienes consideraron que estaban comprendidas dentro del globo mercendeado a aquel. La adjudicación se hizo en cantidad de diez estancias a Miguel de los Ríos Redondo, una a José Naranjo y otra a Cristóbal Vallejo.

Ya se han transcrito las razones por las cuales los peritos que actuaron en este juicio conceptúan que los terrenos denominados Río del Pescado no solamente no forman parte de los que fueron mercendeados a don Juan Marrufo y Negrón, sino que tampoco están comprendidos dentro del globo de tierras adjudicado a Miguel de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo.

Pero es más: las tierras cuyo subsuelo petrolífero hoy se reclama como de propiedad particular se encuentran comprendidas dentro de otro globo de mayor extensión, cuyo perímetro describe así la demanda: "Por el río del Pescado, donde se junta dicho río con el de Cachirí, siguiendo para el occidente hasta juntarse con el río llamado Lebrija; siguiendo éste por el mismo occidente hasta encontrar el río Magdalena; de este punto siguiendo río abajo para el norte hasta ponerse frente al Cerro Pelado y líneas divisorias de las antiguas provincias de Ocaña y Pamplona hasta las cabeceras de la quebrada de San Pablo y las Jurisdicciones; de este punto siguiendo toda la quebrada de San Pablo para el sur hasta entrar al citado río del Pescado; de éste abajo a su primer lindero, juntas de este río con el Cachirí, lindando quebrada de San Pablo por medio con terrenos que fueron de Luciano Jaime, y río del Pescado por medio con terrenos de José María Valenzuela". Lindes sobre los cuales observan los peritos: "Hacemos la aclaración, con rela-

ción a los linderos descritos en esta última parte, que la quebrada de San Pablo no rinde sus aguas al río Pescado sino al río Cáchira a inmediaciones del sitio conocido con el nombre de Mal Paso en la carretera en construcción de Mal Paso a Once Reses; quedando una zona de terreno de superficie considerable entre la quebrada de San Pablo y el río del Pescado. Por esta razón el polígono no cierra". Que entre la quebrada de San Pablo y el río del Pescado existe una amplia zona de terreno que separa las dos corrientes, sin que la primera desemboque en la segunda, es cosa que puede apreciarse claramente en los planos con que los peritos ilustran su dictamen, y que hace imposible ubicar con certeza las mercedes de Miguel de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo dentro del globo general alindado en la forma que se deja indicada —ya que tampoco se encuentra comprendido en ellas—, pues la merced a Ríos Redondo, Vallejo y Naranjo se hizo "desde donde se junta la quebrada de Cachirí con el río del Pescado, dicho río arriba, de una banda a otra, hasta dar el cerro del Manzano y otro llamado de Santiago", o sea, que lo adjudicado a los mencionados mercenderos fueron doce estancias a lado y lado y a lo largo del río del Pescado, desde la unión de la quebrada de Cachirí con el río Pescado, en dirección norte hasta encontrar el cerro del Manzano; zona cuya ubicación dentro o fuera del polígono arriba descrito depende de por donde se trace la línea que caprichosamente por señalarse entre la quebrada de San Pablo y el río del Pescado para cerrar la alinderación, esto es, que el hecho, fundamental para los efectos del proceso, no ha tenido comprobación eficaz.

A este propósito es pertinente anotar que a los peritos se les solicitó que aclararan si no existen procedimientos científicos o técnicos para subsanar las deficiencias, en las titulaciones, de los alindamientos imperfectos o perímetros abiertos, a lo cual respondieron: "Al decir que el polígono alinderado por el hecho 14 de la demanda de la señora María Roca de Brokate no cierra, hemos querido manifestar esto: que los linderos son imperfectos: pues no están de acuerdo con la realidad topográfica de la región. Es claro que nosotros, sobre los mapas, podemos trazar una línea recta u otra cualquiera entre la desembocadura de la quebrada o río San Pablo en el río Cáchira a un punto cualquiera entre el nacimiento del río Pescado y su desembocadura en el Cachirí. Pero ese cierre geométrico, hecho sobre el mapa, no modifica la escritura 168 de 14 de abril de 1873, por la cual el señor Juan de Dios Vargas Parra vende un terreno al señor Samuel Gómez (...) Consideramos que no hay ningún procedimiento técnicamente racional, ni científico para corregir los linderos expresados en una escritura".

En todo caso, cualquiera que sea la solución que técnicamente pueda darse al problema que frecuentemente plantean los alindamientos imperfectos o perímetros abiertos, no podría ser admisible en este caso en que de esa solución, que desde luego descansaría en consideraciones más o menos hipotéticas, resultaría la localización de un inmueble dentro o fuera de determinado perímetro sin que pueda afirmarse que tal hubiera sido la realidad geográfica que se tuvo en cuenta en el momento de hacer la adjudicación correspondiente. Soluciones de esa naturaleza, útiles obviamente cuando se trata de deslindar terrenos, no pueden ser aplicadas sin embargo cuando lo que se discute es precisamente si cierta extensión superficiaria se halla o no comprendida dentro de otra para por ese hecho llegar al conocimiento de quien es el propietario. Como reiteradamente lo ha expuesto la Corte, una de las condiciones axiológicas de la acción de propiedad privada de hidrocarburos es que los distintos globos sean determinables y determinados sobre el terreno, y en el caso en estudio la amplia zona donde se encuentra ubicada la merced a Miguel de los Ríos Redondo, Cristóbal Vallejo y José Naranjo no ha sido determinada en su relación con la de mayor extensión que los demandantes consideran de propiedad particular, frente al Estado, por la imposibilidad de cerrar, con datos ciertos de orden topográfico, el correspondiente polígono.

Todo lo cual quiere decir que no se ha establecido que el subsuelo petrolífero que es objeto de las demandas hubiera realmen-

te salido del patrimonio del Estado en virtud de las mercedes de tierra a que se ha hecho referencia, por lo cual no pueden prosperar las pretensiones en los aludidos libelos.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA INFUNDADAS las oposiciones formuladas por Luis Eduardo Roca Castellanos y Manuel Roca Castellanos; María Roca de Brokate y José Manuel Luna Rincón, José de Jesús Prada y Paulina Rosa Merlano Luna, a las propuestas de contrato para la exploración y explotación de petróleos presentadas ante el Ministerio del ramo por la Compañía de Petróleos Tolima y Miguel Samper, hoy Compañía de Petróleos Atlántico, S. A., y distinguidas con los números 143 y 144, y, consiguientemente, absuelve a la Nación de los cargos formulados en las respectivas demandas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, envíese copia al Ministerio de Minas y Petróleos, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

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

Jesús M. Castillo, Ofl. Mayr.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA

INCIDENTES

Condiciones para que puedan proponerse. — Excepciones. — Las defensas exceptivas del demandado constituyen una facultad o derecho que el actor no le puede arrebatar. — Demanda.— Resolución que debe dictar el Juez cuando no tiene competencia para avocar el conocimiento.

1. Para que pueda proponerse un incidente es necesario que exista ya juicio por la notificación del auto de admisión a la contraparte, en la forma legal, o sea, se le corra el correspondiente traslado para que así se constituya la relación procesal; porque, según el artículo 391 del C. J., "son incidentes las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio..."; ahora, como en este negocio no existe todavía juicio, en el sentido técnico de la palabra, luego mal puede iniciarse un incidente o articulación como el de declinatoria de competencia del juez.

2. Resulta del todo inadmisible, por lo contradictorio, que el actor asuma al mismo tiempo la calidad de demandado, pues, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 330 del C. J., corresponde al demandado, "dentro del término que tiene para contestar la demanda en juicio ordinario...", proponer las excepciones dilatorias de declinatoria de jurisdicción, ilegitimidad de personería, inepta demanda y la de pleito pendiente; y así este acto constituye una facultad o derecho del demandado que el actor no le puede arrebatar.

3. Si el juez a quien se presenta una demanda considera que no tiene competencia para avocar el conocimiento, no puede resolver cosa distinta a la de rechazarla y ordenar devolverla al presunto demandante, con los resultados señalados en el artículo 87 del C. C. A.; porque sería absurdo que en la misma providencia que se declara incompetente admita la demanda, que implica un acto de conocimiento o competencia afirmada y negada a la vez y bajo el mismo aspecto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, 24 de junio de 1965.

(Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Antonio Papa C., mediante escrito de fecha 7 de mayo del año en curso, demandó ante la Sala de Negocios Generales, a la Nación con el fin de que en la sentencia definitiva se decretara "...la nulidad de la Resolución número 2207 de 1963 (diciembre 2) dictada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria 'Incora' y las que con ella se reclacionan (sic) y forman un todo (Resolución número 123 de 9 de diciembre de 1963 de la Junta Directiva del mismo Instituto, y de la Resolución Ejecutiva, Ministerio de Agricultura, de la Presidencia de la República, número 39 de febrero 18 de 1965, por las cuales se declaró la Extinción del Derecho de Dominio sobre el inmueble denominado 'La Cueva', ubicada en la vereda El Playón, en jurisdicción del Municipio de Colombia, Departamento del Huila, propiedad del demandante". (Fls. 46).

Por escrito separado, presentado en la misma fecha de la demanda, el actor solicitó "...que se abra la articulación de excepción dilatoria que me permito proponer del artículo 330 del Código Judicial, ordinal 1º,

Declinatoria de jurisdicción, con el fin de que se le dé trámite en cuaderno separado (Art. 340 ibídem) y se declare su existencia, lo mismo que solicité en la demanda principal, de conformidad con los fundamentos que expreso a continuación". (Fls. 56).

Mediante auto de 25 de mayo del año en curso, el magistrado ponente, después de hacer varias consideraciones sobre la competencia de la Sala, terminó por aceptar la demanda por reunir las condiciones legales.

1º Contra esta providencia, el apoderado del actor ha interpuesto el recurso de súplica, que la Sala considera improcedente, por las razones que pasa a exponer:

a) Para que pueda proponerse un incidente es necesario que exista ya juicio por la notificación del auto de admisión a la contraparte, en la forma legal, o sea, se le corra el correspondiente traslado para que así se constituya la relación procesal; porque, según el Art. 391 del C. J., "son incidentes las controversias o cuestiones accidentales que la ley permite discutir en el curso del juicio..."; ahora, como en este negocio no existe todavía juicio, en el sentido técnico de la palabra, luego mal puede iniciarse un incidente o articulación como el de declinatoria de competencia del juez.

b) Resulta del todo inadmisible, por lo contradictorio, que el actor asuma al mismo tiempo la calidad de demandado, pues, de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 330 del C. J., corresponde al demandado, "dentro del término que tiene para contestar la demanda en juicio ordinario...", proponer las excepciones dilatorias de declinatoria de jurisdicción, ilegitimidad de personería, inepta demanda y la de pleito pendiente; y así este acto constituye una facultad o derecho del demandado que el actor no le puede arrebatar;

c) Si el juez a quien se presenta una demanda considera que no tiene competencia para avocar el conocimiento, no puede resolver cosa distinta a la de rechazarla y ordenar devolverla al presunto demandante, con los resultados señalados en el Art. 87 del C. C. A.; porque sería absurdo que en la misma providencia que se declara incompetente admita la demanda, que implica un acto de conocimiento o competencia afirmada y negada a la vez y bajo el mismo aspecto.

2º En providencia de 3 de septiembre de 1964, proferida en el juicio ordinario de la compañía International Petroleum (Colombia) Limited contra la Nación, en relación con el recurso de súplica contra el auto de admisión de una demanda, se dijo:

"Repartida la demanda, el señor magistrado sustanciador la admitió mediante providencia dt fecha 29 de julio de este año y ordenó correr el traslado de regla al Procurador delegado en lo Civil, quien, en lugar de dar respuesta al libelo, interpuso los recursos de reposición y el de súplica, como principales, para que el magistrado decidiera cuál de ellos procedía en este asunto.

"El señor magistrado sustanciador, en auto de 31 de agosto consideró que la cuestión propuesta por el Procurador delegado, en relación con la caducidad de la acción o acciones ejercitadas en el juicio, tenía el carácter de interlocutoria, porque 'cuando se trata de acciones de las que en principio puede predicarse el fenómeno de la caducidad, es claro que el auto que la admite conlleva la afirmación de que dicho fenómeno no ha ocurrido, lo que le viene a dar el carácter de interlocutorio'.

"Como la providencia que admite una demanda tiene el carácter de auto de sustanciación, pues no tiene por objeto el juzgamiento de ningún punto sustancial relacionado con la acción, el único recurso viable es el de reposición, cuando la finalidad de la alegación atañe a puntos de simple tramitación, como por ejemplo, que se haya ordenado correr el traslado por cinco días, en lugar de diez u otros de igual contenido o naturaleza.

"Ahora, si la cuestión propuesta o reclamada por el demandado atañe a cuestiones incidentales o de fondo, resultan del todo improcedentes los recursos de reposición o

de súplica, porque ninguno de ellos, en tales casos, es el admitido por la ley.

"En efecto, si se trata de un hecho que constituya una excepción dilatoria, como la ilegitimidad de personería, la declinatoria de jurisdicción u otros similares, los artículos 330 y siguientes del C. J. determinan el procedimiento a que deben sujetarse, sin que sea dable a la parte demandada pretender que, mediante un simple recurso de reposición o de súplica 'per saltum', se decida sobre la dicha excepción de plano sin necesidad de observar el procedimiento incidental previsto en el Código de la materia.

"Ahora, si no se trata de una excepción dilatoria sino de una perentoria, menos todavía podrá ser objeto de decisión con ocasión de un recurso de reposición o de súplica, por cuanto el Art. 342 del C. J. dispone: 'Las excepciones perentorias no son materia de incidentes de especial y previo pronunciamiento, pues ellas se deciden en la sentencia definitiva'.

"Respecto de los llamados presupuestos procesales, según la naturaleza de ellos, algunos podrán decidirse mediante la tramitación de una excepción dilatoria, mientras que otros habrá que reservarlos para la sentencia, en especial cuando adquieren la calidad de excepciones perentorias formales, que en algunas ocasiones, por disposición expresa de la ley, extinguen no solo el proceso o juicio sino también la acción misma.

"Por demás está decir que una excepción dilatoria o un presupuesto procesal no pueden ser objeto de estudio y decisión, bajo el pretexto de un recurso de reposición o de súplica interpuesto contra el auto de admisión de la demanda, especialmente cuando requiere la demostración de determinados hechos mediante la presentación de las pruebas conducentes, cuyo valor probatorio no puede estimarse sino cuando se han presentado en las oportunidades predeterminadas en el Art. 597 del C. J.; y allí como en ninguna otra disposición se autoriza presentar pruebas con el memorial en el cual se interpone el recurso de reposición o de súplica contra el auto dicho".

3º No procede, pues, en el presente estado de la actuación emitir concepto alguno sobre la exequibilidad de algunas disposiciones de la Ley 135 de 1961, en especial respecto del Art. 23 como lo quiere el actor con fundamento en el Art. 215 de la Constitución; sin embargo no está por demás recordar que en la providencia de fecha 11 de mayo de 1960 (G. J. Tomo XCII, Nos. 2225 y 2226, Pág. 1145) proferida en el juicio de Inversiones Emoro Ltda. contra la Nación, esta Sala estudió la cuestión de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la de lo contencioso administrativo.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión DECLARA IMPROCEDENTE el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto de admisión de la demanda.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

S A L A C I V I L

DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA	MAGISTRADO PONENTE
Crisóstomo Martínez Mantilla	Itilia Hernández y otro	29 de enero	Enrique Coral Velasco
Ramón de P. Mojica	"Acerías Paz del Río S. A."	4 de febrero	Enrique Coral Velasco
Arturo Castañeda Cubides	Heliodoro Díaz Ibáñez	19 de abril	Enrique Coral Velasco
Arturo Pinzón Alfonso	Lady Stella García de Cortés.	22 de abril	José Hernández Arbeláez
María Currea Vda. de Aya	Félix Vera y otros	26 de abril	Enrique Coral Velasco
Mariela Páez Reina	Miguel D. Alexiades y otros	29 de abril	José Hernández Arbeláez
Carlos Saúl Goyeneche Otero	Benedicto Santander Merchán	4 de mayo	Enrique Coral Velasco
Gilberto Peláez Velásquez	Blanca Stella Arcila Ruiz	17 de mayo	Enrique Coral Velasco
Luis Alberto Bustamante	José Joaquín Pinto y otros	19 de mayo	Ignacio Gómez Posse
Arcesio Noguera Vivas	Jesús María Ausecha	28 de mayo	Enrique Coral Velasco
María del Carmen Upequi y otros	"Líneas Aéreas Nacionales S. A." (Lansa)	5 de junio	Enrique Coral Velasco
Benjamín Antonio Carmona	Bárbara Rita Rentería de Salazar	15 de junio	Enrique López de la Pava

SALA PENAL

REVISION. — Causales 3ª y 5ª del artículo 571 del C. de P. P. — Con fecha 15 de enero de 1965 la Corte niega la revisión del juicio criminal seguido a Rafael Rojas Tunjano, sentenciado por violación del Decreto 0014 de 1955. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria.

DELITOS DE HOMICIDIO Y ROBO. — INICIATIVA PROBATORIA DENTRO DEL SUMARIO Y EN EL JUICIO. — Con fecha 20 de enero de 1965 la Corte no invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué por medio de la cual condenó a Carlos Elidio Mora Otavo y a Eliseinio Rubio Valderrama como responsables de homicidio y robo. Magistrado Ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo.

DELITO DE PECULADO CULPOSO. — Con fecha 20 de enero de 1965 la Corte invalida la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Santa Marta, por medio de la cual condenó a Domingo Rodríguez Queruz por el delito de peculado. Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA JUZGAR A LOS MIEMBROS Y AGENTES DE LA POLICIA NACIONAL. — Alcance del Decreto 1705 de 1960. — Con fecha 21 de enero de 1965 la Corte casa el fallo recurrido que interpuso el Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar contra la sentencia de esa Corporación, por medio de la cual absolvió el Agente de la Policía Nacional Luis Eduardo Mateus Rozo por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres.

DELITO DE ROBO EN GRADO DE FRUSTRACION. — Impugnación del fallo por error en la valoración de las pruebas.— Causales 2ª y 1ª de casación penal. — Con fecha 1º de febrero de 1965 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Alvaro Buitrago Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó por el delito de robo. Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres.

DELITO DE ROBO. — VIOLACION DE LA LEY PENAL SUSTANTIVA. — Indebida aplicación del inciso 2º del artículo 33 del C. P. — Con fecha 4 de febrero de 1965 se invalida el fallo recurrido del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio del cual fueron condenados José Eugenio Antolínez Quintero y Jorge Arana como responsables de dos delitos de robo. Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres.

HOMICIDIO AGRAVADO. — TECNICA EN LA DEMANDA DE CASACION. — Con fecha 4 de febrero de 1965 la Corte declara desierto el recurso de casación interpuesto por Luis Enrique Niño Cárdenas contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio que lo condenó por el delito de homicidio agravado. Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo.

HOMICIDIO IMPERFECTO. — CAUSALES PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA DEL ART. 567 DEL C. DE P. P. — Con fecha 8 de marzo de 1965, se desecha el recurso de casación interpuesto por el Fiscal

Primero del Tribunal Superior de Manizales contra la sentencia proferida por aquella entidad, mediante la cual absolvió a Carlos Quintero Pineda del delito relacionado. Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria.

HOMICIDIO CALIFICADO. — **Los vicios en la etapa del sumario, no generan nulidades supralegales.** — Con fecha 13 de mayo de 1965 se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Juan Evangelista Traslaviña condenado, por el delito mencionado, por el Tribunal Superior de San Gil. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta.

COLISION DE COMPETENCIAS SURGIDA ENTRE LA JURISDICCION MILITAR Y LA POLICIVA. — TRAFICO ILEGAL DE MUNICIONES. — Con fecha 17 de mayo de 1965 la Corte dirime la colisión de competencias aludida en el sentido de declarar que el conocimiento del proceso seguido a Antonio Duque Zuluaga y otros corresponde al Juzgado 250 de Instrucción Criminal de Medellín y no al Comando de la IV Brigada de las Fuerzas Militares, con sede en Medellín. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez.

HOMICIDIO AGRAVADO. — Con fecha 19 de mayo de 1965, se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Fulgencio Serrano Vera contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó por el delito antes descrito. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta.

DELITO DE PECULADO DOLOSO. — JUICIO CON INTERVENCION DE CONSEJO DE GUERRA VERBAL.— INFUNDADA ACUSACION DE NULIDAD DE CARACTER CONSTITUCIONAL. - Con fecha 21 de mayo de 1965, no se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior Militar, por medio de la cual condenó al Sargento 2º del Ejército Nacional Oscar de Jesús Rengifo Valderrama por el delito de peculado. Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo.

HOMICIDIO-ASESINATO. — **Concordancia entre el auto de proceder, el cuestionario propuesto al jurado y a la sentencia.** — Con fecha 31 de mayo de 1965, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Saúl Antonio Barragán contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en causa por el delito expresado. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta.

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — **Alcance de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 215 ibídem.** — Con fecha 8 de junio de 1965 la Corte desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto por Demetrio y Rodolfo Calderón Castro y Francisco Antonio Vanegas Pérez contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que los condenó por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta.

ESTAFA. — **El error en la denominación jurídica de la infracción es pertinente a través de la causal cuarta y no de la segunda y primera.** — Con fecha 8 de junio de 1965 se desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Bernardino Medina Salcedo contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó por el delito relacionado. Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta.

INEPTA DEMANDA. — Con fecha 9 de junio de 1965 se desecha el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Luis Alfonso Contreras León contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual el citado Contreras y Orlando Díaz Henao fueron condenados como cómplices necesarios del delito de estafa. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria.

COPARTICIPACION O COMPLICIDAD EN EL DELITO. — Con fecha 10 de junio

de 1965 se desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto por Aicardo Ramírez Reyes contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que lo condenó por los delitos de robo y lesiones personales. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria.

SENTENCIA VIOLATORIA DE LA LEY PENAL. — Errada interpretación del precepto contenido en el artículo 28 del C. P.— Con fecha 15 de junio de 1965 la Corte invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo por medio de la cual condenó a Campo Elías Carrero Barrera por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez.

INTERPRETACION DEL VEREDICTO. — Con fecha 22 de junio de 1965 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Pereira que condenó a Gustavo Quintero como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres.

LESIONES PERSONALES. — PERTURBACION FUNCIONAL PERMANENTE. — Con fecha 22 de junio de 1965 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Antonio Rivera contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto que lo condenó por el delito antes mencionado. Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres.

HOMICIDIO VOLUNTARIO. — Con fecha 24 de junio de 1965, se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Alfonso Rizo Rengifo contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali que lo condenó como responsable de la muerte de Gladys Ruiz o Hernández. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta.

SALA LABORAL

Con fecha 21 de enero de 1965, no se casa la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio laboral instaurado por Pedro José Gómez contra la sucesión de Alejandro Gómez. Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade.

Con fecha 26 de enero de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario promovido por Gilberto Navarro contra la sociedad anónima denominada "Empresa Taxi Aéreo de Santander" (Taxader). Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 28 de enero de 1965 no se casa la sentencia recurrida proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali en el juicio adelantado por Marino Becerra García contra la empresa "Britilana Telares del Valle". Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo.

Con fecha 8 de febrero de 1965 la Corte casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por José Kousen contra la empresa "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.". Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes.

Con fecha 9 de febrero de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral seguido por Carlos Julio Rubiano contra la "Nueva Cooperativa de Buses Azules Ltda.". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 10 de febrero de 1965 no se casa la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio adelantado por Antonio M. Serrano contra la Texas Petroleum Company. Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade.

Con fecha 10 de febrero de 1965 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio que por vía ordinaria laboral siguió Arsenio Bonilla Angarita contra el Pbro. doctor Salomón Triana Bonilla. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 13 de febrero de 1965 la Corte no casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio promovido por Carolina Escovar Acosta contra la sociedad anónima "Confecciones Colombia". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 5 de marzo de 1965 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio que Marco Tulio Ramírez adelantó contra la empresa de transportes "Transurbanos Cúcuta Ltda.". Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco, auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 8 de marzo de 1965 la Corte Casa Parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Mario Alfredo Rivera Navia contra la sociedad Rafael Paredes y Cía. Ltda. Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C.

Con fecha 10 de enero de 1965 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio laboral seguido por Martín Emilio Palacio Montoya contra el Departamento de Antioquia. Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco, Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 10 de marzo de 1965 la Corte casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio laboral promovido por el Dr. Mario Llanos Molina. Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco, Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 10 de marzo de 1965, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, dictada en el juicio laboral promovido por Nicanor Díaz Serviche contra Vicente Gallo Gallo o Vicente Gallo Junior. Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 26 de marzo de 1965 la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral promovido por Serge Kiriloff contra Andrés Niklos. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 29 de marzo de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral seguido por José María Arcila Beltrán contra la sociedad anónima denominada "Compañía Lechera de la Sabana". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 9 de abril de 1965 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Quibdó Sala Laboral, en el juicio seguido por Edilberto Valladares contra Tulio Rivera V. Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 5 de mayo de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio laboral seguido por Gustavo Sandoval Ferrero contra "Leonidas Lara e Hijos Ltda..'. Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 11 de mayo de 1965 la Corte casa parcialmente la sentencia impugnada, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de trabajo, promovido por Guillermo Barragán contra American Pipe and Construction. Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 13 de mayo de 1965 la Corte casa la sentencia impugnada, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por Luis A. Cuevas contra el doctor Luis Loreto Suescún Delgado. Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 17 de mayo de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por José Daniel Sarmiento contra los Ferrocarriles Nacionales. Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 19 de mayo de 1965 la Corte casa parcialmente la sentencia impugnada, dictada por el Tribunal Superior de Iba-

gué en el juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía promovido por Gilberto Gaitán contra Miguel Naged J. Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 21 de mayo de 1965 no se casa la sentencia impugnada dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario laboral seguido por Anselmo Gual O. contra la empresa "Transportes Gómez Angel" domiciliada en Barranquilla. Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 31 de mayo de 1965 no se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral seguido por Leovigildo Fúquene contra la empresa Martínez Cárdenas y Cía. Ltda. y Julio Santander. Ponente: Dr. Diógenes Sepúlveda Mejía, Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 2 de junio de 1965 no se casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral adelantado por Araceli Mora Ahumada contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade.

Con fecha 14 de junio de 1965 no se casa la sentencia impugnada, dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio laboral instaurado por Enrique Berrío Muñoz contra el ingeniero Nicolás Estrada Estrada. Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 14 de junio de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que Jaime Gutiérrez promovió contra Alfredo Perilla. Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.

Con fecha 15 de junio de 1965 la Corte Casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario laboral adelantado por Agostino Frisoni contra la Sociedad denominada "Madeco". Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.

Con fecha 16 de junio de 1965 no se casa la sentencia impugnada, dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio que Luis A. Duarte adelantó contra la "Compañía Colombiana de Trabajos Públicos-Coltrap Ltda.". Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral.

Con fecha 18 de junio de 1965 la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio que Luis Marín Montoya instauró contra la sociedad "Harry Tchira y Cía. Ltda." Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade.

Con fecha 24 de junio de 1965 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral que Hernando Robayo Delgado siguió contra John Studerus. Magistrado Ponente: Dr. Adán Arriaga Andrade.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA	MAGISTRADO
1. Alejandro Díaz Moreno	La Nación	Febrero 16	Dr. Peláez
2. Eugenio Gómez Gómez	La Nación	Enero 22	Dr. Zambrano
3. Inés Posada de Venegas y otros	La Nación	Febrero 4	Dr. Zambrano
4. César Gómez R. y otros	La Nación	Febrero 4	Dr. Zambrano
5. Carlos Reyes P. y otro	La Nación	Febrero 4	Dr. Zambrano
6. María Elisa Reyes de Niño y otra	La Nación	Febrero 4	Dr. Zambrano
7. Elena Pinzón v. de Lacerna y otros	La Nación	Febrero 4	Dr. Zambrano
8. Benigno Barreto Ferro y otros	La Nación	Febrero 5	Dr. Peláez
9. Virginia Camargo V.	La Nación	Febrero 18	Dr. Osejo
10. Elena Vargas de Uribe	La Nación	Febrero 24	Dr. Zambrano
11. Luis Enrique Valenzuela Sanz y otros	La Nación	Febrero 26	Dr. Zambrano
12. María Elena Gutiérrez v. de Durán	La Nación	Marzo 4	Dr. Peláez
13. Emilio Salas S. y otro	La Nación	Marzo 9	Dr. Peláez
14. Sociedades Haciendas "El Rincón" y "El Portillo" Ltda.	La Nación	Marzo 9	Dr. Zambrano
15. Diego Pinzón Aguirre y otra	La Nación	Marzo 10	Dr. Peláez
16. Legado Baudilio Acero	La Nación	Marzo 15	Dr. Peláez
17. Sociedad Arrocera "Boca del Totare Ltda."	La Nación	Marzo 17	Dr. Zambrano
18. Cecilia Vanegas de Arboleda y otra.	La Nación	Marzo 20	Dr. Osejo
19. Manuela Rocha de Fonnegra	La Nación	Marzo 24	Dr. Zambrano

DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA	MAGISTRADO
20. Emilia Samper de Ortega y otros	La Nación	Marzo 24	Dr. Osejo
21. Silvia Wills de Vásquez y Roberto Wills P.	La Nación	Marzo 30	Dr. Peláez
22. María de Jesús Lozano de Castro	La Nación	Abril 2	Dr. Peláez
23. Eduardo Rozo Child y otros	La Nación	Abril 6	Dr. Zambrano
24. Cecilia Vega v. de Huertas	La Nación	Abril 6	Dr. Osejo
25. Antonia Schroeder de Bonnet y otras	La Nación	Abril 20	Dr. Peláez
26. Pablo Jesús Pinzón A.	La Nación	Abril 27	Dr. Araújo G.
27. Fernando Carrizosa Herrera y otra	La Nación	Mayo 3	Dr. Peláez
28. María H. v. de Ronderos y otra	La Nación	Mayo 4	Dr. Osejo
29. Campo Elías Pinzón y otros	La Nación	Mayo 11	Dr. Araújo G.
30. Mary Drrie B. y Alexander Davinson	La Nación	Mayo 14	Dr. Peláez
31. Susana Solano v. de Solano y otros	La Nación	Mayo 18	Dr. Peláez
32. Manuel Merizalde Morales y otros	La Nación	Junio 3	Dr. Zambrano
33. Luis María Cediel y otro	La Nación	Junio 7	Dr. Araújo G.
34. Country Club de Bogotá	La Nación	Junio 11	Dr. Araújo G.
35. Alfredo López Ramos y Elvira Barriga de Calderón	La Nación	Junio 18	Dr. Peláez

INDICE

SALA PLENA

Páginas

CONGRATULACION DE LA CORTE AL DOCTOR EDUARDO FERNANDEZ BOTERO POR LA PUBLICACION DE UNA OBRA DE DERECHO PUBLICO. — Proposición aprobada con este motivo, en sesión plenaria de fecha 14 de enero de 1965 5

QUEJA CONTRA MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR POR EL EJERCICIO DE UNA FUNCION NO ATRIBUIDA POR LA LEY AL FUNCIONARIO. — *Proceso por falso testimonio tramitado por el procedimiento señalado en el artículo 13 de la Ley 48 de 1936, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1426 de 1950. — Intervención del Presidente del Tribunal y del Fiscal de la Corporación en la actuación del Juzgado, que motivó la revocación del auto que ordenaba el trámite a seguir, disponiendo optar por el procedimiento ordinario. — Entre las atribuciones que le confieren a un Presidente de Tribunal Superior los artículos 53 y 85 del C. J., no tiene la de indicar a los Jueces el procedimiento en los negocios de que viene conociendo. — En el caso de autos, no se trataba de orden perentoria sino de una insinuación, ya que era el Juez, quien con la soberanía propia de sus funciones debía resolver si el querellado tenía o no razón en sus observaciones. — La actuación ligera e inconsulta del Magistrado, no es configurativa de falta que merezca sanción disciplinaria.*— Con fecha 29 de enero de 1965 la Corte en Sala Plena resuelve que no hay lugar a imponer sanciones disciplinarias al Magistrado del Tribunal Superior de Buga, doctor Ramón Elías Potes Posso, por razón de la queja formulada ante el señor Procurador General de la Nación. — Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada 6

INFORME DE LA COMISION DE LA CORTE Y PROPOSICION APROBADA POR LA SALA PLENA EN RELACION CON LA DESIGNACION POR CONCURSO DE LOS MAGISTRADOS DE NUEVOS TRIBUNALES. — El informe y la proposición mencionados fueron aprobados por la Corte en la Sala Plena en su sesión de fecha 1º de abril de 1965 10

REFORMA JUDICIAL. — LA CORTE DECLARA INEXEQUIBLES LAS DISPOSICIONES ACUSADAS (Aparte a- del efecto primero del Art. 1º de la Ley 27 de 1963; Arts. 1º, inciso 1º; 6º, Ord. 7º, y 11 numeral 1º del Decreto Extraordinario Nº 528 de 9 de marzo de 1964) EN CUANTO SUPRIME LA CATEGORIA CONSTITUCIONAL DE JUEZ DE CIRCUITO; Y EXEQUIBLES, EL ORD. 1º DEL ART. 11 DEL DECRETO-LEY Nº 528 DE 1964 Y TAMBIEN LAS DEMAS DISPOSICIONES DE ESTE DECRETO, EN CUANTO SE REFIEREN A LOS JUECES MUNICIPALES EN MATERIA LABORAL. — Con fecha 28 de junio de 1965 así lo resuelve la Corte, en Sala Plena, respecto de la demanda de inconstitucionalidad de los preceptos antes relacionados. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Alberto Bravo 12

ACLARACION DEL VOTO, AL FALLO ANTERIOR, DEL H. MAGISTRADO DOCTOR HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ 24

Páginas

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO, AL FALLO ANTERIOR, DEL H. MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA 26

SALVAMENTOS DE VOTO AL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR DE LOS HONORABLES MAGISTRADOS DOCTORES SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, RAMIRO ARAUJO GRAU, ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA Y SIMON MONTERO TORRES 29

SALVAMENTO DE VOTO AL FALLO ANTERIOR DEL H. MAGISTRADO DOCTOR LUIS FERNANDO PAREDES A. 34

SALA DE CASACION CIVIL

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE COMODATO, POR FALTA DE RESTITUCION DEL OBJETO MATERIA DE LA ESTIPULACION. — *Error de hecho. — Fin inmediato y directo de la casación. — Interés jurídico para recurrir. — Se reitera la doctrina atinente al sentido y alcance del artículo 28 del C. de Procedimiento Penal.* — Sentencia de 3 de febrero de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio adelantado por Jaime Ortiz Cortés contra Alberto Gómez Gómez. — Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid 38

PRUEBA TESTIMONIAL. — *Compete al juzgador de instancia apreciar las calidades de responsividad, exactitud y cabalidad de las declaraciones de testigos. — Inspección ocular con intervención de peritos. — Su mérito probatorio. — Distinción entre la inspección ocular y el dictamen. — Reivindicación. — La identidad de la cosa no requiere prueba específica. — Cuándo puede variarse en casación la calificación del dictamen pericial hecha por el juzgador.* — Sentencia de 6 de febrero de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Próspero Santa y otra contra Félix Tirado. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 51

Páginas

NULIDAD DE UNA DONACION. — *Efectos frente a terceros de la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada. — Incongruencia. — No la hay en fallo que decreta restituciones derivadas de la declaración de nulidad de un contrato. — Interpretación de las cláusulas de un contrato. — Escritura pública. — Fuerza probatoria y fuerza obligatoria. — Lesión enorme. — No tiene cabida sino en los contratos onerosos de índole conmutativa. — Donación. — Omisión del requisito de la insinuación y acción que compete a quien resulte afectado por el acto inválido. — Dominio. — Restricciones que puede sufrir. — Usufructo. — Su definición y obligaciones del nudo propietario. — Gravamen. — Como limitación del dominio.* — Sentencia de 15 de marzo de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario promovido por Clara Rosa Gutiérrez contra Libardo Gutiérrez y el Banco del Comercio, Sucursal de Tuluá. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava 62

SANEAMIENTO POR EVICCION. — *La sentencia penal condenatoria por delito de robo, produce efectos erga omnes en cuanto a la propiedad del bien sustraído. — Legimitación en causa para el saneamiento. — Restitución del precio de la cosa evicta.* — Sentencia de 21 de abril de 1965. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Roberto Ayuso contra Angel Flórez. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 76

FILIACION NATURAL. — *Factores constitutivos de la causal de relaciones sexuales.* — Sentencia de 26 de abril de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el juicio ordinario promovido por Jaime Ortega contra Roque Julio Peñaranda Mora. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava 83

RESTITUCION DE UN DERECHO AFECTO A UNA CASA Y GRAVADO CON RESER-

Páginas

VA DE USUFRUCTO. — *Causal 2ª de casación alegada en caso de demanda plus petitio. — Alcance de la fijación del precio en contrato de donación. — Interpretación del artículo 26 de la Ley 63 de 1936. — Condiciones del cargo por error de hecho. — La donación es una cuestión de derecho y no de hecho. — Reivindicación. — Prueba de la identidad de la cosa. — Prescripción de la acción reivindicatoria. — Quien la invoca, alega también la del derecho real de dominio y reconoce la identidad de la cosa sub-judice. — Técnica de la demanda de casación.— Violación directa de la ley.* — Sentencia de 18 de mayo de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Amelia Linares Olarte contra María del Carmen Linares Olarte. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada 92

PRESCRIPCION DE LA ACCION REAL DE DOMINIO. — *Efectos y alcance cuando se invoca. — Prueba testimonial. — Autonomía del fallador en la apreciación, cuando hay notoria semejanza en las deposiciones y se concede prevalencia al dicho de unos sobre el de otros.* — Sentencia de 28 de mayo de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio instaurado por Arcesio Noguera Vivas contra Jesús María Ausecha. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 107

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. — *Los causahabientes de una persona fallecida en accidente ocurrido en el cumplimiento de un contrato de trasporte, pueden ejercer la acción indemnizatoria por incumplimiento del contrato o la indemnizatoria por culpa aquiliana, pero no les es dable acumular las dos acciones. — Responsabilidad civil extracontractual. — La aviación como actividad peligrosa. — Fuerza mayor o caso fortuito. — Sus características estructurales. — Confesión. — Condiciones para que sea eficaz. — Prueba pericial. — Sobra cuando las partes están de acuerdo sobre el hecho de que se trata.— Requisitos que debe llenar la censura por error de hecho. — Admisión de la ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito en este litigio, por razones o circunstancias especialísimas.* — Sentencia de 31 de mayo de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario promovido por Josefina Conde de Zúñiga y otros contra Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca). — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 111

PRECONTRATO O CONTRATO DE PROMESA. — *Requisitos de su constitución, efectos y caracteres más sobresalientes.— Interpretación del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. — Finalidad del contrato de promesa y carácter provisional y transitorio. — Fijación del plazo o condición en que ha de concertarse el contrato prometido. — Sentido y alcance de la palabra "época" empleada por el C. Civil. — Condiciones suspensiva, resolutoria, determinada e indeterminada. — Plazo expreso y plazo tácito para el cumplimiento de la obligación pactada. — La estipulación de que al obtener las partes los certificados de paz y salvo de las fincas, se otorgarían las escrituras de compraventa prometida, no constituye plazo tácito de su celebración, sino simple condición de carácter indeterminado.* — Sentencia de 1º de junio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio instaurado por Plutarco Amado contra Gustavo Mutis Blanco. — Magistrado Ponente: Dr. Enrique López de la Pava 135

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ. 144

— REIVINDICACION. — *Consecuencias de la no contestación de la demanda en cuanto a la posesión e identidad del inmueble. — Error de hecho y error de derecho. — No se pueden alegar simultáneamente, respecto de un mismo medio probatorio. — Certificados del Registrador.— Cuándo suplen el título de dominio. —*

Páginas

Título anterior a la posesión. — Sentencia de 11 de junio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Deogracias Hernández Flórez contra Margarita González Guerra. — Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón .. 146

REIVINDICACION. — *Para demostrar la identidad del inmueble basta que razonablemente se trate del mismo predio según sus características fundamentales, y no es de rigor que los linderos sé puntualicen de modo absoluto sobre el terreno.* — *Frente al demandado sería inoficiosa la condena a restituir un objeto de que no es responsable por hallarse exento de reticencia culpable y no haber estado nunca el bien en su poder.* — *Técnica de casación.* — *No son de recibo en casación los cargos subsidiarios, dubitativos o de determinados medios.* — *En principio, no pueden concurrir los errores de derecho y manifiesto de hecho en el ámbito probatorio.* — Sentencia de 11 de junio de 1965. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario promovido por Rafael A. Correa Serna y otro contra Carmen Labarcés vda. de Riascos y otros. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 151

RESTITUCION DE UN AUTOMOTOR.— *Interpretación errónea de la demanda.* — *Cuándo ocurre.* — *La matrícula en el Tránsito no es título de dominio sobre un automotor.* — *Caso en que puede la Corte glosar la interpretación de la demanda hecha por el Tribunal.* — *Causal 2ª de Casación.* — *Sentencia judicial.* — *Para su validez no es menester que venga al juicio acompañada de todo el proceso a que puso fin dicha providencia.* — *Los artículos 484, 506, 307, 308, 310, 312, 320 y 327 del C. Judicial no son normas sustanciales, y los artículos 5º de la Ley 7ª de 1934 y 1º de la Ley 39 de 1961, no constituyen norma de valoración probatoria.* — *La confesión no perjudica sino a quien la hace.* — *No es dable acusar por error de hecho y de derecho, simultáneamente, un mismo medio probatorio.* — *Autonomía de los falladores en la calificación de las pruebas.* — *Restitución de frutos.* — *Buena o mala fe en materia de posesión.* — Sentencia de 24 de junio de 1965. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario seguido por Domingo Monsalve Muñoz contra Francisco Monsalve Muñoz y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Gómez Posse 157

SALA DE CASACION PENAL

LA CORTE NO TIENE COMPETENCIA PARA CONOCER DE PROCESOS PENALES QUE POR DELITOS COMUNES SE SIGAN CONTRA MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. — *Por regla general, únicamente están sometidos a fuero los funcionarios públicos que cometan delitos oficiales.* — *Fuero pleno y fuero restringido.* — *Qué debe entenderse por delito común.* — Con fecha 26 de enero de 1965 la Corte declara que no tiene competencia para conocer del proceso seguido contra un Magistrado del Tribunal Superior Militar por el delito de lesiones personales, y dispone devolver el expediente a la justicia ordinaria. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 176

FALLO PRONUNCIADO EN JUICIO VICIADO DE NULIDAD. — CUESTIONARIOS SOMETIDOS AL JURADO SIN SUBORDINACION AL AUTO DE PROCEDER. — *Actuaciones procesales en los juicios en que interviene el Tribunal Popular.* — *Violación del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943.*— —*Nulidad constitucional.* — *Causal 4ª de casación.* — Con fecha 4 de febrero de 1965 se invalida la sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio de la cual absolvió a Jaime Rangel Toro por los delitos de homicidio y lesiones personales. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres 182

CUADRUPLE HOMICIDIO, HOMICIDIO FRUSTRADO Y ROBO. — MOTIVOS DE NULIDAD EN LOS JUICIOS POR JURA-

Páginas

DO. — *Nulidad de orden constitucional que sólo afecta a los sindicados recurrentes. — Derecho de defensa. — Aplicación del inciso b) del Art. 560 del C. de P. P.*— Con fecha 4 de febrero de 1965 la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Gabriel Montilla (padre) y Gabriel Montilla (hijo) como responsable de los delitos antes relacionados. — Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 185

DELITOS DE FALSEDAD Y ESTAFA. — INEXISTENCIA DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA POR REVOCATORIA DEL ENCARGO CONFERIDO AL MANDATARIO, CUANDO HAY DOLO. — *Acusación al fallo recurrido por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas fundamentales del proceso.— Alcance del Art. 2199 del C. C. — Contratos de mandato y de comodato. — Las situaciones de mandatario para enajenar lo que después se recibe en comodato para restituir, son recíprocamente excluyentes. — Fundamentales elementos del* cuerpo del delito *tanto para la* falsedad *como para la* estafa. — El dolo *como parte del* cuerpo del delito *en los hechos intencionales. — Causal 1ª del Art. 520 del C. J. — No procede en un negocio penal involucrar un motivo civil de casación para efectos distintos a los que trata el artículo 559 del C. de P. P. — Causales 1ª, 2ª y 4ª de casación penal. — Cargo de doble nulidad: una de orden constitucional por quebrantamiento del artículo 26 de la Carta y otra de orden legal prevista en el ordinal 1º del Art. 198 del C. de P. P. — Orbita jurisdiccional de la acción penal y de la acción civil en los juicios penales. — Acción de restitución de los bienes muebles e inmuebles como consecuencia de investigaciones o de juicios de carácter penal.* — Con fecha 11 de febrero de 1965 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, mediante la cual condenó a Neftalí Mogrovejo y Tovar y a José Antonio Mogrovejo Cabrera como responsables de los delitos de falsedad y

Páginas

estafa. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria 191

COPARTICIPACION CRIMINAL. — PARA QUE EXISTA, ES NECESARIO QUE LAS DIFERENTES ACTIVIDADES ESTEN DETERMINADAS POR LA VOLUNTAD DE COOPERAR AL HECHO CONSTITUTIVO DEL DELITO. — ERROR MANIFIESTO EN LA INTERPRETACION DE LOS HECHOS. — *Causales 2ª y 1ª de casación.*— Con fecha 15 de febrero de 1965 la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Enrique González Sánchez como responsable del delito de estafa. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez .. 232

RECURSO DE REVISION. — LA INCORPORACION ILEGAL EN LAS FILAS DEL EJERCITO ES CAUSAL ESPECIFICA DE NO RESPONSABILIDAD EN EL DELITO DE DESERCION. — *Interpretación del Art. 162 del C. de J. P. M. — Prosperidad de las causales 3ª y 5ª del Art. 171 del C. de P. P.* — Con fecha 19 de febrero de 1965 la Sala ordena la revisión del proceso penal militar adelantado contra el soldado Carlos Eduardo Gutiérrez Guzmán por el delito de deserción. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 239

HOMICIDIO COMETIDO EN ESTADO DE EMBRIAGUEZ. — *Acusación por no haberse observado en el juzgamiento la plenitud de las formas propias del juicio penal. — Estados patológicos previstos en el Art. 29 del C. P. — La disposición del Art. 374 del C. de P. P. es una obligación facultativa para el funcionario de instrucción criminal. — No es lo mismo la embriaguez aguda, accidental o involuntaria, que la intoxicación crónica producida por el alcohol. — Distinción que de estos dos estados hace la legislación colombiana.— Responsabilidad penal.— Tratamientos diversos para los casos contemplados en los Arts. 28, 29 y 30 del C. P.— Los casos de excepción a que se refiere el Art. 11 ibidem.— Dosimetría penal.—Factores, motivos de agravación y atenua-*

Páginas

ción del hecho delictuoso. — Causales 4ª, 2ª y 1ª de casación. — Con fecha 22 de febrero de 1965 la Corte no invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Eutimio Malagón Fajardo como responsable del delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 242

DELITO DE ESTAFA. — CAUSALES 2ª Y 1ª DE CASACION. — VALORACION DE LOS ELEMENTOS DE JUICIO QUE OFREZCA EL PROCESO. — EXAMEN CRITICO DE TESTIMONIOS. — Con fecha 16 de marzo de 1965, se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado José Isaías Flórez Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que lo condenó por el delito antes expresado. — Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 250

HOMICIDIO, CALIFICADO DE ASESINATO. — *Condiciones para que prospere el recurso de casación frente a las causales previstas en el artículo 567 del C. de P. P. — Motivos de nulidad de orden constitucional o legal. — Aspectos para la invalidez del fallo acusado con invocación de estas nulidades. — Equivocado planteamiento de la causal 1ª de casación. — Causal 5ª. — Sentencia en negocios con intervención del jurado.* — Con fecha 29 de marzo de 1965, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por Amadeo Retavizca Cáceres y Rómulo Virgüez Herrera contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá condenados por el mencionado delito. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 254

FALTAS A LA ETICA EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA. — *Facultad de los Tribunales Superiores de Distrito para sancionar a abogados por faltas en el ejercicio de la profesión. — Práctica de pruebas. — En los juicios sumarios queda al arbitrio del Juez el señalar con entera claridad cuáles son las pruebas que hay necesidad de practicar para que el fallo se acomode a derecho. — Naturaleza especialísima del procedimiento adoptado por la Ley 69 de 1945. — En este caso no*

Páginas

son admisibles los incidentes que son de recibo en los juicios ordinarios. — Tampoco hay término probatorio. — Recurso de apelación en sentencias condenatorias y consulta de sobreseimientos ante la Corte en esta clase de juicios. — Con fecha 2 de abril de 1965, la Corte resuelve que no es el caso de conceder la apelación interpuesta por el acusado doctor Melquisedec Amézquita Avila contra la providencia del Tribunal Superior de Tunja, dictada dentro de la investigación adelantada en su contra por faltas a la ética en el ejercicio de la abogacía. — Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 260

PECULADO. — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — *Prueba indiciaria. — Arbitrio racional y lógico de los jueces para su estimación. — La Corte no puede en casación entrar a imponer un criterio evaluativo o crítico de la prueba. — La Sala ratifica su doctrina acerca de las condiciones probatorias del error de hecho y de la violación indirecta de la Ley Penal.* — Con fecha 11 de mayo de 1965 se desecha el recurso de casación interpuesto por Hernán Manzano Duque contra la sentencia que por el delito expresado lo condenó el Tribunal Superior de Pereira. — Magistrado Ponente: Dr. Rendón Gaviria 264

DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES. — SUPUESTA NULIDAD SUPRALEGAL. — *Efecto retroactivo al procedimiento ordinario más favorable al reo que el Decreto 0012 de 1959. — Facultad del Tribunal para revocar el fallo de primera instancia proferido cuando estaba en vigencia este Decreto. — El juzgado del conocimiento en ninguna forma pretermitió el derecho de defensa del procesado. — Causal 4ª de casación.* — Con fecha 31 de mayo de 1965, la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué por medio de la cual condenó a Félix María Tapiero Peñuela como responsable de los delitos enunciados. — Magistrado Ponente: Dr. Primitivo Vergara Crespo 269

Páginas

REHABILITACION EN EL EJERCICIO DE LA PROFESION DE ABOGADO. — *Lapso de prescripción de la acción penal. — En las sentencias de segunda instancia, respecto de las cuales no procede el recurso de casación, la ejecutoria se produce una vez notificadas las partes. — Publicación de los fallos en materia penal. — Notificación personal a los defensores. — El denominado "domicilio procesal" se relaciona con los juicios civiles únicamente. — El efecto retroactivo de la ley penal, cuando es favorable al procesado, no puede extenderse a la jurisprudencia. — Aplicación analógica en materia penal. — La cancelación de la matrícula de abogado implica una sanción perpetua, pero ello no impide que proceda la rehabilitación, dado el precepto contenido en el inciso 3º del artículo 113 del Código Penal. — Competencia para resolver sobre la rehabilitación.* — Con fecha 7 de junio de 1965 la Corte revoca la providencia del Tribunal Superior de Medellín, en cuanto niega al abogado Pablo Emilio Vargas Gutiérrez la rehabilitación que demanda y en su lugar la concede. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 274

RECUSACION CONTRA MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR. — *Hipótesis que pueden presentarse en tratándose de recusación en materia penal.— Derecho que la ley concede a las partes de recusar al Juez o Magistrado en quien concurra alguna de las causales prevista en el artículo 73 del C. de P. P. — Competencia de la Corte para decidir el asunto en virtud del simple rechazo que de las causas de inhibición haga el recusado.* — Con fecha 8 de junio de 1965 la Corte declara infundada la recusación formulada al Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Pedro Ignacio Camacho, para conocer del proceso contra Pablo Antonio Leal Rojas y en consecuencia dispone devolver los autos al Tribunal de origen para que continúe conociendo del proceso el Magistrado recusado. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 293

Páginas

COMPLICIDAD CORRELATIVA. — *La complicidad correlativa es una modalidad específica de la coparticipación criminal.— Si se predica del delito de homicidio, sobre ella debe resolver el Jurado. — Definición de coautor. — Acuerdo entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia. — Causales 1ª y 3ª del artículo 567 del C. de P. P.* — Con fecha 10 de junio de 1965 la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, e igualmente declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el mismo fallo por el procesado Isaías Chimbi Hernández. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 297

HOMICIDIO DE SIMPLE PROPOSITO.— *Causal tercera de casación penal en su segunda hipótesis. — Requisitos para que prospere. — Actuaciones procesales de fundamental importancia en los juicios con intervención del jurado. — Armonía entre el auto de proceder, el cuestionario y la sentencia que desarrolla el veredicto. — Sistema de formulación de cuestionarios de la Ley 4ª de 1943. — Juzgamiento conforme a las leyes preexistentes al acto incriminado.* — Con fecha 12 de junio de 1965 se desecha el recurso de casación interpuesto por Eva Olarte de Ariza contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que la condenó como responsable de la muerte de Uladislao Abreo Vargas. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 304

HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL. — *Fallos absolutorio y condenatorio proferidos en causa por homicidio. — Responsabilidad penal. — Confrontación del veredicto con los elementos probatorios del proceso. — Soberanía del Jurado para juzgar de hecho. — Pruebas de cargo obrantes en la causa. — Alcance y contenido de la respuesta del Jurado en el caso de estudio. — La Corte reafirma su*

Páginas

tesis respecto de la interpretación del veredicto en caso de responsabilidad por homicidio preterintencional, previsto y sancionado por el artículo 365 del C. P.— Con fecha 14 de junio de 1965 se desecha el recurso de casación interpuesto por el defensor de Querubín Suárez contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil como responsable del delito mencionado. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 309

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. — *Violación de la ley penal en cuanto a mala aplicación del artículo 408 del C. P. y omisión del artículo 204 del C. de P. P. — Causales 4ª y 2ª y 1ª alegadas. — No es procedente el motivo de nulidad alegado por tratarse de un juicio sumario, tramitado con sujeción a los preceptos del Decreto Legislativo 0014 de 1965. — Error del fallador al tipificar el hecho como estafa sin estar plenamente estructurados los elementos de este delito. — No hubo maniobra engañosa para inducir en error al ofendido y determinarlo a celebrar el acto perjudicial a su patrimonio, porque el beneficiario recibió el cheque a sabiendas de la no existencia de fondos y como garantía de pago futuro. — Absolución del cargo debatido en las instancias.* — Con fecha 16 de junio de 1965 la Corte invalida el fallo recurrido en casación, dictado por el Tribunal Superior de San Gil en la causa seguida a Luis Alvaro Ruiz Ramírez, sentenciado por el delito de estafa, y en su lugar lo absuelve del cargo imputado. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 318

SALA DE CASACION LABORAL

LA CORTE DECLARA EXEQUIBLES UNAS DECISIONES E INEXEQUIBLES OTRAS Y HOMOLOGA LAS DEMAS DEL LAUDO ARBITRAL QUE DIRIMIO EL CONFLICTO COLECTIVO SURGIDO ENTRE LAS EMPRESAS ELECTRICAS DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO Y SU SINDICATO DE TRABAJADORES. — Estabilidad del personal. Auxilio educacional. — Pago del salario a los trabajadores durante el conflicto. Jornada de trabajo y horas extras. Retención de cuotas. Sin el consentimiento del empleado no afiliado, no procede la retención por el patrono de la media cuota ordinaria. — Doctrina recibida por la Corte sobre este particular. Con fecha 22 de enero de 1965 la Corte homologa parcialmente las decisiones del laudo arbitral anteriormente relacionados. — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez 324

PAGO DE UN SEGURO DE VIDA.—Demanda con fundamento en la causal primera de casación laboral. Terminación unilateral por el patrono del contrato a prueba. Sólo se reputa despido justo el contemplado por los artículos 62 y 63 del C. S. T. — Los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones legales, de conformidad con el artículo 80 ibidem. — Conceptos de la Sala sobre "despido injusto y despido sin justa causa". — Equivalencia entre las dos expresiones. — Impugnación relativa al quebranto del artículo 294 del Código de la materia. — Formalidades previas al pago del seguro.— Con fecha 22 de enero de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario laboral instaurado por Teresa Ferrer v. de Jaramillo contra la Sociedad Anónima Industrias Farmacéuticas, domiciliada en Medellín. — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez 331

COMISION POR VENTA DE UN INMUEBLE RURAL. — Con fundamento en la causal primera del artículo 87 del C. P. L. se acusa la sentencia de haber incurrido en errores de hecho y de derecho. Servicios personales de carácter privado como intermediario para vender finca de propiedad de la demandada. Existencia de "contrato de corretaje civil y ocasional. En tratándose de este contrato, no hay lugar a sanción por falta del registro estipulado en el artículo 69 del Código de Comercio. Análisis de las pruebas sobrantes en el proceso. Cuándo hay lugar a

Páginas

error de derecho en la casación del trabajo. Monto de la operación objeto del corretaje. Su comprobación es susceptible por cualquiera de los medios que la ley establece como prueba. Con fecha 25 de enero de 1965, la Corte no casa la sentencia recurrida pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio adelantado por Eliécer Martínez contra Eloísa Jiménez v. de Martínez y otros, por concepto de comisión por sus gestiones de intermediario para la venta de un inmueble rural. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A. 338

PRIMAS DE SERVICIO. — No se pierden a causa del rompimiento ilegal del contrato por el trabajador sino en caso de despido por "justa causa". Las justas causas para la terminación unilateral del contrato de trabajo son las taxativamente señaladas por los artículos 62 y 63 del C. S. T. Eventos legales de extinción del contrato. Despido con justa causa y retiro con justa causa; despido ilegal y retiro ilegal. Toda ruptura ilegal del vínculo implica incumplimiento de lo pactado y por tanto obliga a la reparación del daño irrogado, independiente de si hubo o no "justa causa". Con fecha 27 de enero de 1965 no se casa el fallo recurrido del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a la Sociedad "Mesón de Indias de Bogotá Ltda." a pagar al demandante Guillermo Crespo Cervera, parte de las prestaciones sociales que reclamó. — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade 347

CANCELACION DE BECAS ADJUDICADAS COMO PRESTACION PATRONAL. — La interpretación y la adecuada aplicación del artículo 286 del S. C. T., requiere que se tome en cuenta el Decreto número 2553 de 1951 que lo reglamenta. Las Juntas de Becas constituyen organismos oficiales, cuya integración y facultades emanan de la ley, no de la voluntad de los particulares y no son delegatarias de éstos sino del Estado. Con fecha 30 de enero de 1965 no se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual condena a la sociedad "Frontino Gold Mines Ltda." a pagarle al trabajador Julio César Londoño el valor de una beca para especialización técnica. — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade 353

ACCIDENTE DE TRABAJO. — Indemnización por perjuicios materiales. — Culpa y responsabilidad del Estado Colombiano que genera esta indemnización. Análisis de la prueba testimonial. Interrogatorios a los testigos. Circunstancias de tiempo, lugar y modo que singularizan los hechos. Estudio de las causas en accidentes de tránsito. Manifiesto error de hecho en que incurrió el Tribunal. — Violación de normas sustantivas laborales y civiles. Vínculo de naturaleza contractual del trabajador de Obras Públicas Nacionales con el Estado Colombiano. Competencia de la jurisdicción del trabajo para conocer de la acción de indemnización de conformidad con el artículo 21 de la Ley 64 de 1946. Valor de los perjuicios. Para su fijación la Sala acoge el sistema adoptado en fallo de 11 de marzo de 1958. Fundamentos de la deducción. Con fecha 4 de febrero de 1965 la Corte casa la sentencia recurrida dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido por Carlos Julio Urrego contra el Estado Colombiano. — Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco, Auxiliar de Casación Laboral 358

REPRESENTACION DE LOS MUNICIPIOS EN LA CONTRATACION COLECTIVA. — Representación legal-laboral del empleador. Interpretación del artículo 32 del C. S. T. Derecho individual del trabajo y derecho colectivo. Disposiciones que rigen las relaciones de trabajo entre patronos y trabajadores particulares y entre la Administración Pública y sus servidores. La facultad de fallar extra y ultra petita es exclusiva del fallador de primera instancia. Con fecha 12 de febrero de 1965 no se casa el fallo recurrido proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta en los juicios ordinarios de trabajo que Vicente Sandoval Cárdenas y otros adelantaron contra el Municipio de Cúcuta. — Magis-

Páginas

trado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade 368

ACCION CONTRA EL INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL EN SU CALIDAD DE BENEFICIARIO DE LA OBRA EN QUE PRESTO SUS SERVICIOS EL DEMANDANTE.— Obligación solidaria entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra. Obligaciones derivadas del contrato de trabajo que vinculó al demandante con el contratista y del contrato de obra celebrado entre éste y el beneficiario de la obra. Excepciones de cosa juzgada. Resulta improcedente, en el caso de autos, declararla probada. Distinta causa jurídica. Condena por auxilio de cesantía, prima de servicios e indemnización por accidente de trabajo y por mora. Con fecha 12 de febrero de 1965 la Corte casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Pedro Salvador Pita contra el Instituto de Crédito Territorial. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Alberto Bravo 382

RECONOCIMIENTO DE HONORARIOS PROFESIONALES. — Cargos a la sentencia con fundamento en causales de la casación laboral y civil. Incompetencia de jurisdicción, nulidad de la actuación e incongruencia entre lo pedido y lo resuelto en el fallo acusado. Competencia de la jurisdicción especial del trabajo para conocer de honorarios por servicios personales de carácter privado. Naturaleza del negocio jurídico celebrado entre los litigantes. La nulidad del juicio no se halla establecida en la casación del trabajo. En casación la ley establece que la norma violada capaz de quebrar la sentencia sea de derecho material.— Técnica del recurso. Libre estimación de la prueba testimonial en los juicios atribuídos a la justicia del trabajo. Con fecha 8 de abril de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario promovido por Guillermo Leder contra Wassil Bayeff. — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez 389

Páginas

SALARIOS VARIABLES. — Cuál es el que debe tomarse como base para liquidar el auxilio de cesantía. Ausencia de notificación al trabajador de los motivos de despido. Lucro cesante. Al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido y al patrono corresponde probar su justificación. El contrato de trabajo es bilateral y cada parte debe cumplir con sus obligaciones. Con fecha 22 de abril de 1965 la Corte casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral que Hernando Jiménez P. instauró contra "Parcelaciones Tunjuelito, S. A.". — Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 401

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO Y RETENCION DE CESANTIA. — Causas justas para que el patrono pueda legalmente adoptar esas medidas. Daños graves y leves causados por el trabajador en los bienes del patrono o empresario. Regulación de los medios probatorios establecidos para comprobarlos. Interpretación y diferencia de las normas respectivas del C. S. T. relativas a la terminación del contrato de trabajo, sin previo aviso y a la pérdida del derecho al auxilio de cesantía. A quién corresponde la carga de la prueba en estos eventos. Primas de servicio. Vacaciones. Indemnización de perjuicios por lucro cesante y mora. Con fecha 22 de abril de 1965 la Corte casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Carlos Erdulfo Roa contra Juan Manuel Díaz. — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez 409

SALARIO MINIMO RURAL. — Prueba testimonial para acreditar el trabajo en dominicales y festivos. La Sala Laboral unifica la tesis relacionada con el derecho al salario mínimo legal. Salario en especie. Según la jurisprudencia, esta forma de pago sólo puede efectuarse parcialmente. Violación directa de la ley sustantiva. Técnica de casación. Cesantía. Indemnización moratoria. Con fecha 18 de

Páginas

mayo de 1965 la Corte casa parcialmente la sentencia impugnada dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario seguido por Ambrosio Valbuena contra Eva Barrero v. de Aguilar. Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 416

EXCEPCION DE COMPENSACION EN CUANTO A CESANTIA. — Supuesto error de interpretación del artículo 65 del C. S. T. — Consignación efectuada con posterioridad a la expiración del contrato. Examen del memorial de consignación y su valoración. Primas de servicio. Vacaciones. — Con fecha 19 de mayo de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Leonidas Velandia Wilches contra Luis Arturo Gómez. — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez 425

CONDENA POR CESANTIA, PRIMAS DE SERVICIO Y COSTAS DEL JUICIO.— Valor probatorio de la confesión hecha por el patrono en audiencia de conciliación. Contrato de trabajo. Alcance en la casación laboral, de la inspección ocular y de documentos privados, como medios probatorios. En qué consiste la infracción directa de la ley. Ineficaz planteamiento de la demanda al aducir medio nuevo improcedente en el recurso. Con fecha 25 de mayo de 1965 no se casa la sentencia impugnada, dictada por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario laboral seguido por Gilberto Díaz Lozano contra Miguel A. Cárdenas. — Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 431

INSPECCION OCULAR. — Consignación Judicial. — No es indispensable la intervención de testigos para la validez de las inspecciones oculares, en materia laboral. El depósito bancario es apenas, un principio de la ejecución de la consignación judicial, que no suspende la sanción moratoria. Con fecha 2 de junio de 1965, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario laboral instaurado contra la sociedad "Rafael Paredes y Cía. Ltda.", de Ibagué, por Víctor Zamora. — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade 438

LA PENSION-SANCION EN EL CODIGO LABORAL Y EN LA LEY 171 DE 1961. — La decisión patronal de no renovar el contrato de trabajo al vencerse el plazo pactado o presuntivo, es un típico "despido". Eventos legales de extinción del contrato y "justas causas" de ruptura unilateral. Con fecha 2 de junio de 1965 no se casa el fallo recurrido, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio promovido contra la sociedad "Tía Ltda." por Jorge Enrique Burgos. — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade 442

RELACIONES CONTRACTUALES DE TRABAJO CON LA ADMINISTRACION PUBLICA. — Alcance del contrato celebrado en el caso de autos. Cesantía. Incompetencia de jurisdicción. Con fecha 2 de junio de 1965 no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio adelantado por el doctor Néstor Botero de la Calle contra el Departamento de Caldas. — Ponente: Doctor Diógenes Sepúlveda Mejía, Auxiliar de Casación Laboral 450

RENUENCIA A LA PRACTICA DE LA INSPECCION OCULAR DECRETADA EN EL JUICIO. — La entidad demandada no cumplió con el deber de exhibir los documentos materia de la inspección. La violación directa de la ley y la aplicación indebida, son dos modalidades, con distinto fundamento que no pueden demostrarse con las mismas razones. Error de hecho y error de derecho. Los errores de procedimiento no entrañan violación de lo preceptuado por el artículo 26 de la Carta. La preclusión en el proceso laboral. Con fecha 8 de junio de 1965 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio ordinario laboral seguido por José Vicente Villalba contra la sociedad denominada "Silva

Páginas

Mújica, Hermanos". — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez .. 453

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSION JUBILATORIA. — El derecho a la jubilación o estado de jubilado y el derecho a la pensión mensual vitalicia son dos situaciones jurídicas distintas. Presupuestos que configuran el derecho a la jubilación. Pago de la pensión. Prescripción extintiva. La naturaleza misma del derecho a la jubilación impide su aniquilamiento por prescripción. Opción entre jubilación y cesantía. La Corte fija el sentido de previsión de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 1600 del mismo año. Con fecha 8 de junio de 1965 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario laboral seguido por José A. Puello Martínez contra el Departamento de Bolívar y su Industria Licorera. — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez 460

TECNICA DE CASACION. RESPONSABILIDAD DE LA NACION POR PRESTACIONES DE SUS EMPLEADOS. LA APLICACION DE UNA LEY DEROGADA IMPLICARIA VIOLACIONES POR VIA DIRECTA Y NO POR ERRORES DE HECHO. — El ejercicio del derecho de petición y el procedimiento gubernativo. En materia laboral no quedó consagrado como motivo de casación el ordinal 6º del artículo 520 del C. J. Error de hecho que no incide en la parte resolutiva de la sentencia. Proposición jurídica incompleta, ineficaz para invalidar el fallo acusado. La Nación, y no la Caja de Previsión, es quien debe las prestaciones a sus empleados. Con fecha 9 de junio de 1965 no se casa el fallo recurrido, proferido por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio adelantado por Jaime Villamizar Lamus contra la Nación. — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade 471

COMPENSACION. SU REGIMEN Y ALCANCE EN LA LEY CIVIL Y SU ESTRUCTURA EN EL CODIGO DEL TRABAJO. — La Corte define su pensamiento sobre el tema de la compensación a propósito del juicio laboral instaurado contra la Cooperativa del personal de Telecom Ltda. Cargos contra la sentencia por violación directa e indirecta de la ley. Orden escrita del trabajador. — Mandato judicial. La compensación en la casación laboral. Fundamentos legales para reconocer créditos en favor de cooperativas. Viabilidad de la compensación. Grupos en que pueden dividirse las doctrinas recibidas por la jurisprudencia relativas a la compensación civil. La Corte reafirma su doctrina en cuanto a los fallos que admiten la compensación civil. La retención y la compensación como instituciones afines. Retención por el patrono de créditos laborales y su obligación cuando la deuda no cubre el valor de los mismos, en tratándose de compensación legal o judicial. Con fecha 10 de junio de 1965 la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario laboral instaurado contra la Cooperativa del personal de Telecom Ltda. por Néstor Trujillo Correa. — Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez .. 477

ACCIDENTE DE TRABAJO. PENSION OFICIAL DE INVALIDEZ. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION EN LAS OBRAS PUBLICAS EJECUTADAS POR SUS CONTRATISTAS. — El "carácter permanente" de un empleo público o de una labor oficial no puede referirse sino a la naturaleza del cargo o de la plaza que se ocupa. Alcance del parágrafo primero del artículo 3º del Decreto 1600 de 1945. Error en la parte motiva de la sentencia que no incide en la resolutiva. Concurrencia para los trabajadores oficiales, de la pensión de invalidez con la indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Con fecha 14 de junio de 1965 la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio or-

Páginas

dinario laboral adelantado por Segundo Rodríguez Castro contra el Departamento de Cundinamarca. — Magistrado Ponente: Doctor Adán Arriaga Andrade .. 496

REAJUSTE DE SUELDOS A SERVIDORES DEL RAMO DOCENTE, CONFORME AL DECRETO 0010 DE 1958. — Condena por tal concepto al Departamento de Antioquia. Agotamiento de la vía gubernativa. Documentos públicos. Errores de hecho o de derecho. Error de técnica al acusar unos mismos preceptos legales por dos conceptos distintos; aplicación indebida e interpretación errónea. Estudio acerca de la inaplicabilidad del Decreto Legislativo Nro. 0010 de 1958 a los servidores departamentales del ramo docente, por ser inconstitucional, y a la incompetencia de la justicia del trabajo para conocer del caso litigioso. La Corte ratifica sobre el particular, su tesis expuesta en sentencia de 31 de octubre de 1962. Alcance del artículo 1º de la Ley 64 de 1947. Con fecha 16 de junio de 1965 no se casa la sentencia impugnada dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario laboral seguido por Margarita Barrera contra el Departamento de Antioquia. — Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 504

PENSION DE JUBILACION A TRABAJADORES DE LA "EMPRESA DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA". — Normas que rigen la pensión de jubilación para trabajadores de empresas ferroviarias, oficiales o particulares. Cesantía y jubilación. Según la ley sustantiva del trabajo, no existe opción entre estas dos prestaciones para trabajadores de empresas ferroviarias oficiales. El artículo 28 del Decreto 652 de 1935, estableció el derecho de opción entre las dos prestaciones para los empleados particulares cuyas empresas concedían la pensión de jubilación. Los artículos 14 y 17 de la Ley 6ª de 1945, dispusieron que la pensión de jubilación excluía el auxilio de cesantía. El artículo 9º del Decreto 2340 de 1946, viola el principio de la exclusión. Requisitos para que los trabajadores de los talleres de empresas ferroviarias tengan derecho a la pensión de jubilación. Error evidente de hecho y violación indirecta de los artículos 1º, de la Ley 63 de 1940 y 5º de la Ley 53 de 1945. Indebida aplicación del artículo 1º de la Ley 77 de 1959. Cuando se causó la pensión del demandante no regía el artículo 9º de la Ley 171 de 1961, por lo cual el ad-quem se abstuvo de aplicarla. Con fecha 19 de junio de 1965, la Corte casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio instaurado por Juan Nepomuceno Amaya Sierra contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. — Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C., Auxiliar de Casación Laboral 512

JUICIO ORDINARIO LABORAL SOBRE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSION MENSUAL VITALICIA DE JUBILACION. — Inexistencia del derecho del demandante por no haber acreditado el tiempo de servicios. Demostración de los elementos básicos para que opere la jubilación. El derecho a la jubilación o ESTADO DE JUBILADO y el derecho a la pensión mensual vitalicia, son dos situaciones jurídicas distintas. El artículo 151 del C. P. L. se aplica también a los trabajadores vinculados a la administración por contrato de trabajo, en cuanto a los derechos que las leyes les otorgan. Interpretación y aplicación de las normas atinentes a la prescripción. Con fecha 21 de junio de 1965 la Corte no casa la sentencia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Tulio Galeano Holguín promovido contra el Departamento de Antioquia, en su empresa del Ferrocarril. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A. 525

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

OCUPACION DE HECHO DE UNA PROPIEDAD INMUEBLE. — *Expropiación de facto. — Acciones sustanciales que tiene el interesado a su disposición. — Lucro cesante.* — Por sentencia de 26 de enero

Páginas

de 1965, se reforma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios adelantado por Emiliano Herrera López contra la Nación. — Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 534

JURISDICCION CONTENCIOSA Y JURISDICCION VOLUNTARIA. — *Distinción entre éstas. — Al juicio de deslinde y amojonamiento debe ubicársele entre los de jurisdicción voluntaria.* — Por providencia de 30 de enero de 1965, proferida en el juicio de deslinde y amojonamiento promovido por "Jorge y Emilio Bechara" contra el Departamento del Chocó, se confirma el auto apelado dictado por el Tribunal Superior del mismo Distrito, por medio del cual se denegó una nulidad. — Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 540

PROPIEDAD URBANA. — *Su prueba. — Prueba pericial y prueba testifical. — No pueden asimilarse ni confundirse. — Indemnización de perjuicios. — El resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o el servicio público ocasione.* — Por sentencia de 2 de febrero de 1965, se reforma la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario reivindicatorio adelantado por "López, Pumarejo & Compañía" contra la Nación. — Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 544

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado Doctor Ramiro Araújo Grau, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 555

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Efrén Osejo Peña en el fallo a que se aludió en último término 558

PETROLEOS. — *Aducción de pruebas en inspecciones oculares.* — Por sentencia de 8 de febrero de 1965, se absuelve a la Nación de los cargos que se le formularon en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por Anselmo Mesa Preciado. — Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 559

Páginas

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. — *No se probó que los daños o desperfectos sobrevenidos a una edificación fueran imputables al constructor.* — Por sentencia de 16 de marzo de 1965, se absuelve al demandado de los cargos que se le formularon en el ordinario, sobre indemnización de perjuicios ocasionados por los defectos de construcción de la cárcel del Distrito Judicial de Bogotá, promovido por la Nación contra Gonzalo Alarcón Contreras.— Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 571

TRABAJOS PUBLICOS. — *Indemnización por ocupación de bienes de propiedad privada. — Valorización. — El acto de aforo, liquidación y distribución es de carácter administrativo.* — Por sentencia de 24 de marzo de 1965, se reforma la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos promovido por la sucesión de Felipe Santiago García contra la Nación. — Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña .. 575

HONORARIOS PERICIALES. — *Pruebas.— El Juez debe atenerse a la verdad procesal. — Economía procesal.* — Por providencia de 31 de marzo de 1965, proferida en el ordinario de la Beneficencia de Cundinamarca contra la Nación, la Sala fija el valor de los honorarios de los peritos que intervinieron en una diligencia de inspección ocular. — Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 585

DEMANDA. — *La presentación del poder ante funcionario que no es el que la ley indica, da lugar a suspender la aceptación de la demanda mas no a su inadmisión ad limine.* — Por providencia de 9 de abril de 1965, proferida en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por Lisandro Leyva Pereira contra la Nación, no se repone el auto por medio del cual se admitió la demanda. — Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 588

ACCION DE PROPIEDAD PRIVADA DE HIDROCARBUROS. — *Sus condiciones*

Páginas

axiológicas. — Formación del consentimiento cuando interviene un complejo de operaciones sucesivas. — Por sentencia de 22 de abril de 1965, la Corte declara infundadas las oposiciones formuladas por Luis Eduardo Roca Castellanos y otros a las propuestas de contrato para la exploración y explotación de petróleos presentadas ante el Ministerio del ramo por la Compañía de Petróleos Tolima S. A. y absuelve a la Nación de los cargos hechos en las respectivas demandas. — Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 592

INCIDENTES. — *Condiciones para que puedan proponerse. —Excepciones. —Las defensas exceptivas del demandado constituyen una facultad o derecho que el actor no le puede arrebatar. — Demanda. — Resolución que debe dictar el Juez cuando no tiene competencia para avocar el conocimiento.* — Por providencia de 24 de junio de 1965, se declara improcedente el recurso de súplica interpuesto contra el auto admisorio de la demanda ordinaria, formulada por Antonino Papa contra la Nación, encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones dictadas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "Incora", por medio de las cuales se declaró la extinción del derecho de dominio sobre el inmueble denominado "La Cueva". — Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 619

PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Esta obra se terminó de imprimir en el mes de junio de 1974 en los Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia.

BOGOTA, D. E.